



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

NATHÁLIA DALBIANCO NOVAES PEREIRA

**A EFICIÊNCIA DOS *DISPUTE BOARDS* NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA SOB A ÓTICA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Londrina
2023

NATHÁLIA DALBIANCO NOVAES PEREIRA

**A EFICIÊNCIA DOS *DISPUTE BOARDS* NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA SOB A ÓTICA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz

Londrina
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes.

A eficiência dos dispute boards nos contratos administrativos de infraestrutura sob a ótica da Análise Econômica do Direito / Nathália Dalbianco Novaes PEREIRA. - Londrina, 2023.
160 f.

Orientador: Tânia Lobo Muniz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2023.
Inclui bibliografia.

1. Dispute Boards - Tese. 2. Administração Pública Gerencial - Tese. 3. Contratos administrativos de infraestrutura - Tese. 4. Análise Econômica do Direito - Tese. I. Muniz, Tânia Lobo. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

NATHÁLIA DALBIANCO NOVAES PEREIRA

**A EFICIÊNCIA DOS *DISPUTE BOARDS* NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA SOB A ÓTICA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Orientadora: Profª. Dra. Tânia Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profª. Dra. Patrícia Ayub da Costa
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profª. Dra. Jenifer Alfaro Borges
Universidad de La Republica – Uruguai - Udelar

Londrina, 12 de dezembro de 2023.

Dedico este trabalho à minha mãe e à minha irmã, Gleicy e Giovanna, verdadeiras razões de minhas persistências. Dedico também à minha amiga e colega de graduação, Vitória Gomes Gonçalves (in memoriam), que, por razões que fogem ao entendimento humano, não pôde realizar o sonho de prosseguir nos estudos neste plano, mas, certamente, propaga a sua doçura e inteligência no universo divino.

AGRADECIMENTOS

Estudar é um privilégio. Aprendi essa preciosa lição desde muito cedo, nos bancos do ensino público, e, ao longo da vida, transformou-se na mola propulsora a guiar meus passos acadêmicos.

O mestrado, para mim, nunca foi somente um título a ser exposto na estante. Sempre foi um sonho. Grande sonho. Um instrumento capaz de me possibilitar o “superpoder” de lecionar e, assim, mudar o mundo.

Mas o caminho não foi fácil. Nessa escalada, muitas vezes o ar se fez rarefeito e as subidas, tão íngremes, quase me distanciaram definitivamente da vista pretendida. Por sorte, ao contrário do que narra o jargão comum, o período de escrita deste trabalho esteve longe de ser solitário. A cada obstáculo, fui atingida por uma onda de amor e de incentivo, sem a qual eu jamais teria conseguido chegar até aqui.

Justamente por reconhecer o privilégio de estudar, de ser a primeira pessoa de minha família a finalizar um programa de mestrado e por ter ao meu lado um verdadeiro time de pessoas especiais, estes agradecimentos se tornam parte indissociável da própria pesquisa.

Por isso, em primeiro lugar, devo agradecer a Deus e a Nossa Senhora de Fátima, forças que precedem o entendimento, e que me sustentaram em meio aos silêncios e durante os momentos tortuosos experimentados ao longo desta jornada, concedendo-me força sobre-humana e muita resiliência para superar a todos os obstáculos, transformando-os em valiosos aprendizados que me acompanharão por toda a vida.

À minha mãe e à minha irmã, Gleicy e Giovanna, verdadeiras razões das minhas lutas. Agradeço por todo o apoio que me foi concedido, pelas orações, pelas dezenas de chamadas de vídeo que me motivaram a prosseguir. Um sonho que se sonha junto jamais poderia ter desfecho diferente. Sempre foi e sempre será por vocês!

Aos meus avós, Ana Antônia e José Arnaldo, pelo imenso carinho com o qual me agraciam diariamente, mesmo à distância, e por me apoiarem incondicionalmente nestes anos de mestrado.

À Professora Tânia Lobo Muniz, minha guia nesta jornada e orientadora querida, escolhida a dedo por mim. A elegância pulsante e a sabedoria que encanta trouxeram, sem dúvida, refinamento a esta dissertação. Afinal, há uma mágica que lhe transcende, quase hipnotizante, sempre que fala sobre gestão de conflitos e me faz brilhar os olhos. Agradeço pela confiança que me foi concedida e, sobretudo, pela paciência que teve comigo nos últimos dois anos.

