

# OBRAS PÚBLICAS PARALISADAS E COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (*DISPUTE BOARD*): REMÉDIO CERTO SE MINISTRADO NA DOSE E FORMA ADEQUADAS.

## RESUMO

O presente ensaio busca explorar a origem, efetividade e melhores práticas preconizadas internacionalmente para a utilização adequada dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*). Busca-se demonstrar que a utilização do mecanismo dentro dos padrões internacionais, principalmente em sua faceta de instrumento de governança contratual, pode ser um importante instrumento para superar a grave realidade de obras públicas paralisadas no Brasil.

**Palavras-chave:** Comitês de Resolução de Disputas. *Dispute Boards*. Obras públicas paralisadas. Governança contratual. Prevenção. Resolução de conflitos. Consensualidade. Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos (MESC's)

## 1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o Brasil sofre com o grave tormento das obras públicas inacabadas. Em 1995 foi constituída uma comissão temporária no Senado Federal destinada a inventariar as obras não concluídas, custeadas pela União. O Relatório final da referida comissão apontou a existência de, no mínimo, 2.214 obras paradas, alertando, todavia, que o número poderia ser maior, diante do não recebimento de algumas informações solicitadas.<sup>1</sup>

Mais recentemente o Tribunal de Contas da União (TCU), através do Acórdão 1.079/2019, divulgou o resultado de uma auditoria operacional que apontava a existência, no ano de 2019, de *mais de 14.000 obras paralisadas no país*, o que equivalia à 37,5% dos contratos fiscalizados à época<sup>2</sup>. Desde então, os dados vêm sendo atualizados em tempo real, e em 2023 o índice de obras paralisadas

---

<sup>1</sup> BRASIL. Senado Federal. Comissão temporária das obras inacabadas. **Relatório final**. Brasília: Senado Federal, 1995. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4281076&disposition=inline>>. Acesso em: 26 ago. 2023.

<sup>2</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Auditoria operacional sobre obras paralisadas**. Acórdão nº 1.079/2019. Brasília: Tribunal de Contas da União, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F6CCB7DF3016CDDFF34DD0583>>. Acesso em: 26 ago. 2023.

alcançou o alarmante percentual de 41%<sup>3</sup>.

Mesmo que a análise tenha se limitado às obras que possuem recursos federais, não há razões para crer que este resultado seja muito diferente se incluídas as obras efetuadas exclusivamente com recursos estaduais ou municipais, até porque no Brasil o sistema de contratações públicas é muito uniforme, variando quase nada entre os diversos entes Federados.

Os números, então, expressam uma realidade que não pode mais ser ignorada. No Brasil, quase a metade das obras públicas sofrem paralisações em algum momento, algumas delas nunca chegando a ser concluídas. E este número *está crescendo* com o passar do tempo.

Não é difícil imaginar os inúmeros prejuízos que advém da paralisação de obras públicas. Em primeiro lugar, tem-se o custo social, na medida em que a sociedade estará privada de experimentar o desenvolvimento almejado naquele projeto. Vidas serão perdidas pelos acidentes que a duplicação da estrada iria evitar, ou pelo hospital especializado que não ficou pronto, para ficar nos exemplos óbvios. Na sequência, a paralisação irá trazer inúmeros outros prejuízos – deterioração de materiais, aumento do custo da mão de obra e insumos, invasões, deslocamento dos recursos para outras necessidades, etc. –, que, por si só, podem impedir que a obra seja retomada.

E não é só. São diversas as relações contratuais e sociais subjacentes aos contratos de obras públicas (subcontratados, empregados, moradores dos arredores, etc.) que acabam sendo invariavelmente dragados para o conflito e afetados pela paralisação do projeto. Empresas quebram, empregados são demitidos, imóveis se desvalorizam pela existência de uma obra inacabada, que também passa a ser um vetor de doenças e criminalidade.

Este cenário aponta que a conclusão do projeto deveria ser encarada como um objetivo maior do que o atendimento aos interesses individuais das partes contratantes. Ou seja, que os conflitos deveriam ser resolvidos sem que isso importasse na paralisação dos projetos, numa autêntica aplicação da regra “*pay now, argue later*”. Ocorre que as ferramentas legais e contratuais, até então utilizadas pela administração pública brasileira, têm se mostrado insuficientes para atender a este desiderato.

De fato, a realidade das contratações públicas brasileiras, especialmente no que se refere às contratações de obras públicas, aponta para um preocupante ciclo vicioso: assim que surgem os conflitos, as obras paralisam. Com o atraso do projeto, os conflitos se acirram. Com o acirramento

---

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acompanhamento de Obras Paralisadas**. Disponível em: <<https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffea6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>>. Acesso em: 26 ago. 2023.

dos conflitos, a conclusão das obras torna-se cada vez mais difícil.

Não é objeto deste artigo aprofundar-se nas plúrimas razões que colaboram para o grave quadro descrito. O que se deseja demonstrar, todavia, é que não fazer nada e continuar a contratar da mesma forma de sempre já não é mais uma opção. A realidade se impôs!

Partindo-se, então, da experiência internacional, o presente artigo irá explorar um mecanismo de governança contratual criado, justamente, para lidar com este problema, atuando com foco na prevenção e resolução de disputas, e no auxílio às partes para que o projeto seja concluído dentro das condições esperadas.

Trata-se do denominado *Dispute Board* (DB), incorporado pela legislação pátria com a nomenclatura de Comitê de Resolução de Disputas (CRD) ou Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (CPSD). Este Método Extrajudicial de Solução de Conflitos (MESC) se destaca como sendo o único com capacidade tanto de resolver, quanto de prevenir conflitos, na medida em que atua desde o início do contrato, quando ainda inexiste qualquer disputa.

Nesta linha, o ensaio trará uma análise histórica da origem do mecanismo, de suas características básicas, e dos resultados reais que vêm sendo alcançados por ele na experiência internacional, com foco em verificar a sua efetividade como instrumento de prevenção e resolução de disputas em contratos de execução continuada. De maneira mais específica, serão estudadas as regras e procedimentos para o uso do mecanismo que foram padronizadas internacionalmente como sendo as melhores práticas, através de entidades e organismo internacionais como o Banco Mundial, a *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) e a *International Chamber of Commerce* (ICC).

Na sequência será analisada a incipiente realidade nacional de utilização do mecanismo, incluindo os primeiros contratos públicos em que ele já fora adotado, decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, além de uma recente sugestão de regulamentação feita pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Ao final, com a convicção de que o mecanismo é tão eficiente quanto seja aplicado nos casos e na modelagem adequados, será efetuada uma análise conclusiva, e crítica, sobre a forma como o CRD vem sendo implantado no Brasil, de modo a se recomendar que seu uso seja espelhado nas melhores práticas internacionais, cujos resultados, efetivamente alcançados, falam por si.

## **2. NOÇÕES BÁSICAS E EFETIVIDADE DOS DISPUTE BOARDS NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL**

A despeito do nome pelo qual se popularizou mundialmente, *Dispute Resolution Board* ou, simplesmente, *Dispute Board*, o CRD possui um escopo de atuação bem mais amplo do que o de um simples método extrajudicial de resolução de conflitos. Antes de qualquer coisa, trata-se de um *instrumento de governança contratual*. Sua principal finalidade é contribuir para a regular execução do contrato, dentro do tempo previsto, mitigando o risco de que as divergências naturais dos contratantes venham a gerar conflitos que impactem o cumprimento das obrigações contratuais.

Roberto Hernández García, valendo-se de contraposição, esclarece que Dispute Boards “*não são mini-arbitragens, mini-mediações ou mini-determinações de peritos, mas uma mistura muito inteligente de todos esses métodos em um mecanismo único que, de certa forma, não é exclusivo da indústria da construção, mas tem estado muito conectado a ela*”.<sup>4</sup>

A definição proposta ajuda a desfazer uma confusão comum que ocorre quando o DB é comparado aos demais métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, mas peca ao não ressaltar a principal característica que o diferencia de todos os demais métodos comparados: a capacidade de *prevenir conflitos*.

Neste sentido, a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF)<sup>5</sup> apresenta uma definição simples do que seria *Dispute Board*, segundo a qual ele consiste num comitê de profissionais experientes e imparciais, formado no início do projeto para acompanhar o andamento da construção, incentivar a prevenção de controvérsias, auxiliar na resolução de disputas e duração do projeto<sup>6</sup>.

O conceito acima descrito aponta as características essenciais do instituto: 1- *contratualidade*, na medida em que só pode ser aplicado por expressa vontade dos contratantes, declarada no início do contrato ou após o surgimento da divergência; 2- *imparcialidade, independência* e elevada *capacidade técnica* dos membros, sem as quais as decisões ou recomendações do comitê dificilmente seriam respeitadas pelas partes; 3- *perenidade*, pois ainda que seja possível a formação de um comitê *ad hoc*, é através do acompanhamento integral da execução contratual, desde o seu início, que o instituto apresenta resultados mais rápidos e efetivos; e 4- escopo

---

<sup>4</sup> GARCÍA, Roberto Hernández. Why Dispute Boards Are An Excellent Dispute-Resolution Tool During The COVID-19 Crisis. **American Bar Association**, Chicago, 03 ago. 2021. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/construction\\_industry/publications/under\\_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/](https://www.americanbar.org/groups/construction_industry/publications/under_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/)>. Acesso em: 15 mar. 2021. (tradução nossa)

<sup>5</sup> A DRBF é uma organização sem fins lucrativos dedicada a promover a prevenção e resolução de disputas em todo o mundo usando o método do *Dispute Board*. Ela conta com mais de 1.000 membros em mais de 70 países. Disponível em: <<https://www.drb.org/>>. Acesso em: 26 ago. 2023.

<sup>6</sup> DRBF. Disponível em: <[https://www.drb.org/wp-content/uploads/2016/02/Section\\_1\\_QuickPrint\\_11-07.pdf](https://www.drb.org/wp-content/uploads/2016/02/Section_1_QuickPrint_11-07.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2020. (tradução nossa)

voltado essencialmente à *prevenção de litígios* e manutenção da *execução contratual*.

Em relação a esta última característica, é importante destacar que o CRD pode emitir recomendações ou decisões em relação a conflitos (disputas) pré-existentes à formação do comitê (comitê *ad hoc*). Isto, inclusive, tem ocasionado, não raras vezes, uma confusão com o instituto da arbitragem<sup>7</sup>. Todavia, o verdadeiro campo de atuação do DB, em que são colhidos os melhores frutos, não está apenas na resolução de disputadas, mas na *prevenção* de que as divergências se tornem disputas, e as disputas se tornem conflitos.

Não se trata de mera retórica sem relevância prática. Ao revés, é justamente esta característica que o distingue de todos os demais MESC's e que configura a provável razão dos resultados que vêm sendo observados ao longo do tempo de sua utilização. Afinal, mesmo num ambiente empresarial – em que a racionalidade costuma imperar de forma bem mais ampla do que nas relações pessoais –, não é difícil observar conflitos que se intensificam de tal forma, que as partes chegam a preferir assumir um grande prejuízo do que ceder em uma posição em favor do outro contratante, que, nesta altura, já é visto como inimigo.

Os demais métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, cada qual à sua maneira, buscam distensionar esta relação e criar soluções, impostas, sugeridas ou facilitadas, para que o conflito possa se dissipar. Ocorre que, ainda que se obtenha êxito nesta tarefa, o estrago, muitas vezes, já estará feito. Numa relação longa, em que as partes ainda terão muitas questões controversas a resolver, a confiança poderá já ter sido perdida. A boa-fé subjetiva, tão indispensável para viabilizar soluções de problemas não previstos, provavelmente já não existirá. Além disso, a parte que se julgou prejudicada com a solução imposta – e, às vezes, as duas partes tem o mesmo sentimento – buscará na primeira oportunidade em que surgir novo conflito compensar o prejuízo que entende ter absorvido indevidamente. Enfim, um conflito específico pode ter sido resolvido, mas o espírito colaborativo, provavelmente, terá desaparecido.

Diante deste cenário, o segredo para garantir o sucesso nas relações contratuais de longo

---

<sup>7</sup> Tal qual a arbitragem, o *Dispute Board* é uma forma de heterocomposição, eis que terceiro(s) imparcial(is) resolve(m) o litígio entre as partes. Da mesma forma, ambos institutos demandam imparcialidade, independência, alta capacidade técnica dos profissionais, e previsão contratual expressa. Todavia, as decisões dos comitês, diferente do que ocorre na arbitragem, são sempre passíveis de revisão, pela própria arbitragem ou pelo Poder Judiciário. Além disso, o instrumento é, por excelência, preventivo. Os Comitês de Resolução de Disputas acompanham a execução contratual, via de regra, desde seu início. Isto caracteriza sua maior diferença da arbitragem, em que os árbitros só tomam ciência do caso depois que o conflito já está instalado. Ou seja, embora a capacidade de resolução de litígios, já instalados, da arbitragem seja elevada, este instrumento não dispõe de quase nenhuma capacidade de prevenir que os litígios venham a ocorrer. O rito do *Dispute Board* faz uso de instrumentos de mediação e de negociação, enquanto que na arbitragem vigora a lógica adversarial, como regra.

prazo seria impedir que o conflito venha a existir, o que aparenta ser uma solução óbvia, mas completamente utópica. Todavia, não é. A divergência, esta sim, sempre vai existir. Mas a disputa e, principalmente, o conflito, dela decorrentes, podem ser evitados.

É exatamente aí que o DB oferece algo que nenhum outro MESC é capaz de entregar. Ele não se limita a dar soluções para conflitos já instalados, mas já começa a atuar na prevenção conflitos quando ainda nem existe qualquer reivindicação formal delimitada, quiçá uma disputa. Para isso, pode convidar as partes a tratarem de um tema em que se vislumbrou a possibilidade de geração de controvérsias. Também pode prestar assistência informal às partes – sempre em conjunto – e se valer das técnicas de autocomposição para resolver as disputas em seu nascedouro, antes que estas evoluam para um conflito que ocasione a paralisação contratual, com as consequências nefastas daí decorrentes.

## 2.1 DISPUTE BOARD E ROUGH JUSTICE (“JUSTIÇA GROSSEIRA” OU “JUSTIÇA POSSÍVEL”)

Como visto, a atuação proativa na prevenção de conflitos é o fator essencial e distintivo da atuação do DB. Mas o escopo de suas atribuições não se limita apenas a isto. Quando essa atuação preventiva não se revela suficiente para aplacar disputas entre os contratantes, o DB dispõe de outra ferramenta de extrema importância para o bom andamento do projeto, que é a possibilidade de proferir decisões bastante céleres, que criam imediatamente obrigações às partes.

Nem todos os tipos de DB dispõem desta prerrogativa, mas apenas aqueles em que é prevista função adjudicatória para as deliberações do comitê. Trata-se, todavia, de uma ferramenta que possibilita ao DB atuar com a efetividade plena com que foi desenhado. Através dela, fecha-se o ciclo: o comitê atua, inicialmente, buscando a prevenção de conflitos. Se, ainda assim, surgirem disputas, auxiliará as partes a alcançarem a autocomposição. Se nem isso tiver êxito, poderá impor soluções para a resolução das disputas formalizadas, de observância imediata, ainda que passíveis de futura revisão. O foco está sempre na execução do contrato e, conseqüentemente, na celeridade da resolução da disputa, seja pela autocomposição, seja pela heterocomposição.

Para que se tenha uma ideia concreta do que se entende por decisão célere no âmbito dos DBs, basta observar que, conforme artigo 22 do Regulamento de DB da ICC<sup>8</sup>, todo o procedimento

---

<sup>8</sup> As regras atuais da ICC sobre Dispute Board estão em vigor desde 01 de outubro de 2015, e seus apêndices desde de 01<sup>o</sup> de outubro de 2018. Elas se encontram disponíveis no website da ICC em português. Disponível em: <<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2021.

para emissão de uma deliberação pelo comitê deve ser concluído no prazo máximo de 90 dias da data de apresentação do caso. Se adotadas as regras padronizadas pela FIDIC, este prazo é ainda menor, limitado a 84 dias<sup>9</sup>.

Como se percebe, se o comitê não conseguiu evitar uma disputa, deve se esmerar para, sem abrir mão da plena observância ao devido processo legal/contratual, apresentar uma conclusão sobre a mesma num curto intervalo de tempo. Na expressão adotada por Leonardo Toledo da Silva e João Paulo Pessoa, os DBs têm uma relevante função de atuar como *válvula de descompressão* do projeto:

Os *Disputes Boards* são uma ferramenta de estabilização da relação contratual, sobretudo em situações de grande complexidade, em que existe uma clara tendência a comportamentos adversariais, nos quais há grandes chances de o projeto acabar sendo deixado em segundo plano pelas próprias partes, em prejuízo de sua execução. Nessas hipóteses, os Dispute Boards acabam funcionando como uma espécie de *válvula de descompressão* do projeto, permitindo que as partes voltem seu foco ao que realmente importa, ou seja, ao andamento do projeto<sup>10</sup>.

Como tal, devem apresentar respostas rápidas, que permitam que a pressão diminua antes que ocorra um ponto de ruptura entre as partes que venha a tornar muito custoso, ou mesmo impossível, o retorno à execução regular do contrato. Nesta função *adjudicadora*, o DB acaba por desempenhar o que a doutrina anglo-saxã costuma denominar como *rough justice*<sup>11</sup>. Esta “justiça grosseira” seria uma forma mais rústica e expedita de solução de controvérsias, em que as partes abrem mão de todo aparato processual e cartorário em prol da celeridade na resolução do conflito.

No Brasil, sentença prolatada em processos indenizatórios relativos ao grave desastre ambiental envolvendo a mineradora Samarco, na cidade de Mariana/MG, fez uso do conceito – traduzindo a expressão como “justiça possível” – para justificar a flexibilização dos meios de prova e o arbitramento de valores padronizados de indenização. Como consta na Sentença<sup>12</sup>:

A ideia do “**rough justice**” é se valer de um processo simplificado para lidar, de forma pragmática, com questões indenizatórias de massa, em que se revela praticamente impossível

<sup>9</sup> CHERN, Cyril. **CHERN ON DISPUTE BOARDS: Practice and Procedure**. 3ª ed. Nova Iorque: Informa Law from Routledge, 2015, p. 107.

<sup>10</sup> SILVA, Leonardo Toledo; PESSOA, João Paulo. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**. São Paulo: Quartier Latin. 2021, p.425.

<sup>11</sup> Na esfera penal muitas vezes o termo é associado, de forma pejorativa, a uma justiça falha, em que houve violação de direitos fundamentais. Neste trabalho, a acepção adotada é aquela vinculada ao Direito da Construção, principalmente na Inglaterra, em que a adjudicação está prevista formalmente em lei (*Housing Grants, Construction and Regeneration Act*) como forma de solução de controvérsias. Para aprofundamento, vide: MESQUITA, Marcelo A. Botelho de. **Adjudicação de Conflitos na Construção**. Disponível em: <[https://www.botelhomesquita.adv.br/arquivos/adjudicacao\\_rev\\_12\\_11\\_marcada.pdf](https://www.botelhomesquita.adv.br/arquivos/adjudicacao_rev_12_11_marcada.pdf)>. Acesso: 21 out. 2021.

<sup>12</sup> Cópia da sentença encontra-se disponível em: <<https://www.jfes.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Sentenca-Linhares-estabelecendo-a-matriz-de-danos-com-base-no-rough-justice.pdf>>. Acesso 21 out. 2021.

exigir que cada uma das vítimas apresente em juízo a comprovação material (e individual) dos seus danos. [...]