À Professora Patrícia Ayub da Costa, a quem devo reconhecer a importância de ser a verdadeira força motriz deste trabalho. Se cheguei até aqui, foi porque ela não me deixou desistir em momento algum, segurou a minha mão e me ajudou a voar novamente. Foi porque ela me concedeu livros, conselhos e o seu precioso tempo para me cuidar. Não há palavras para agradecer a sua parceria nos últimos anos, o seu imenso carinho comigo e a leitura atenta dos textos que produzimos juntas, ou separadas, que tanto me ajudam a evoluir academicamente e pessoalmente. Sou infinitamente grata por ter sido presenteada pela vida com uma “*fada madrinha*” e que me ensina, dia após dia, a respeitar e amar a magnitude do ofício que nos escolheu. Fica aqui registrada não só a minha gratidão, mas, principalmente, a minha admiração pelo ser humano que você é.

À Professora Dra. Jenifer Alfaro Borges, que há tanto tempo acompanho pelo Canal Arbitragem e Congressos online, por aceitar integrar a banca de defesa deste trabalho. Para mim, é uma imensa honra poder desfrutar deste momento tão importante, sob o crivo e a avaliação de uma profissional tão competente e que é um norte para o desenvolvimento dos *dispute boards* na América Latina.

Devo, ainda, expressar minha gratidão aos professores e professoras que, de alguma maneira, contribuíram para o êxito desta pesquisa. Começo, então, como não poderia deixar de ser, agradecendo à Professora Letícia Baddauy, por ter me apresentado, ainda no primeiro ano da graduação, ao universo dos meios adequados de solução de conflito, tema que norteia as minhas pesquisas desde então, bem como por ter me emprestado diversos livros e “papos de corredor” sobre o tema desta pesquisa. À Professora Érika Dmitruk, pelas aulas de Direito & Inovação, que me aguçaram o senso crítico. À Professora Têmis Chenso, pela torcida e pela confiança que sempre deposita em mim. Ao Professor Clodomiro Bannwart, por ser um grande incentivador de meus escritos.

Ao Time Jurídico Contencioso da Belagrícola, a quem agradeço na pessoa do meu gestor Caio César Zardiole, por ter suportado as minhas ausências, me acompanhado nos congressos e me incentivado na reta final da pesquisa. A vibração da equipe para que esta pesquisa pudesse ser concluída foi, certamente, um dos motores que me guiou até aqui!

Ao Dr. Omar Baddauy, que, no início da trajetória no mestrado, me confiou a chance de trilhar os primeiros passos na advocacia sob os seus olhares. De quebra, tal oportunidade me brindou com o acesso ilimitado à sua tão especial biblioteca, que muito contribuiu aos meus estudos. Devo agradecê-lo, especialmente, por sempre me tratar com carinho, por me ensinar que as palavras são valiosas joias em nossas mãos e que “escrever bem é reescrever” – meu mantra desde então!

Aos amigos que o mestrado me trouxe, a quem agradeço em nome de Thaís Yoshitani e Isabeau Lobo Muniz, pelo apoio irrestrito e as inúmeras histórias partilhadas, tornando mais leve a caminhada. No mesmo ensejo, agradeço aos meus amigos, de todos os tempos e todas as localidades, que compreenderam minhas infinitas ausências e, ainda assim, se fizeram presentes: Karoline Reis, Malu Baldo Fraga, Juliana Santos, Sabrina Andriatti, Bárbara Maestro, Mariane Aquino, Hellen Luana de Souza, Gabriela Venâncio, Ana Elisa Bertolin e Giulia Furlan.

Por fim, e não menos importante, agradeço a Universidade Estadual de Londrina, minha casa, meu lar, por me permitir a realização de tantos sonhos. É um orgulho imenso pertencer a maior Universidade do sul do mundo!