Assim sendo, esclareço aos interessados que este juízo, sempre que entender necessário, utilizará no decorrer dessa decisão a noção do “**rough justice**” emprestada do direito norte-americano, com vistas a implementar no Desastre de Mariana (“Caso Samarco”), de forma célere, pragmática e simplificada, a “**Justiça Possível**”. (grifos do autor)

Embora a expressão “justiça grosseira” seja uma tradução mais precisa, o conceito de “justiça possível” exprime melhor a atuação adjudicatória do DB. Afinal, ainda que a decisão do comitê possa não ser perfeita, ela está longe de ser “grosseira”. É uma decisão técnica, tomada por profissionais com larga experiência, que conhecem as vicissitudes do projeto desde a sua implantação. E justamente por atuarem desde o início da execução contratual é que os membros do comitê conseguem proferir decisões mais céleres e assertivas, não precisando perder tempo para se familiarizar com todas as singularidades e complexidades de cada projeto.

Cabe ser ressaltada outra característica importante, que se amolda à ideia de “justiça possível”. O DB não existe para resguardar as pretensões individuais das partes, mas a boa execução do projeto. O DB nasce do contrato, e tem sua razão de existir voltada para a boa execução deste. Logo, como o prolongamento demasiado de um conflito costuma ser extremamente danoso à execução do projeto, o DB buscará resolver o conflito rapidamente, entregando às partes a melhor decisão *possível* neste desiderato. Vale reforçar, não se está em busca de alcançar a conclusão *perfeita*. Busca-se entregar a melhor conclusão *possível*, diante da premente necessidade de continuidade do projeto.

É por isso que, qualquer que seja a modalidade de DB, sempre será possível rediscutir suas decisões na via judicial ou arbitral. As deliberações do DB somente se tornam definitivas se as partes assim permitirem, através de aceitação expressa ou tácita, que ocorre quando deixam de manifestar seu inconformismo na forma e tempo pactuados. Ou seja, a “justiça possível” fornecida pelos DBs, não impede que as partes busquem a “justiça perfeita” através de outras vias.

Mesmo nestes casos, todavia, o conflito deixa de impactar o andamento do projeto, e a discussão futura provavelmente se limitará a uma questão indenizatória, sem provocar os danos colaterais diversos decorrentes da paralização do projeto.

## 2.2 ORIGEM HISTÓRICA

Segundo Cyril Chern, o primeiro uso relatado do instituto ocorreu nos Estados Unidos, na década de 1960, na construção da represa de Boundary, em Washington, em que fora solicitado pelos

contratantes a formação de uma “junta técnica consultiva” (*Joint Consulting Board*) objetivando tomar decisões sobre conflitos contratuais que viessem a surgir. Após a divulgação exitosa desta primeira experiência, um comitê de revisão de disputas foi formalmente estabelecido, em 1975, durante a escavação do segundo ramal do túnel Eisenhower, em Colorado<sup>13</sup>. Sobre esse caso, a DRBF relata que:

Em comparação com os processos anteriores de resolução de disputas, o processo de DB foi um sucesso esmagador. O Conselho tratou de três disputas significativas, mas a relação proprietário-empregado permaneceu cordial durante a construção e todas as partes ficaram satisfeitas com o prazo final e os custos do projeto.<sup>14</sup>

"O Eisenhower" se tornou um exemplo de sucesso que foi seguido com entusiasmo nos Estados Unidos<sup>15</sup>. Em 1980, o *Dispute Board* foi utilizado no projeto financiado pelo Banco Mundial para construção da barragem e hidrelétrica *El Cahon*, em Honduras<sup>16</sup>. A partir de então passou a ser adotado de forma sistemática em diversos contratos de construção de grandes projetos em todo o mundo.<sup>17</sup>

Em 1997 o Banco Asiático de Desenvolvimento e o Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento incluíram o procedimento de DB nos projetos internacionais por eles financiados.<sup>18</sup> Em 2004 a ICC criou suas regras de DB, que foram atualizadas em 2015 para incorporar, entre outras coisas, o conceito de prevenção de disputas.<sup>19</sup>

Em 2005, como parte das “Metas do Milênio das Nações Unidas”, o Banco Mundial e

---

<sup>13</sup> CHERN, Cyril. Op. cit., p. 11.

<sup>14</sup> DRBF. *Op cit*, p. 10.

<sup>15</sup> CHERN, Cyril. Loc. cit.

<sup>16</sup> “*Nesse projeto, todos os conflitos surgidos ao longo da construção são equacionados amigavelmente, de sorte que, ao término do projeto, nenhuma pendência ou reivindicação (“claim” em idioma inglês) ficou sem solução, o que foi decisivo para que o Banco Mundial incluisse os DBs em projetos por ele financiados*” (SOUZA, Antonio Luis Pereira de. *Dispute Boards. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*. Belo Horizonte, ano 02, n. 03, jan./jun. 2020, p. 106-107).

<sup>17</sup> Francisco Maia Neto complementa o histórico de utilização dos DBs apontando que o mecanismo fora adotado na construção do túnel de 16 quilômetros do Rio Santo Antônio e do túnel de 6 quilômetros do Riacho São Pedro, ambos no Texas/EUA, entre 1987 e 1991, ocasião em que o board solucionou treze disputas entre as partes, a um custo de apenas 0,19% do custo total da obra. Também destaca a adoção desse método na implementação de um dos maiores projetos de engenharia civil do mundo, o Aeroporto de Hong Kong. Aponta, ainda, que na China o DB foi adotado, pela primeira vez, durante a construção da hidrelétrica do Rio Yalong, na província de Sichuan, entre 1991 e 2000, a um custo de aproximadamente 2 bilhões de dólares. Todas as quarenta disputas que surgiram no decorrer desse projeto foram resolvidas pelo board, sem necessidade de sua submissão à arbitragem. (MAIA NETO, Francisco. *Formas extrajudiciais de solução de disputas*. In: TRINDADE, Bernardo Ramos. *Comitê de resolução de disputas nos contratos de construção e infraestrutura*. São Paulo: Pini, 2016. p.26-29)

<sup>18</sup> RUSSO, Ann; ESATON Graham e outros. Op. cit., p. 16.

<sup>19</sup> ICC. *Loc cit*.

diversos outros Bancos e Agências Multilaterais de Desenvolvimento<sup>20</sup> fizeram uma parceria com a FIDIC para harmonizar e alinhar suas normas de contratação. Disto originou a edição do “*FIDIC MDB Harmonised Conditions of Contract*”, popularmente conhecido como “*Pink Book*”<sup>21</sup>, que incluiu o DB como processo de prevenção e resolução de disputas.

Como se vê, embora se trate de um mecanismo absolutamente consensual, por imposição dos grandes agentes financiadores sua adoção vem se tornando cogente para as empresas, governos e entidades que busquem financiabilidade para os seus projetos.

Arnold Wald cita como exemplo de sucesso da utilização do DB construção do Eurotunnel, no Canal da Mancha, que, por razões óbvias, enfrentou diversas dificuldades técnicas e financeiras, além de exigências governamentais relacionadas à segurança, não previstas inicialmente.<sup>22</sup> Sobre este projeto, Isabela Lacrete aponta que houve a tentativa de levar as disputas para as cortes judiciais, o que fora rechaçado pela Câmara dos Lordes inglesa, uma vez identificada a existência de cláusula no contrato prevendo a aplicação do *Dispute Board*.<sup>23</sup>

Trata-se de um caso bastante emblemático, que demonstra a eficácia do método para prevenir/resolver disputas e garantir o cumprimento dos prazos, mesmo em se tratando de projetos extremamente complexos, com alto grau de incertezas.

### 2.3 EFETIVIDADE DEMONSTRADA NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

A DRBF possui um consistente banco de dados com mais de 2800 projetos de infraestrutura que adotaram o CRD<sup>24</sup>. Trata-se de grandes obras de infraestrutura – obras públicas em sua expressiva maioria – realizadas em diversos países de todo o mundo, cujo valor somado de investimentos ultrapassa a monta de US\$275 bilhões de dólares. A compilação reúne informações como nomes do

---

<sup>20</sup> Os bancos participantes atualmente são: Banco Mundial; Banco Africano de Desenvolvimento (AfDB); Banco Asiático de Desenvolvimento (AsDB); Banco de Comércio e Desenvolvimento do Mar Negro (BSDB); Banco de Desenvolvimento do Caribe (CDB); Banco de Desenvolvimento do Conselho da Europa (CEB); Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento (BERD); Banco Interamericano de Desenvolvimento (IDB). As agências participantes atualmente são: AusAID - Austrália; AFB - França; JICA - Japão; EXIM - Coreia. Disponível em: <[https://fidic.org/MDB\\_Harmonised\\_Construction\\_Contract](https://fidic.org/MDB_Harmonised_Construction_Contract)>. Acesso: 18 dez. 2021.

<sup>21</sup> FIDIC. **Conditions of Contract for Construction MDB Harmonised Edition**. Disponível em: <<https://fidic.org/node/529>>. Acesso: 18 dez. 2021.

<sup>22</sup> WALD, Arnold. Dispute Resolution Boards: Evolução Recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, vol. 30, julho 2011, p.140.

<sup>23</sup> LACRETE, Isabela (org). **Arbitragem Nacional e Internacional**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p 214.

<sup>24</sup> O banco de dados encontra-se atualizado até abril de 2017. Disponível em: <[https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2018/02/Copy-of-DB\\_Project\\_Database\\_April\\_2017\\_for\\_web.xlsx](https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2018/02/Copy-of-DB_Project_Database_April_2017_for_web.xlsx)>. Acesso em: 04 nov. 2021.

contratante e construtor, valor dos contratos, número de disputas solucionadas pelos comitês ou encaminhadas para outros meios de resolução. A análise destes dados aponta que entre 85% a 98% das recomendações/decisões emitidas pelas juntas não foram submetidas posteriormente à arbitragem ou à própria jurisdição estatal<sup>25</sup>, o que comprova, em números, a eficiência do método para prevenir ou resolver litígios.

Outras fontes apontam na mesma direção. Deborah Mastin informa que a Universidade de Washington utilizou o CRD em, aproximadamente, 60 projetos de construções verticais ao longo dos últimos 20 anos. Durante todo este tempo, segundo a autora, foram instaladas perante as juntas apenas 2 audiências de disputas formais e 4 audiências de disputas informais, ao passo que não foi ajuizado nenhum processo judicial ou arbitragem.<sup>26</sup>

Antonio Sousa cita estudo elaborado pelo engenheiro Ralph Ellis, professor da Universidade da Flórida, em 2003, que avaliou o uso de DBs pelo *Florida Department of Transportation* (FDOT), envolvendo mais de US\$10 bilhões em projetos de construção, tendo concluído que o uso de DBs resultou em uma economia igual a 2,7% em valores, e de uma economia de tempo de 15,1%.<sup>27</sup>

Já Peter Chapman revela que em 2007 existiam aproximadamente 1.350 projetos concluídos, ou em fase de conclusão, na Europa que adotaram o DB. Destes, as decisões do comitê foram contestadas posteriormente em sede arbitral ou judicial em menos de 30 projetos, o que revela, na visão do autor, uma minoria insignificante. Conclui, ainda, que pouquíssimas destas contestações resultaram êxito na alteração do entendimento dado pelo comitê.<sup>28</sup>

Os resultados alcançados são expressivos, e demonstram que o DB não é uma ferramenta que ainda esteja em fase de testes, mas um instrumento contratual já bastante experimentado e consolidado na experiência internacional.

### 2.3.1 FIDIC Golden Principle (DB adjudicativo)

---

<sup>25</sup> A afirmação fora compilada pela própria DRBF através da análise do seu banco de dados. Disponível em: <<https://www.drb.org/concept/faq/>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>26</sup> MASTIN, Deborah Bovarnick. Government Construction Headaches: Dispute Review Boards to the Rescue. **The Public Lower**. Volume 23, nº 2, 2015. American Bar Association. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/public\\_lawyer/govt\\_construction\\_PLS15.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/public_lawyer/govt_construction_PLS15.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2021.

<sup>27</sup> SOUSA, Antonio Luis Pereira de. Op cit., p. 137-138.

<sup>28</sup> CHAPMAN. Peter H. J. The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects. **The Turkish Commercial Law Review**, Vol. 1, Nº 3, October 2015, p. 222. Disponível em: <[http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR\\_3-web-051.pdf](http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR_3-web-051.pdf)>. Acesso: 04 nov. 2021.

Em 2019, a FIDIC demonstrou estar preocupada com o fato de que seus modelos de contratos vinham sendo adaptados demasiadamente pelas partes, a ponto de não mais refletirem os valores e princípios da FIDIC. Diante disto, editou o que denominou de *FIDIC Golden Principles*<sup>29</sup>, definindo, através de cinco princípios gerais, as características essenciais de suas condições de contratação que não deveriam ser alteradas para que o contrato pudesse ser considerado como um contrato FIDIC genuíno.

Dentre estes princípios, o quinto aponta que, a menos que haja um conflito com a lei que rege o contrato, todas as disputas formais devem ser encaminhadas a um comitê adjudicatório para uma decisão provisoriamente vinculativa, como uma condição precedente à arbitragem.<sup>30</sup> Para justificar as razões deste princípio ter sido incluído, a FIDIC aponta que:

*O Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)/ Dispute Adjudication Board (DAB) (referido no Livro Rosa como Dispute Board) evoluiu como um mecanismo importante para fornecer às Partes um procedimento para resolver disputas (pelo menos provisoriamente) a um custo muito menor e em muito menos tempo do que exigido para arbitragem. [...]*

**FIDIC considera que a disponibilidade de um sistema independente e imparcial DAAB ou DAB para (provisoriamente) resolver disputas é fundamental para um Contrato justo e equilibrado**, se for permitido pelas leis aplicáveis. Um DAAB ou DAB pode resolver disputas em tempo real e, assim, permitir que as partes planejem suas atividades futuras com base nas razões de decisão de pessoas experientes, independentes e imparciais, que estão familiarizados com a execução de projetos e administração de contratos de construção.

Além disso, um DAAB ou DAB permanente pode contribuir materialmente na prevenção de disputas, auxiliando as Partes a resolverem informalmente divergências antes de se tornarem disputas formais.<sup>31</sup> (grifo nosso)

Vale frisar: a FIDIC entende que nenhum contrato pode ser considerado justo e equilibrado se não possuir um DB com função adjudicatória para prevenir e resolver disputas. Isto demonstra que, embora o mecanismo ainda seja pouco conhecido no Brasil, nos projetos internacionais de construção civil já se encontra de tal forma consolidado que é considerado como um instrumento essencial ao próprio equilíbrio contratual. Ou seja, não se trata de um simples método de resolução de disputas, mas de um mecanismo de governança contratual que, dentre outras relevantes funções, também irá resolver disputas, quando não puder preveni-las.

Importante destacar que, para a FIDIC, não basta apenas a previsão contratual da existência de um DB. É preciso que o mesmo tenha função adjudicativa (DAAB/DAB). Logo, embora seja

---

<sup>29</sup> FIDIC. **The FIDIC Golden Principles**, 1ª ed., Genebra, 2019. Disponível em: <<https://fidic.org/books/fidic-golden-principles-2019>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

<sup>30</sup> Ibidem. GP5: Unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.

<sup>31</sup> Ibidem. Tradução nossa.

plenamente possível estabelecer que o DB apenas emitirá recomendações às partes, sem poder vinculante, acaso isso seja feito o contrato não poderá ser considerado como um contrato FIDIC genuíno, salvo se esta limitação for decorrente de uma exigência legal.

Ou seja, a FIDIC, ao longo de várias décadas de estudos e monitoramento dos mais variados modelos de contratação de obras de construção civil por todo o mundo, consolidou seu entendimento sobre a essencialidade do DB com função adjudicativa. Isto ratifica a eficácia e potencialidade do mecanismo demonstrada ao longo das décadas.

## 2.4 RAZÕES QUE CONCORREM PARA O SUCESSO DO MECANISMO

A prática internacional demonstra que, embora seja sempre possível recorrer das deliberações/recomendações do CRD, isto acontece pouquíssimas vezes: seja porque as partes acabam se conformando com a posição dos técnicos ou porque acreditam que um processo judicial/arbitral teria baixo percentual de êxito, após a manifestação técnica desfavorável de uma junta de especialista que acompanha o projeto (na maioria das vezes) desde o início.

As razões deste sucesso podem ser explicadas por vários fatores somados. A imparcialidade e o alto grau de nível técnico dos membros do comitê, associados ao fato de que foram escolhidos livremente pelas partes, explica o porquê de as decisões/recomendações do comitê sofrerem uma menor resistência para serem acatadas. Mas não se trata apenas disso, até mesmo porque, no ponto, a arbitragem é equivalente.

O grande diferencial é que, além destas características, os membros do comitê, na maioria dos projetos, estão inseridos desde o início. Conhecem os detalhes do projeto desde antes da divergência surgir. E é aí que conseguem atuar com maior celeridade, obtendo diversos benefícios com isso. Quando o comitê toma conhecimento de uma divergência, ela ainda não se transformou num conflito. As partes ainda estão distensionadas, o que facilita demais o processo de encontro de uma solução consensual. Este é um grande diferencial da arbitragem, em que o processo se instala já dentro de um ambiente litigioso e adversarial.

Há que se destacar, também, que a grande maioria dos contratos que não adotam o CRD acabam estabelecendo um processo estrito e burocrático de resolução de disputas a ser seguido pelas partes. Ou seja, criam um modelo procedimental “engessado”, que dificilmente consegue ser flexibilizado. Em contraste, a função de evitar disputas do comitê não está limitada a qualquer tipo de processo predeterminado. Isso permite que o comitê envolva as partes nas estratégias de prevenção

de disputas mais adequadas para resolver um problema específico.

Ademais, como os membros do comitê são ouvidos quase que imediatamente após o surgimento do impasse, torna-se possível a adoção de soluções mais informadas, tendo em conta que os fatos são recentes, as testemunhas e demais provas “perecíveis” ainda estão disponíveis, e o impacto das decisões/recomendações pode ser calculado em *tempo real*.

Esta característica merece um melhor detalhamento. Sempre que se busca a valoração de uma conduta, ou de uma decisão, que estejam desconectados do tempo em que produziram, ou deveriam ter produzido, seus efeitos; por mais técnico e bem-intencionado que seja o órgão julgador, este se valerá, em algum ponto, de subjetivismo. É aí que os comitês oferecem algo que os demais métodos de resolução de conflitos não conseguem. Como atuam de forma célere, e com foco sempre na execução do contrato, conseguem trazer soluções que reflitam o *cenário atual* da contratação e tornem *viáveis* o cumprimento das obrigações.

Ou seja, as partes acabam optando, em algum momento, por aceitar a solução que, apesar de eventualmente não atender a todos os seus anseios, tem efeitos práticos previsíveis e calculáveis, diante da realidade contratual *atual*; ao revés de correr o risco de postergar a disputa para um tempo futuro, em que poderá até lograr-se vencedora e, ainda assim, obter resultados práticos prejudiciais. No dito popular, evita-se “trocar o certo pelo duvidoso”, arriscando “ganhar e não levar”.

### **3 A INCIPIENTE EXPERIÊNCIA NACIONAL: UTILIZAÇÃO EXCESSIVA DO CRD AD HOC E RESISTÊNCIA À UTILIZAÇÃO DO COMITÊ ADJUDICATÓRIO.**

No Brasil, o primeiro contrato de obra pública que previu a adoção do comitê se deu em 2004, com a construção da Linha Amarela do Metrô da Cidade de São Paulo/SP, por exigência do Banco Mundial, através do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), que financiou a obra<sup>32</sup>.