São muitas as pessoas especiais que fazem parte desta conquista. No momento, reconheço certa limitação em minha memória, mas, em contrapartida, um alento gigantesco em meu coração. Por isso, de forma geral, agradeço a todos e todas que fizeram com que essa jornada acadêmica fosse tão especial: meu eterno “*muito obrigada*”!

Nós conseguimos. Missão cumprida!

“A ação administrativa é dirigida aos particulares: por muito tempo considerou-se suficiente que não fosse contra eles, levando em conta as suas necessidades e aspirações (...); porém admite-se, mais e mais, que ela deva ser com eles, quer dizer com o seu assentimento e mesmo a sua cooperação.”

(GUY BRAIBANT e CÉLINE WIRNER)

PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes. **A eficiência dos *dispute boards* nos contratos administrativos de infraestrutura sob a ótica da análise econômica do direito**. 2023. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

RESUMO

O *dispute board* (DB) é mecanismo de solução e prevenção de conflitos, oriundo dos contratos internacionais de construção e com crescente utilização no mundo todo. No Brasil, sua atuação aos poucos cedeu espaço às discussões nos tribunais, legislações estaduais, municipais e, mais recentemente, a utilização do DB pela Administração Pública em contratos administrativos típicos foi expressamente autorizada em lei federal (Nova Lei de Licitações – L. 14.133/2021). A partir daí, o objetivo da presente pesquisa é demonstrar a viabilidade da utilização do *dispute board* como meio eficiente para a prevenção e solução de conflitos decorrentes de contratos administrativos de infraestrutura, setor que enfrenta severos entraves em razão do constante cenário de paralisação e atraso de obras. Parte-se da premissa de que o Estado brasileiro vem adotando uma postura antagônica ao tradicional autoritarismo do direito administrativo, portando-se de forma consensual, a fim de reequilibrar e fomentar as relações público-privadas. Diante da nova estruturação do Estado, foi preciso dinamizar, também, as formas de solução de conflitos. A hipótese, dessa forma, permeia a necessidade de utilização do *dispute board*, mecanismo adequado aos contratos complexos e de longa duração, como os relativos à infraestrutura, visto ser um setor de expressiva relevância econômica e social, que, por vezes, encontra dificuldades técnicas para executar projetos. A eficiência do mecanismo, neste trabalho, é analisada sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED), que busca compreender e apreciar o direito a partir do ferramental fornecido pela teoria econômica. Ao final do estudo, conclui-se que a utilização de *dispute boards* nos contratos administrativos de infraestrutura consagram a eficiência almejada pela Administração Pública consensual, ao passo que o mecanismo, ao acompanhar a evolução do contrato em tempo real, previne e soluciona os conflitos de forma célere e especializada, possibilitando a execução das obras sem torná-las financeiramente exorbitantes aos cofres públicos, o que também é vantajoso aos particulares e ao interesse público. Para tanto, a pesquisa foi guiada pelo método dedutivo, com a utilização de procedimentos metodológicos de revisão bibliográfica e de análise documental, consubstanciada na consulta de documentos oficiais e doutrina nacional e estrangeira especializada no tema da pesquisa. Este estudo se adequa e se enquadra no programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL), em sua linha de pesquisa sobre acesso à justiça, uma vez que versa sobre contratos administrativos de infraestrutura, ou seja, negócios jurídicos públicos, e a importância de se identificar mecanismos de prevenção e solução de conflitos adequados às necessidades do setor, como é o caso dos *dispute boards*, a fim de imprimir maior eficiência à execução de tais contratos e, consequentemente, ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Contratos Administrativos de Infraestrutura; Dispute Boards; Eficiência.

PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes. **The efficiency of dispute boards in administrative infrastructure contracts from the perspective of the economic analysis of law**. 2023. 160 pp. Dissertation (Master's degree in Business Law) – State University of Londrina, Londrina, 2023.

ABSTRACT

The dispute board (DB) is a mechanism for resolving and preventing conflicts, which originated in international construction contracts and is increasingly used around the world. In Brazil, its use has gradually given way to discussions in the courts, state and municipal legislation and, more recently, the use of the DB by the Public Administration in typical administrative contracts was expressly authorized in federal law (New Bidding Law - L. 14.133/2021). The aim of this research is to demonstrate the feasibility of using the dispute board as an efficient means of preventing and resolving conflicts arising from administrative infrastructure contracts, a sector that faces severe obstacles due to the constant scenario of work stoppages and delays. It is based on the premise that the Brazilian state has been adopting an antagonistic stance to the traditional authoritarianism of administrative law, behaving in a consensual manner in order to rebalance and foster public-private relations. Given the new structure of the state, it has also been necessary to streamline the ways in which conflicts are resolved. The hypothesis, therefore, permeates the need to use the dispute board, an appropriate mechanism for complex and long-term contracts, such as those relating to infrastructure, since it is a sector of significant economic and social importance, which sometimes encounters technical difficulties in executing projects. The efficiency of the mechanism is analyzed in this paper from the perspective of the Economic Analysis of Law (EAL), which seeks to understand and assess the law using the tools provided by economic theory. At the end of the study, it is concluded that the use of dispute boards in administrative infrastructure contracts enshrines the efficiency sought by consensual public administration, since the mechanism, by monitoring the evolution of the contract in real time, prevents and resolves conflicts in a swift and specialized manner, making it possible to carry out the works without making them financially exorbitant for the public coffers, which is also advantageous for private parties and the public interest. To this end, the research was guided by the deductive method, using the methodological procedures of bibliographical review and documentary analysis, based on consultation of official documents and national and foreign doctrine specialized in the subject of the research. This study fits in with the Negotiation Law program at the State University of Londrina (UEL), in its line of research on access to justice, since it deals with administrative infrastructure contracts, i.e. public legal business, and the importance of identifying mechanisms for preventing and resolving conflicts that are suited to the sector's needs, such as dispute boards, in order to make the execution of such contracts more efficient and, consequently, the country's socio-economic development.

Key-words: Administrative Infrastructure Contracts; Dispute Boards; Economic Analysis of Law; Efficiency.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Acompanhamento de Obras Paralisadas TCU em 2023	48
---	-----------

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Obras inacabadas Auditoria TCU 2019.....	47
Gráfico 2 - Características das obras paralisadas TCU 2023.....	48
Gráfico 3 - Causas das obras paralisadas Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas 2019	49
Gráfico 4 - Histórico dos casos pendentes no Poder Judiciário	56
Gráfico 5 - Pesquisa empírica produzida por Fernandes sobre eficiência do DB permanente e ad hoc.....	131

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
AED	Análise Econômica do Direito
CJF	Conselho da Justiça Federal
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CCAF	Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRB	Combined Dispute Boards
DAB	Dispute Adjudication Boards
DB	Dispute Boards
DRB	Dispute Review Boards
DRBF	Dispute Resolution Board Foundation
DSD	Design de Sistemas de Disputas
FIDIC	Federação Internacional dos Engenheiros Consultores
ICC	International Chamber of Commerce
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ODR	Online Dispute Resolution
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Programa de Aceleração de Crescimento
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
UEL	Universidade Estadual de Londrina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL.....	20
1.1 A RELAÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE ESTADO E ADMINISTRAÇÃO: AS REFORMAS DO ESTADO E O PROCESSO GLOBAL DE TRANSMUTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA PARA O MODELO GERENCIAL	21
1.2 FUNDAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL NO BRASIL E O FENÔMENO DA CONTRATUALIZAÇÃO COMO FORMA DE SUA EXPRESSÃO	30
1.3 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA.....	35
1.3.1 Infraestrutura: aspectos conceituais e jurídicos.....	36
1.3.2 Entre cais e faróis: a importância dos contratos administrativos de infraestrutura e seus principais obstáculos no cenário brasileiro	43
1.4 EM BUSCA DE NOVOS RUMOS: OS MECANISMOS DE GESTÃO CONTRATUAL E DE CONFLITOS NO SETOR DA INFRAESTRUTURA BRASILEIRA.....	50
2 DISPUTE BOARDS: PRINCIPAIS ASPECTOS CONCEITUAIS E PRÁTICOS..	62
2.1 PRESSÁGIOS DE NOVOS RUMOS NO ÂMBITO DA GESTÃO CONTRATUAL E DE CONFLITOS: A CRONOLOGIA INTERNACIONAL QUE ORIGINOU OS <i>DISPUTE BOARDS</i>	62
2.2 DISPUTE BOARDS COMO MECANISMO DE GOVERNANÇA CONTRATUAL E GESTÃO DE CONFLITOS: NOTAS SOBRE SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS	70
2.3 MODALIDADES, NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES DOS <i>DISPUTE BOARDS</i>	75
2.4 MÃOS À OBRA: ASPECTOS PRÁTICOS E PROCEDIMENTAIS ACERCA DA ATUAÇÃO DOS DBs	82
2.5 “PARECE, MAS NÃO É”: PARALELOS ENTRE <i>DISPUTE BOARDS</i> , NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM.....	88
3 A EFICIÊNCIA DOS <i>DISPUTE BOARDS</i> NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA: CONTRIBUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	97
3.1 Os <i>DISPUTE BOARDS</i> NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIROS: O CAMINHO DA DESCONFIANÇA À INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	97
3.2 PARALELOS QUE SE ENTRELAÇAM: NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE O SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED).....	111
3.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS.....	116