Posteriormente foi estipulado na PPP para construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte/MG, e em diversos contratos firmados para a construção ou reforma de estádios para a Copa do Mundo de 2014. De 2010 em diante, os CRDs foram utilizados na PPP da Rodovia MG-050, na PPP da Arena Fonte Nova, em Salvador/BA, na PPP da Arena das Dunas, em

---

<sup>32</sup> COELHO, Arlis de Oliveira. **Dispute Board - Meio Extrajudicial de Prevenção de Litígios e Preservação das Relações Negociais**. 2017. Tese (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p. 19.

Natal/RN, no Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN, nos contratos para construção do trecho Norte do Rodoanel de São Paulo/SP, dentre outros<sup>33</sup>.

Nos contratos de infraestrutura relacionados aos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 fora inicialmente imaginado um formato permanente de CRD para acompanhamento e prevenção de disputas. Por questões orçamentárias, os comitês foram convertidos para o formato *ad hoc*. Não houve registro da instauração efetiva de algum DB, mas a simples previsão contratual de sua existência, na visão de Augusto Barros e Ricardo Medina, colaborou para que as partes encontrassem uma solução negociada de suas divergências.<sup>34</sup> Como complementam os autores, “*O estudo deste caso mostra a função dissuasória em relação às disputas contratuais que resulta da possibilidade de um terceiro impor uma decisão às partes, algo por si só significativamente benéfico ao contrato*”.<sup>35</sup>

Desde então o que se tem percebido é que, salvo nos contratos com financiamento internacional, o CRD *ad hoc* tem sido amplamente adotado, em detrimento do formato permanente. Muitas das vezes, ainda, tem sido privilegiado o CRD que apenas emite recomendações, em detrimento do CRD adjudicatório.

Em 08 de dezembro de 2020 o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) apreciou, pela primeira vez, a viabilidade de inclusão de cláusulas de *Dispute Board* em contratos administrativos<sup>36</sup>. Na ocasião, aprovou-se, com ressalvas, os estudos de viabilidade de quatro concessões rodoviárias, BR 153/080/414/GO/TO, BR-163/230/MT/PA, BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO. Nos projetos apresentados pelo Ministério da Infraestrutura, diversas inovações haviam sido propostas, dentre elas o uso de *Dispute Board* no formato *ad hoc*, podendo a junta emitir apenas recomendações (DRB).

Conforme consta no acórdãos 4036/2020 – PLENÁRIO<sup>37</sup> e 4037/2020 – PLENÁRIO<sup>38</sup>, os

---

<sup>33</sup> RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no Direito Brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 9, n. 2, 2015, p. 141.

<sup>34</sup> FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Op. cit., p.42.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> A afirmação é feita com base em pesquisa realizada no repositório oficial da jurisprudência do TCU, na data de 05/11/2020, com os termos “*Dispute Board*”, “*Dispute Resolution Board*”, “*Comitê de Resolução de Disputas*” e “*Junta de Resolução de Disputas*”. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **ACÓRDÃO nº 4036/2020**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 08 dez. 2021. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/Dispute%2520Board/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/3/%2520>>. Acesso em: 15 nov. 2020

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **ACÓRDÃO nº 4037/2020**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 08 dez. 2021. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A4037%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4037%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520)>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Ministros do TCU, divergindo da área técnica, permitiram que as contratações estabeleçam o DB como um dos mecanismos de resolução de controvérsias. Determinou-se, apenas, que o mecanismo só seja efetivamente utilizado depois de ser editada uma regulamentação própria pela ANTT. Trechos do voto do Ministro Relator do acórdão 4037/2020, Benjamin Zymler, demonstram o conhecimento do mecanismo e de suas potencialidades:

Para encerrar o tópico, passo a tratar do Comitê de Resolução de Conflitos, muito utilizado em contratos complexos de média ou de longa duração. De acordo com a minuta do contrato, trata-se de mecanismo facultativo pensado para auxiliar a tomada de decisão da ANTT em questões de natureza eminentemente técnica, diante de situações concretas excepcionais e complexas. Seu escopo de atuação é restrito, se comparado com a abrangência da arbitragem e da autocomposição, e seus pronunciamentos são recomendatórios, ou seja, não vinculam a agência. Nesse ponto, aproxima-se muito do que se conhece internacionalmente por **dispute review board**.

Salvo acordo em contrário, é composto por três membros, sendo um indicado pela autarquia, outro pela concessionária e um terceiro nomeado pelos dois membros designados pelas partes.

O **dispute board** visa, em muitos casos, tanto a resolução quanto a prevenção de disputas, sendo composto por profissionais qualificados e independentes. O órgão geralmente é constituído no início do contrato para permitir um efetivo acompanhamento da execução do ajuste, tanto é que uma de suas vantagens, ao menos reconhecida na literatura, é a rapidez de seus pronunciamentos. A despeito disso, a minuta contratual optou pela sua instauração **ad hoc**, provavelmente para não impactar significativamente o fluxo de caixa do projeto. [...]

Sobre a questão, inovações regulatórias são sempre bem-vindas, ainda mais no caso em apreço, em que está sendo introduzido no contrato um mecanismo internacionalmente utilizado para auxiliar nas soluções das controvérsias. Contudo, externo minha preocupação quanto à ausência de regulamentação de questões essenciais ao seu funcionamento, como a experiência a ser exigida dos membros do comitê, o procedimento interno da Agência e a definição das situações concretas excepcionais e complexas.

Ainda que haja previsão na minuta de que os procedimentos para instauração e funcionamento do Comitê de Resolução de Conflitos deverão ser estabelecidos em comum acordo entre as partes, tenho que a matéria mereça um tratamento uniforme para todos os casos, sob pena de se promoverem indesejáveis diferenciações e questionamentos administrativos e judiciais intermináveis. Nesse sentido, ao tratar da autocomposição e da arbitragem, a própria ANTT regulamentou as condições de contorno desses institutos, ou seja, considerou insuficiente o vago art. 23-A da Lei 8.987/1995. [...]

Portanto, proponho determinar a inclusão, na minuta contratual, de dispositivo prevendo que o uso do **dispute board** só ocorrerá após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão desta não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária. (grifos no original)

A área técnica do TCU havia apontado, ainda, que a opção pelo formato *ad hoc* poderia apresentar ineficiência, pela falta da agilidade requerida. É que, conforme destacou, o comitê só seria recrutado quando surgisse algum problema, ocasião em que os membros teriam que gastar tempo na compreensão das complexidades específicas da concessão, com suas interrelacionadas obrigações principais e acessórias, quando, finalmente familiarizados, buscariam a solução.

De fato, como será visto no próximo capítulo, são inúmeras as vantagens do formato permanente em relação ao formato *ad hoc*. Nada obstante, esta conclusão justificaria uma

recomendação de que o formato do DB fosse alterado no contrato, e não de que o DB fosse excluído, como feito pela área técnica. Todavia, o Plenário do TCU acabou não enfrentando a questão e validou a opção do formato *ad hoc*, desde que atendida a regulamentação prévia, sem adentrar nesta especificidade.

Seguindo a determinação do TCU, a ANTT apresentou em audiência pública sua proposta de regulamentação do CRD nos contratos de concessão celebrados pela agência<sup>39</sup>. A minuta divulgada, ao passo em que prevê a possibilidade de CRDs permanentes, temporários<sup>40</sup> e *ad hoc*, e estabelece que as decisões do CRD *preferencialmente* terão natureza vinculante; traz uma confusa redação em seu art. 34, §4º, dando a entender que a decisão do comitê adjudicatório só se tornaria vinculante acaso não fosse manifestada oposição ao seu cumprimento dentro do prazo ali determinado. Já o §3º do citado artigo aponta que a ANTT poderá manifestar oposição ao cumprimento de decisão proferida por comitê adjudicatório “*caso violadas as diretrizes estabelecidas nesta Resolução ou regras procedimentais contidas no regulamento da Câmara escolhida.*”

Ou seja, buscou-se deixar uma “brecha” para que a agência possa se recusar a cumprir a decisão de um comitê adjudicatório em determinados casos, o que fragiliza a segurança jurídica e vai de encontro às melhores práticas preconizadas internacionalmente.

### 3.1 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

No dia 29/06/2021 o plenário do Senado aprovou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 206/2018, proposto pelo Senador Antonio Anastasia, que: “*Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios*”<sup>41</sup>. A proposta original previa aplicação restrita aos contratos da União, tendo sido alterada para abranger também os demais entes da Federação.

---

<sup>39</sup> Brasil. ANTT. Audiência Pública, com o objetivo de tornar pública a proposta de regulamentação do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board), para ser aplicado aos contratos de concessão de rodovia e ferrovia celebrados entre a ANTT e seus entes regulados, e colher sugestões e contribuições à Minuta de Resolução para alteração da Resolução ANTT 5.845, de 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudien cia=535>. Acesso em: 28 ago. 2023.

<sup>40</sup> Nos termos da minuta, comitê temporário seria aquele “*constituído com prazo limitado a um período da vigência do contrato, relacionando-se a um grupo específico de obrigações ou a uma fase predeterminada de investimentos, extinguindo-se após o exaurimento dos procedimentos aplicáveis às decisões emitidas;*”

<sup>41</sup> BRASIL. Senado Federal. Loc cit.

Na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) tramita sob o nº 2421/2021<sup>42</sup>, tendo sido determinado o regime de tramitação prioritária pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Determinou-se, também, que fosse apensado o PL 9883/2018, de autoria do Deputado Pedro Paulo, que tratava da mesma matéria<sup>43</sup>.

O projeto de lei replica algumas previsões já incorporadas à arbitragem, bem como incorpora alguns dos procedimentos de DB que já vem sendo utilizados, com êxito, na experiência internacional. Destaque-se, neste sentido, a necessidade de observância dos princípios da legalidade e da publicidade (art. 4º) e a equiparação dos membros do comitê aos agentes públicos para efeitos de responsabilização penal (art. 7º).

Em relação a este aspecto, deve ser feito destaque extremamente positivo da previsão explícita de que os membros do comitê, bem como os agentes públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito pelo comitê ou derem cumprimento à respectiva recomendação ou decisão, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando agirem com dolo ou culpa grave ou mediante fraude (art. 7º, *caput* e p.u.).