3.4 OS CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA PROPOSTOS PELA AED E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	122
3.5 A EFICIÊNCIA DOS DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA	127
3.5.1 DBs <i>ex ante facto</i> e <i>ex post facto</i> : constatações sobre a eficiência a partir do momento da instauração do comitê	128
3.5.2 A eficiência dos DBs a partir de suas características: relações entre incentivos econômicos, custos de transação e assimetria informacional	131
CONCLUSÃO.....	141
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

No continente europeu, em meados dos anos 90, a “*obra privada mais cara do mundo*” foi inaugurada após oito anos de intenso trabalho¹. Construída abaixo do leito do mar, o que demonstra sua alta complexidade, o túnel do Canal da Mancha (Eurotúnel) passou a ser responsável por interligar a França e a Inglaterra, antigas rivais, por meio de seus cinquenta e um quilômetros de extensão.

Segundo revelam os arquivos históricos, o diretor executivo e engenheiro do projeto, John Neerthout, à época asseverou que os desafios de engenharia foram relativamente fáceis de superar, se comparados aos entraves de logística, ambiente e política para levar adiante um projeto de tamanha magnitude². Felizmente, os desafios foram superados e o Eurotúnel, hoje, é imprescindível para a força da economia europeia.

Mais recentemente, no ano de 2016, foi a vez da América Latina figurar entre os grandes feitos da história da construção civil. Naquele ano, inaugurou-se a obra de expansão do Canal do Panamá, após mais de dez anos de execução e mais de cinco bilhões de dólares envolvidos, tornando-se a maior obra da engenharia do século XXI e com a previsão de que seu funcionamento poderá gerar lucro que ultrapasse em três vezes os custos iniciais³.

Na inauguração, Manuel Manrique, representante da empresa de engenharia envolvida no projeto, enfatizou que a obra representa um grande sucesso, pois as mais de setenta empresas envolvidas foram capazes de superar os desafios, de todas as espécies, enfrentados⁴.

Esses exitosos projetos de infraestrutura, responsáveis por marcar a história socioeconômica da contemporaneidade, têm um ponto em comum e que explica, em grande parte, os resultados satisfatórios: a utilização dos *dispute boards* como mecanismo de governança contratual, que engloba a prevenção e a solução de controvérsias.

¹ São informações extraídas da revista brasileira Superinteressante, cujo inteiro teor pode ser acessado pela referência a seguir: SUPERINTERESSANTE. Como foi construído o túnel sob o canal da Mancha? **Mundo Estranho Tecnologia**, 04 jul. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-foi-construido-o-tunel-sob-o-canal-da-mancha>. Acesso em: 13 nov. 2023.

² SUPERINTERESSANTE. Como foi construído o túnel sob o canal da Mancha? **Mundo Estranho Tecnologia**, 04 jul. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-foi-construido-o-tunel-sob-o-canal-da-mancha>. Acesso em: 13 nov. 2023.

³ EL PAÍS. Panamá inaugura seu novo Canal como um ato de reivindicação patriótica. **Economia**, 27 jun. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/26/economia/1466913941_375424.html. Acesso em: 13 nov. 2023.

⁴ EL PAÍS. Panamá inaugura seu novo Canal como um ato de reivindicação patriótica. **Economia**, 27 jun. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/26/economia/1466913941_375424.html. Acesso em: 13 nov. 2023.

No Brasil, porém, a realidade das obras públicas de infraestrutura não é animadora e, infelizmente, caminha em sentido oposto aos casos anteriormente narrados. Como uma herança cultural e sociopolítica, há um problema secular que assola os brasileiros. Tão logo as obras públicas são iniciadas encontram obstáculos, por vezes técnicos, que culminam em atrasos, no aumento substancial dos custos envolvidos e, ainda pior, na paralisação de sua execução.

Os prejuízos, como se pode imaginar, são intangíveis e incalculáveis. Escolas deixam de ser construídas. Estados deixam de ser interligados. Ferrovias deixam de transportar mercadorias. Consequentemente, o desenvolvimento socioeconômico do país se estagna, deixando de concretizar direitos e garantias fundamentais aos cidadãos e distanciando-se da competitividade econômica exigida em um mundo globalizado.

A experiência internacional, neste contexto, aponta que os *dispute boards* podem atuar como poderosos aliados da Administração Pública para transformar essa realidade. Embora a sua utilização seja ainda tímida no Brasil, o arcabouço legislativo a seu respeito já caminha em passos largos, de maneira que a sua legalidade já não se esconde na penumbra, especialmente com a positivação do mecanismo na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021).

Isto posto, o problema que se desenha e que conduz esta dissertação é o seguinte: diante da miríade de mecanismos à disposição da Administração Pública (como a arbitragem, a mediação, o Poder Judiciário e o *design* de solução de disputas), e considerando que o ente público possui orçamento escasso, o *dispute board* é mecanismo eficiente para tais contratos, sob a ótica da análise econômica do direito?

A hipótese norteadora desta pesquisa é a de que a utilização do *dispute board*, congruente com o paradigma consensual da Administração Pública contemporânea, é necessária como meio de obter maior eficiência na gestão de conflitos e na execução dos contratos administrativos de infraestrutura. Para testar tal hipótese, percorreu-se o caminho que se identificará na sequência, dividido em três capítulos.

No capítulo inaugural, o leitor é convidado a uma viagem no tempo, necessária para inserir o contexto dogmático que figura como fio condutor desta pesquisa. São abordadas as principais questões acerca da transmutação do Estado e de suas formas de Administração Pública ao longo do tempo, com ênfase à estruturação do modelo contemporâneo e gerencial.

Após, ainda no primeiro capítulo, são abordadas as características centrais do fenômeno da *contratualização do Direito Administrativo*, com enfoque na importância e nos obstáculos enfrentados no âmbito dos contratos administrativos de infraestrutura. A abordagem é finalizada com a análise dos mecanismos de gestão contratual e solução de conflitos disponíveis à Administração Pública para este tipo contratual.

Já no segundo capítulo são apresentadas as principais características dos *dispute boards*. Parte-se de sua trajetória histórica, avançando para seus aspectos conceituais, análise de sua natureza jurídica, modalidades e espécies, bem como a distinção dos DBs com os demais meios adequados de solução de conflitos. Feito isto, abrem-se cortinas para a abordagem dos *dispute boards* no Direito Administrativo Brasileiro, delineando seus avanços e percalços.

O terceiro e último capítulo é destinado a investigar se os *dispute boards*, para além de instrumento legítimo e expressamente autorizado pelo ordenamento jurídico podem ser considerados eficientes para a prevenção e solução de disputas decorrentes dos contratos administrativos de infraestrutura. Para tanto, é delineada a importância da aproximação entre direito e economia, sobretudo no que diz respeito à Administração Pública, recorte deste trabalho.

Em seguida, são estabelecidas as premissas sobre análise econômica do direito (AED) e sobre eficiência nesta perspectiva. Encerra-se o capítulo com a fusão dos dois tópicos anteriores, no sentido de examinar, de forma teórica, os indicadores de eficiência dos DB nos contratos administrativos de infraestrutura, concluindo-se pela confirmação da hipótese norteadora.