Já o art. 2º do PL estabelece expressamente que o comitê poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, e o art. 3º ratifica a possibilidade de que sejam adotadas regras de uma instituição especializada na “*administração de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias e de autocomposição de conflitos*”.

Apesar dos avanços citados, uma crítica contundente deve ser feita ao projeto como um todo. O que se percebe é que ele foi pensado, quase que exclusivamente, para comitês no formato *ad hoc*. Ou seja, o que deveria ser a exceção está sendo utilizado como regra. Prova disto é a previsão do art. 5º, § 1º, de que o comitê entrará em funcionamento com assinatura do Termo de Compromisso pelas partes e membros, o que deverá ocorrer em até 30 (trinta) dias contados do registro de alguma controvérsia. Ora, o comitê permanente tem seu funcionamento desde o início do contrato, quando ainda inexistente qualquer controvérsia entre as partes.

---

<sup>42</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.421, de 02 de julho de 2021**. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2289398>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>43</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.883/2018, de 27 de março de 2018**. Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

Na mesma linha é a previsão do art. 5º, §3º, de que o comitê seja dissolvido após proferir recomendação ou decisão, salvo previsão expressa em sentido contrário. Ocorre que a lógica de um comitê permanente é justamente oposta: salvo previsão expressa, o comitê continuará a atuar até o término do contrato. A emissão de alguma decisão ou recomendação é apenas uma das muitas tarefas que ainda serão confiadas ao comitê.

O PL nº 9.883/2018 da Câmara dos Deputados traz este mesmo foco voltado, quase que exclusivamente, ao comitê *ad hoc*. O art. 1º já define o CRD como método de solução consensual de conflitos. Já o art. 2º aponta que o CRD “*têm a finalidade de prevenir e solucionar de forma célere, técnica e com base na estrita observância das cláusulas contratuais os litígios que surgirem durante a execução do contrato [...]*”. Ambas as definições ignoram que o CRD no formato permanente possui um escopo de atuação bem mais amplo do que o de um método de resolução de conflitos, atuando como um instrumento de gestão e governança contratual, com foco na *prevenção* dos conflitos.

Ponto importante de destaque é que o PL nº 9.883/2018, em seu art. 11, torna obrigatória a utilização do CRD para contratos de valor superior a R\$50.000,000,00 (cinquenta milhões de reais). A prevalecer esta determinação, o CRD será rapidamente popularizado na rotina administrativa nacional, tendo em vista que, atualmente, diversos contratos ultrapassam o limite de valor proposto, e o PL não veda que o CRD seja adotado em contratações de menor valor.

Conclui-se que a regulamentação legislativa em tramitação possui grandes méritos, mas peca por focar-se, quase que exclusivamente, no formato *ad hoc* do CRD. Embora ela não chegue a vedar o uso do modelo permanente, a ausência de previsão de normas específicas para este formato, aliada às incongruências de algumas regras pensadas para o uso no formato *ad hoc*, podem acabar trazendo insegurança jurídica para o uso do formato permanente.

Repise-se que é apenas nesse formato que o CRD possui meios para, não apenas resolver, mas prevenir os conflitos. E mesmo no que se refere à resolução dos conflitos, o modelo permanente traz uma velocidade de resposta maior, como será melhor detalhado no próximo tópico. É, portanto, o modelo mais eficiente, que deveria ser incentivado pela legislação.

#### **4 POR QUE DEVE SER PRIORIZADA A OPÇÃO DE CRD PERMANENTE E ADJUDICATÓRIO?**

É compreensível que exista uma resistência na adoção de comitês permanentes e adjudicatórios, uma vez que isto se afasta demais da tradição brasileira. Todos os demais MESCs

atuam apenas se, e quando, surgir um conflito. Já com o CRD permanente a administração pública precisa aprender a conviver com mais um agente desde o início do projeto que, não raras vezes, já está sendo fiscalizado por agências reguladoras, Tribunais de Contas e outros órgãos de controle.

O que não se dizer, então, sobre cumprir de forma imediata decisões de particulares que nem jurisdição possuem? Afinal, se nem mesmo um juiz pode determinar à Administração que pague imediatamente, devendo o credor aguardar o sistema de precatórios; por qual razão a Administração se submeteria voluntariamente a um clausulado em que a obriga a cumprir de forma imediata uma decisão que, por vezes, poderá não irá concordar?

Indo direto à resposta: porque sem isso o CRD não funciona!

Ao menos não funciona da forma tão efetiva quanto possível. É preferível correr o risco de, eventualmente, ter que adiantar um pagamento que a Administração não concorda, mas que poderá continuar a discutir na via adequada; do que manter o “conforto” do sistema atual, em que a Administração garante para si uma posição de supremacia, mas, na prática, tem que suportar os efeitos deletérios da paralisação de quase a metade das obras que contrata.

Repise-se, manter as contratações como estão não é mais uma opção!

Para além disso, é preciso compreender com clareza as imensas distinções, e consequências, da substituição de um comitê permanente por um comitê *ad hoc*.

No primeiro caso, o comitê atuará de forma preventiva e reativa, auxiliando a gestão contratual e promovendo a resolução de disputas. Sua função de resolução de disputas será até acessória perto do seu papel de instrumento de governança contratual. Já no segundo caso, o comitê atuará de forma apenas reativa, limitando-se a um mecanismo de resolução de disputas.

Augusto Barros e Ricardo Medina apontam que o formato *ad hoc* é um formato “*desnaturado*” de *Dispute Board*<sup>44</sup>, citando um estudo que comprovaria a grande diferença de eficácia entre os dois modelos:

Um outro interessante caso é o relativo à uma apresentação sobre a análise de disputas ocorridas em um universo de 231 projetos com previsão de uso de *Dispute Boards*, tanto no formato permanente como no formato *ad hoc*. **O estudo constatou que 14,05% das decisões proferidas por um Dispute Board ad hoc foram contestadas posteriormente em arbitragem contra 0,53% das decisões de um Dispute Board Permanente com poderes**

---

<sup>44</sup> FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Op. cit., p.54. Conforme apontam os autores, na nota de rodapé nº 57, o *Dispute Board ad hoc* seria “*Desnaturado por afastar-se da ideia original que inspirou a criação do método, mas que não por isso deve ser desconsiderado como uma opção.*”

**para também atuar na prevenção de disputas e 2,97% das decisões de um *Dispute Board* Permanente sem poderes para atuar também na prevenção de disputas.**(grifo nosso) <sup>45</sup>

Como já apontado, o próprio TCU reconheceu as vantagens de um comitê permanente sobre um comitê *ad hoc*. Apesar disto, ainda são raros os contratos públicos que adotam o formato permanente e, quando o fazem, na maior parte das vezes, é por exigência do agente financiador. Compreende-se que o modelo *ad hoc* possa gerar menor apreensão aos gestores públicos, na medida em que possui maior semelhança com MESCs habituais, como a arbitragem.

É preciso, todavia, aclarar que o formato original de DB é o formato permanente; que este é formato que vem sendo adotado nas grandes obras públicas internacionais, ao longo de décadas; que este é o formato indicado por organismos internacionais que estudam as melhores práticas de contratação (FIDIC, ICC, etc.); e que o Brasil não terá uma experiência concreta sobre *Dispute Boards* enquanto não ampliar o número de projetos que utilizem comitês permanentes.

Na verdade, o CRD *ad hoc* e permanente são tão diferentes que não se trata de apenas indicar o formato escolhido em alguma subcláusula do edital ou contrato. Toda a estruturação da modelagem contratual já deve ser feita baseando-se no modelo escolhido. Isto afetará, até mesmo, a forma de custeio do CRD. Não é possível regulamentar de maneira uniforme um instrumento de governança contratual – que atuará ao longo de toda a execução contratual – e um instrumento de resolução de disputas – que poderá ou não ser constituído e funcionará, tão somente, pelo tempo necessário para o encontro de uma solução negociada ou imposta.

Até mesmo o foco do trabalho do comitê muda a depender do formato adotado. No formato permanente o comitê também atua para resolver conflitos, mas o seu escopo maior de atuação é a preservação do objeto do contrato. Já no formato *ad hoc* o comitê trabalha para resolver uma disputa determinada, ficando mais restrito aos contornos fático-jurídicos da demanda que lhe fora apresentada, e aos pedidos feitos pelas partes.

A segunda decisão mais relevante a ser tomada na estruturação de um CRD é sobre o caráter vinculante das deliberações que serão tomadas pela junta. Em relação aos contratos públicos, Cyrill Chern traz um alerta de que recomendações não vinculantes irão trazer pouca segurança jurídica aos gestores públicos em relação à pagamentos<sup>46</sup>. De fato, a incipiente experiência nacional já demonstrou que gestores tiveram problemas com órgãos de controle até mesmo quando se limitaram

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 43. Na nota de rodapé nº 33 os autores informam que: “o estudo foi apresentado por Lindy Patterson e Jim Perry, ambos ex-presidentes da Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), quando da reunião da Taskforce de Infraestrutura da Comissão de Arbitragem e Mediação da CCI Brasil, em junho de 2020.”

<sup>46</sup> CHERN, Cyril. Op. cit., p. 8.

a cumprir determinações vinculantes de um comitê adjudicatório. O que não se dirá, então, de uma mera recomendação, cujo peso da decisão de cumprir ou não continua nos ombros do gestor.

Outro ponto de relevo é que a escolha da modalidade de DB afetará diretamente o nível de risco do contrato. Assim como ocorreu quando a arbitragem passou a ser adotada nos contratos públicos, a estipulação de um comitê que pode emitir decisões vinculantes tem um potencial muito maior de gerar segurança jurídica ao contratado, podendo influenciar, inclusive, sua disposição de participar da contratação. Ademais, a simples possibilidade de que o comitê venha a emitir decisões vinculantes já serve de um importante incentivo para o cumprimento voluntário de simples recomendações, ou mesmo orientações informais, que venham a ser emitidas pelo comitê.