Este estudo, substancialmente teórico e guiado pelo método dedutivo, foi realizado a partir da utilização de procedimentos metodológicos pautados na revisão bibliográfica e na análise documental, tendo em vista a utilização de literatura jurídica consubstanciada em livros, artigos e revistas qualificadas, nacionais e internacionais. Além disso, foram consultados documentos oficiais, como leis nacionais, jurisprudência e regulamentos estrangeiros.

A presente pesquisa se justifica, pois, além de ser um tema incipiente na Academia brasileira, suas poucas abordagens limitam-se à descrição das características dos *dispute boards* e ao apontamento de seus principais casos de sucesso. Nesta oportunidade, o que se pretende é redirecionar a análise para a viabilidade econômica dos *dispute boards*, considerando as peculiaridades da Administração Pública, a fim de que as previsões legislativas nesse sentido levem em consideração os aspectos econômicos de sua implementação.

Ressalta-se, também, que a pesquisa se enquadra no programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL), em sua linha de pesquisa II, sobre Acesso à Justiça. Isso porque a pesquisa parte do plano do Direito Negocial, ao enfatizar o processo de contratualização da Administração Pública, ou seja, de realização de negócios jurídicos públicos, como faceta de seu modelo gerencial. Em aprofundamento, o estudo versa sobre Acesso à Justiça, pois direciona suas análises a um mecanismo adequado de solução de

conflitos, o *dispute boards*, a fim de examinar sua eficiência no âmbito dos negócios jurídicos firmados pela Administração Pública no setor da infraestrutura.

Ao final, a expectativa é a de que os resultados aqui encontrados possam servir como subsídio para que a Administração Pública, empenhada na gestão adequada de seus recursos e de seus objetivos, não torne a legislação brasileira “letra morta” e passe a considerar, enquanto agente racional, a utilização do DB como ferramenta imprescindível à fluidez e transparência de seus contratos de infraestrutura. Não obstante, espera-se, também, contribuir para o fomento acadêmico com relação aos estudos do *dispute board* no Brasil, cuja pesquisa ainda é incipiente e oferece terreno fértil para investigações e aprimoramentos.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL

Para que se examine a importância dos contratos administrativos de infraestrutura na contemporaneidade e sua adequada gestão, é preciso, em primeiro lugar, delinear e identificar as premissas que justificam a sua existência. Por este motivo, a pesquisa toma como ponto de partida o resgate histórico do Estado liberal moderno e a sua estruturação administrativa. A partir daí, serão identificados os esforços estatais no sentido de se desvencilhar do caráter meramente patrimonialista que regia a Administração Pública até então.

Em segundo momento, enfatizar-se-á o refinamento das pautas sociais, momento em que o Estado assume postura mais forte e intervencionista, para garantir e efetivar os direitos sociais e transindividuais. Sendo a Administração Pública uma forma de expressão do próprio Estado, é nessa fase em que a atuação administrativa se torna fortemente burocrática, a partir dos aportes teóricos de Max Weber, com determinações prévias, controles rígidos e atividades estritamente delineadas.

O excesso de rigidez como batuta responsável por reger orquestralmente a atuação da Administração Pública fez reluzir a crise do Estado burocrático. Para atender aos clamores sociais e econômicos, agora com os efeitos da globalização em evidência, era preciso promover o equilíbrio entre a economia capitalista e a efetividade dos direitos garantidos pelo Estado. Diante disso, elucidar-se-á a passagem da administração burocrática para a ascensão da administração gerencial, com a busca de um Estado mais eficiente.

Como reflexo dessa nova estruturação estatal e administrativa, o presente capítulo se debruçará, ainda, nos aportes teóricos que solidificaram o fenômeno da contratualização da Administração Pública. Afinal, *governar por contratos* é máxima da atuação administrativa gerencial e fonte primordial para que o Estado, por meio do estreitamento de suas relações com o setor privado, alcance a eficiência na concretização dos direitos fundamentais e em sua atuação econômica.