Vale lembrar, também, que para que um contrato possa ser classificado com um contrato FIDIC é indispensável que esteja previsto um DB com função adjudicatória, salvo eventual vedação da lei de regência do contrato (vide *tópico 2.3.1*).

Seja qual for a escolha da modalidade de CRD, o fundamental é que as regras estejam muito bem definidas na cláusula, de modo a reduzir a natural desconfiança que paira sobre o processamento de conflitos envolvendo a Administração Pública. Além disso, é altamente recomendável que a modalidade seja escolhida de forma prévia à contratação, quando ainda inexistente qualquer tipo de divergência entre as partes. Por óbvio que se esta escolha for postergada para um momento futuro, a vontade das partes estará afetada pelos aspectos práticos do caso concreto, e pelo juízo que façam da probabilidade de êxito do seu pleito.

Cumpra aqui, ainda, fazer o importante alerta de que alguns regulamentos de câmaras de arbitragem e mediação não estabelecem solução para o caso de o contrato não ter previsto a modalidade de DB e as partes não chegarem num consenso<sup>47</sup>. Logo, se este fato ocorrer e o contrato tiver adotado as regras de algumas destas câmaras para processamento do DB, simplesmente não será possível a sua utilização. Ou seja, a omissão poderá trazer uma barreira incontornável ao uso do mecanismo.

#### 4.1 FUNÇÃO ADJUDICATÓRIA DO CRD E INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Há quem defenda que, na ausência de uma disposição legal que expressamente autorize, não poderia ser adotado um comitê com função adjudicatória nos contratos públicos. Isso porque “os

---

<sup>47</sup> Cite-se, neste sentido, os Regulamentos da CCI e da CIARB.

*atores envolvidos na persecução da harmonia entre os contratantes estarão munidos dos mesmos poderes conferidos a um juiz estatal togado*”<sup>48</sup>, o que afrontaria o Princípio da Legalidade. Este é o entendimento de Renata Faria Lima:

Contudo, a aplicabilidade aos contratos públicos firmados no Brasil dos *DBs* dotados de poder para emitir decisões vinculativas merece reflexão. Isso porque, diferentemente do que ocorre com as decisões exaradas em sede de arbitragem, cuja obrigatoriedade no cumprimento é prevista em expressa disposição legal, contido no art. 31 do diploma n. 9.307/96, não há instrumento legal específico que assegure a exequibilidade dessas outras decisões finais não judiciais provenientes dos demais mecanismos privados para solução de disputas, aí incluídos os comitês de solução de controvérsias ou *dispute boards*. Assim, uma cláusula que estabeleça ser final a decisão de um *dispute board* poderia ser tomada como incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, com o princípio da legalidade que rege a Administração Pública.<sup>49</sup>

Em consonância com esse entendimento, Gilberto José Vaz lista algumas outras circunstâncias que, no seu entender, poderiam ser um impasse à utilização dos *DBs* na figura do adjudicador em contratos administrativos:

Nesse mesmo diapasão, as decisões finais e mandatórias dos *Dispute Boards* ainda poderiam ser desafiadas face a conflitos com inúmeros outros preceitos legais de ordem pública, tais como, por exemplo: (a) prazos estendidos de defesa garantidos à Administração Pública pelo CPC, os quais, *prima facie*, não poderiam ser derogados pelos prazos de manifestação estabelecidos nos procedimentos de *DB* dos organismos internacionais; (b) leis de procedimento administrativo que eventualmente prevejam o poder-dever do Estado de analisar pedidos dentro de passos procedimentais específicos, que, a princípio, não se coadunariam com a relativa informalidade das normas procedimentais dos *DBs*, traço que, aliás, é justamente o que confere agilidade e eficácia a esse método de solução de controvérsias; e (c) normas prescricionais especiais, que não poderiam ser derogadas por prazos prescricionais estabelecidos em procedimentos de *DBs*, como é o caso, por exemplo, dos exíguos 84 dias franqueados pelo Banco Mundial para que a parte descontente com as decisões do *Dispute Board* notifique a outra parte de sua intenção de instaurar procedimento arbitral.<sup>50</sup>

Trata-se, todavia, de um equívoco. Em primeiro lugar, é preciso rechaçar a ideia de que um comitê com atribuição adjudicatória estaria exercendo função jurisdicional. Qualquer que seja a modalidade de CRD, a decisão final sobre uma determinada controvérsia *sempre será da jurisdição* estatal ou arbitral. Da mesma forma, os gestores públicos não transferem a particulares o poder decisório sobre o comportamento da Administração. Assim como no comitê recomendatório, caberá exclusivamente à Administração a decisão sobre submeter-se voluntariamente à decisão do comitê,

<sup>48</sup> RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Op. cit., p. 15.

<sup>49</sup> LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, O. A.; ARÊDES, S. N.; MATOS, F. N. de. (Coord.). **Contratos administrativos (estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo)**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 278.

<sup>50</sup> VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 38. 2013, p. 142.

ou não. A única diferença é que, em sendo pactuado um comitê adjudicatório, a Administração assume o compromisso de adotar um determinado comportamento (cumprir provisoriamente a decisão) enquanto não sobrevier uma decisão jurisdicional diferente.

De fato, as partes assumem uma simples obrigação condicional de cumprirem a decisão do comitê caso essa venha a ser proferida dentro do procedimento estabelecido no contrato. Não há qualquer impedimento de que sejam assumidas obrigações condicionais em contratos públicos, desde que respeitados os princípios da Administração e os limites estabelecidos pela teoria geral dos contratos. Isto porque, a teor do art. 89 da Lei nº 14.133/2021, que replica o art. 54 da Lei nº 8.666/1993, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado são aplicáveis supletivamente aos contratos públicos.<sup>51</sup>

Nesta linha de ideias, o art. 122 do Código Civil<sup>52</sup> admite, com alargada aceitação, a estipulação de cláusulas condicionais em contratos. Excetuam-se, tão somente, aquelas que sejam contrárias à lei, ordem pública ou aos bons costumes – que já estariam vedadas à Administração pelos princípios da legalidade e da moralidade –; e as condições que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

A cláusula de CRD, todavia, seja qual for o seu formato, não se enquadra em qualquer destas exceções. Ela não afronta qualquer lei ou costume, mas, ao revés, encontra-se em sintonia com as melhores práticas internacionais de contratação, como já se viu. Também não se pode dizer que ela limite, de qualquer forma, o negócio jurídico, pois sua finalidade é justamente oposta, a de contribuir para que o negócio atinja efeitos plenos, conforme clausulado. Por fim, nenhuma parte está sujeita ao puro arbítrio da outra, eis que as decisões são tomadas por profissionais especialistas imparciais, que foram escolhidos, de forma isonômica, por ambas as partes.

Outra falsa impressão é a de que a Administração estaria abrindo mão de prerrogativas em benefício exclusivo do contratado. O benefício é mútuo, eis que se a decisão for favorável à Administração, o contratado estará igualmente obrigado a cumprir esta decisão de forma imediata, mesmo que venha a questioná-la na via adequada. Trata-se de uma previsão relevante para obrigar o contratado, por exemplo, a não paralisar as obras, prática esta que pode ser utilizada como subterfúgio para pressionar a Administração a elaborar algum aditivo contratual. Ou seja, ambas as partes se

---

<sup>51</sup> “Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” (Art. 89 da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021)

<sup>52</sup> “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.” (Art. 122 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil)

beneficiam potencialmente deste tipo de cláusula.

Além do exposto, não se pode aceitar os argumentos de que um CRD com natureza adjudicatória afrontaria normas de ordem pública que conferem privilégios processuais, regulam processos administrativos e prazos prescricionais para a Administração. Acaso seja instaurado um processo judicial, os privilégios processuais da Administração continuarão a existir normalmente, sem que haja influência do CRD sobre isso. Não há no caso, também, a instauração de qualquer processo administrativo, mas o simples cumprimento de cláusulas contratuais. Por fim, a hipótese não ilustra o transcurso de qualquer prazo prescricional. Ao pactuar um comitê em que as partes se comprometem a tornar definitiva a decisão do comitê caso não haja manifestação de oposição num determinado prazo, a Administração não está reduzindo nenhum prazo prescricional de forma antecipada, o que seria ilícito.

Na verdade, esta cláusula apenas confere um efeito constitutivo ao eventual silêncio administrativo, qual seja, o de se considerar que houve a aceitação da referida decisão pela Administração de forma tácita. Logo, o que impedirá discussão futura desta decisão não é propriamente o decurso do tempo, mas a vedação ao comportamento contraditório, eis que, salvo em casos excepcionais, a Administração não poderia discutir o mérito de uma decisão que acatou de forma expressa ou tácita.

Importante lembrar, inclusive, que o ordenamento jurídico pátrio já começou a prever, de forma expressa, hipóteses em que o silêncio administrativo gera efeito constitutivo, como, por exemplo, na Lei nº 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica.<sup>53</sup>

Por todos estes argumentos, constata-se que a pactuação do CRD, em qualquer uma de suas modalidades, não afronta o princípio da legalidade ou qualquer norma de ordem pública.

## 5- CONCLUSÃO

Embora não haja comprovação segura, costuma-se atribuir à Albert Einstein a frase: *“insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes”*. Independente da autoria, a frase ilustra uma obviedade que às vezes é bem difícil de ser percebida no

---

<sup>53</sup> “Art. 3º [...] IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;” (Artigo 3º, IX, da Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019).

dia a dia. Levantamento feito pelo Senado Federal, no ano de 1995, apontava um grave problema de paralisação de obras públicas no Brasil. Levantamento feito pelo TCU atualmente continua a retratar o mesmo problema, com ainda maior agravamento.

De lá para cá, apesar da profusão de novas normas e regulamentos, continuou-se, de certa forma, a encarar as contratações públicas do mesmo jeito: um emaranhado de procedimentos cuja observância é mais importante do que os resultados efetivamente alcançados. Além disso, a Administração Pública tem buscado, quase sempre dentro de si mesma, a solução de todas as suas mazelas. Órgãos públicos fiscalizam órgãos públicos, que são julgados por outros órgãos públicos, sem prejuízo do acesso à jurisdição estatal, cuja única certeza é a de que a solução definitiva irá tardar.

Os contratos públicos no Brasil têm sido elaborados dentro de uma base normativa que em vez de estimular a colaboração, estimula o conflito. A busca pelo comportamento esperado do contratado, quase sempre, é feita através de estímulos negativos, punições e ameaças. Com isso, ao primeiro sinal de problemas, abandona-se o foco na conclusão do projeto, para concentrar-se na defesa. O projeto fica em segundo plano diante das pretensões individuais de cada parte. Se os resultados ruins não mudaram muito ao longo de décadas, é porque as práticas continuam as mesmas.

Neste sentido, buscou-se estimular o uso do *Dispute Board* nos contratos públicos. Trata-se de um misto de instrumento de governança contratual com método de prevenção e resolução de conflitos. Este mecanismo foi criado, justamente, para lidar com esta realidade narrada, de litigiosidade arraigada e paralisação de projetos. Através da análise da experiência internacional, foi possível encontrar resultados expressivos no que se refere à efetividade na prevenção e solução dos conflitos, inclusive em obras de extrema complexidade, como a construção do aeroporto de Hong Kong ou do Eurotunnel.

Com base nas melhores práticas preconizadas por associações e instituições dedicadas ao seu estudo (DRBF, FIDIC, ICC), buscou-se entender as razões de sucesso do mecanismo, o que levou à conclusão de que o grande diferencial está no fato do comitê começar a atuar desde o início da execução contratual, quando ainda inexiste qualquer divergência entre as partes. A partir de então, a atuação do comitê, seja prestando uma assistência informal, seja emitindo recomendações ou decisões vinculativas, tem relevante papel na prevenção e resolução de conflitos.

A rapidez com que ocorre a resolução destes conflitos também ajuda a explicar o sucesso do CRD, contrapondo-se à conhecida morosidade da justiça estatal, e até mesmo à demora que já se experimenta em muitos procedimentos arbitrais. Os membros do CRD não concentram suas atenções nas pretensões individuais das partes, mas na execução do projeto. O CRD é uma “criatura do

contrato”, que serve ao contrato, e não a qualquer parte em específico.

A realidade com que o mecanismo vem sendo implantado no Brasil, todavia, faz emergir uma constatação um tanto quanto preocupante. Está sendo privilegiado demasiadamente o formato *ad hoc*, que é um formato “desnaturado” do CRD. A maioria das normas que vem sendo editadas, embora não vedem o formato permanente, acabam por quase inviabilizá-lo, ao não regulamentar suas especificidades. Isto se reflete nos contratos públicos atuais que estão privilegiando o formato *ad hoc* em detrimento do formato permanente

A conclusão central desta artigo recomenda que esta realidade seja urgentemente alterada. Os comitês *ad hoc* não são uma versão mais simplificada do CRD, que justificasse ser testada inicialmente. Ao contrário, o CRD já nasceu no seu formato permanente, e apenas quando bem sedimentado seu uso neste formato é que foi adaptado para possibilitar, também, o formato *ad hoc*. Trata-se, todavia, de uma hipótese de exceção – e assim deve ser encarado.

Na verdade, o comitê *ad hoc* é quase tão distante do formato permanente quanto dos demais MESC. Se em ambos os formatos o CRD é um MESC, apenas no formato permanente é, também, um instrumento de governança contratual. Se em ambos os formatos o CRD atua para resolver disputas, apenas no formato permanente ele também consegue preveni-las. Isto sem falar no tempo de resposta, expressivamente menor no formato permanente, em que os membros do comitê já estão familiarizados às partes, ao projeto, e às suas peculiaridades fáticas.

O CRD não tem a capacidade, e nem a pretensão, de substituir os demais métodos de resolução de conflitos. Desponta apenas como mais uma ferramenta, que produzirá bons resultados tanto quanto seja utilizada nos casos, e da forma, adequados. Ele difere dos demais, todavia, em um ponto fundamental. Não busca apenas resolver os litígios, mas evitá-los. Não se limita a equacionar as pretensões individuais das partes, mas busca soluções que permitam a continuidade da execução contratual. E isso com uma velocidade de resposta inigualável.

O sucesso de um CRD não deve ser medido pelo número de conflitos que resolveu, mas pelos que conseguiu evitar. Um comitê que tenha atuado em uma série de disputas formais ao longo de seu funcionamento pode ter alcançado um êxito bem inferior ao de outro que nem chegou a resolver nenhuma disputa formal, mas atuou proativamente, auxiliando as partes ao longo de todo o projeto.

Ainda que o formato *ad hoc* seja mais palatável para a tradição brasileira, deve-se buscar uma mudança cultural, que permita que o mecanismo seja utilizado com a mesma completude e confiança observadas nos contratos públicos internacionais. Burocracia não pode ser um fim em si

mesma. Defesa do interesse público não é sinônimo de litigiosidade. Pagar menos não necessariamente é pagar melhor. Agentes públicos não são os únicos ungidos capazes de promover o real interesse público.

Conclui-se, assim, que *Dispute Boards* funcionam e possuem total sinergia com alguns tipos de contratações públicas. Deve-se, todavia, resistir à tentação de desvirtuar o mecanismo, adaptando práticas e procedimentos que já tiveram sua eficácia comprovada mundialmente.

Deixemos de lado as jabuticabas!

## 6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Senado Federal. Comissão temporária das obras inacabadas. **Relatório final**. Brasília: Senado Federal, 1995. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4281076&disposition=inline>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Auditoria operacional sobre obras paralisadas**. Acórdão nº 1.079/2019. Brasília: Tribunal de Contas da União, 15 mai. 2019. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F6CCB7DF3016CDDFF34DD0583>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acompanhamento de Obras Paralisadas**. Disponível em: <<https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdfea6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>>. Acesso em: 26 ago. 2023.

CAMARB. **Regulamento de Dispute Board**. Disponível em: <<http://camarb.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Regulamento-de-DB-CAMARB-2017-FINAL-.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. **Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei n.º 9.307 /96**. São Paulo: Atlas, 2009, 3ª. ed.

CCBC. Centro de Arbitragem e Mediação. **Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC**. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/regulamento-2018/>>. Acesso em: 26. Jul. 2021.

CHAPMAN, Peter H. J. The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects. **The Turkish Commercial Law Review**, Vol. 1, Nº 3, October 2015. Disponível em: <[http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR\\_3-web-051.pdf](http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR_3-web-051.pdf)>. Acesso: 04 nov. 2021.

CHERN, Cyril. **CHERN ON DISPUTE BOARDS: Practice and Procedure**. 3ª Edição. Nova Iorque: Informa Law from Routledge, 2015.

COELHO, Arlis de Oliveira. **Dispute Board - Meio Extrajudicial de Prevenção de Litígios e Preservação das Relações Negociais**. 2017. Tese (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

DRBF – DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. Disponível em: <<https://www.drb.org>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

FIDIC. **Conditions of Contract for Construction MDB Harmonised Edition**. Disponível em: <<https://fidic.org/node/529>>. Acesso: 18 dez. 2021.

FIDIC. **The FIDIC Golden Principles**, 1ª ed., Genebra, 2019. Disponível em: <<https://fidic.org/books/fidic-golden-principles-2019>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

FIESP. Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem. **Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias**. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/regulamento.html>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**. São Paulo: Quartier Latin. 2021.

GARCÍA, Roberto Hernández. Why Dispute Boards Are An Excellent Dispute-Resolution Tool During The COVID-19 Crisis. **American Bar Association**, Chicago, 03 ago. 2021. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/construction\\_industry/publications/under\\_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/](https://www.americanbar.org/groups/construction_industry/publications/under_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/)>. Acesso em: 15 mar. 2021.

LACRETA, Isabela (org). **Arbitragem Nacional e Internacional**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LEMES, Selma. Arbitragem e Administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLOBOLOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais (org.). **Arbitragem em Direito Público**. São Paulo: FGV Projetos/CAAD, 2019. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/arbitragem-em-direito-publico>. Acesso em: 04 fev. 2022.

LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, O. A.; ARÊDES, S. N.; MATOS, F. N. de. (Coord.). **Contratos administrativos (estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo)**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LIMA, Renata Faria Silva; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; NOVAIS, Roberto Cançado Vasconcelos; VAZ, Gilberto José. Os dispute boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 40, 2014.

MAIA NETO, Francisco. Formas extrajudiciais de solução de disputas. In: TRINDADE, Bernardo Ramos. **Comitê de resolução de disputas nos contratos de construção e infraestrutura**. São Paulo: Pini, 2016

MASTIN, Deborah Bovarnick. Government Construction Headaches: Dispute Review Boards to the Rescue. **The Public Lawyer**. Volume 23, nº 2, 2015. American Bar Association. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/public\\_lawyer/govt\\_construction\\_PLS\\_15.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/public_lawyer/govt_construction_PLS_15.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2021.

MESQUITA, Marcelo A. Botelho de. **Adjudicação de Conflitos na Construção**. Disponível em: <[https://www.botelhomesquita.adv.br/arquivos/adjudicacao\\_rev\\_12\\_11\\_marcada.pdf](https://www.botelhomesquita.adv.br/arquivos/adjudicacao_rev_12_11_marcada.pdf)>. Acesso: 21 out. 2021.

PERU. DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF, de 29 de dezembro de 2018. Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. **Diario oficial del estado del Perú**, Lima, 31 dez. 2018. Disponível em: <<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0022/tuo-ley-30225.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no Direito Brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 9, n. 2, 2015.

RUSSO, Ann; ESATON Graham e outros. **Dispute Board Manual: A Guide to Best Practices and Procedures**. North Carolina: SPARK Publications, 2019.

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. Dispute boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**. Belo Horizonte, ano 02, n. 03, jan./jun. 2020.

VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?.** **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, vol. 38. 2013.

WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, 2011.