Em seguida, após definidas as premissas centrais acerca da contratualização da Administração Pública, a discussão desagua no ponto nodal deste capítulo: os contratos administrativos de infraestrutura. Conforme se verificará, o setor de infraestrutura é um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento socioeconômico dos países e, no recorte deste estudo, do Brasil. Por tal razão, serão abordados a partir de suas características essenciais (definição teórica, alta complexidade, longa duração, importância socioeconômica).

1.1 A RELAÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE ESTADO E ADMINISTRAÇÃO: AS REFORMAS DO ESTADO E O PROCESSO GLOBAL DE TRANSMUTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA PARA O MODELO GERENCIAL

Expressão comum e condutora das ciências biológicas, a “*simbiose*”, etimologicamente, provém do grego *sym* (junto de) e *bios* (vida)⁵. Trata-se de termo designado para indicar o entrelace que marca a relação entre dois organismos distintos, mas que interagem entre si, harmonicamente, para conquistarem vantagens recíprocas.

Para além das ciências biológicas, e com o convite à abstração do termo, a simbiose é, também, o que define as relações harmônicas – e atemporais – entre Estado⁶ e Administração, com vistas à promoção do bem comum. Não por acaso, a literatura jurídica clássica, por meio dos escritos de Woodrow Wilson já anunciava que “a ideia do Estado é a consciência da administração⁷”.

Como consequência dessa relação simbiótica e sistêmica, ao passo em que o Estado se transforma e ganha novas concepções⁸, a Administração Pública, por via reflexa, assume novos encargos, inclusive para que seja possível concretizar as tarefas estatais⁹.

Historicamente, a estruturação do Estado passou por diversas modificações e profundas reformas, o que influenciou sobremaneira no processo de descentralização do serviço público e na formatação de mecanismos aptos a assegurarem a relação entre agentes públicos e iniciativa privada¹⁰.

⁵ MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. **Simbiose**: significado. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=simbiose>. Acesso em: 20 jul. 2023.

⁶ Embora o objeto do presente estudo se ambienta na administração pública, torna-se importante conceituar o Estado, tendo em vista que sua figura é o fio condutor da própria administração. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, o Estado é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Dallari ainda ressalta que a estruturação do Estado, bem como a força de sua atuação variam de acordo com o momento histórico e suas nuances. *Vide* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

⁷ WILSON, Woodrow. O Estudo de Administração. **Cadernos de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 3-35, 1955, p. 9.

⁸ WILSON, Woodrow. O Estudo de Administração. **Cadernos de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 3-35, 1955, p. 8.

⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 304.

¹⁰ FLAUSINO, Vagner Fabrício Vieira. **A arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada**. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014, p. 13.

Tais modificações, contudo, não são frutos do acaso. Se a contemporaneidade tem como uma de suas formas de expressão a faceta gerencial da Administração Pública, é preciso rememorar as suas raízes e compreender o processo evolutivo que a originou.

De início, importa elucidar que o direito administrativo, diferentemente de outros microsistemas jurídicos, não se constituiu somente a partir de um emaranhado normativo – embora não se olvide sua importância. Na realidade, para examinar as nuances administrativistas é preciso, sobretudo, voltar os olhares para as suas bases epistemológicas e para as suas formas de interação com o Estado e com os indivíduos ao longo do tempo.

Nesse contexto, parte-se da premissa de que o direito administrativo, em seu campo dogmático inicial, não coexistia com atividades de natureza consensual. Pelo contrário. À Administração Pública cabia tão somente a aplicação estrita e literal das normas que lhes eram impostas, sem qualquer possibilidade de ajuste ou de negociação, sob pena de desnaturalizar e romper o papel da própria lei¹¹.

Isso porque, em um retrospecto histórico, o direito público e o privado foram marcados por ocupar posições antagônicas um em relação ao outro. Nas palavras de Patrícia Baptista: “o direito administrativo sempre desconfiou dos interesses privados¹²”. Tal afirmação se justifica ao passo em que a construção do Direito Administrativo se deu entrelaçada à “crença na pureza absoluta do interesse público que lhe competia proteger e, por isso mesmo, tinha como objetivo impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados¹³”.

Daí decorre que, para traçar a linha cronológica e conceitual de modelos administrativos que desaguam na contemporaneidade, deve-se partir da estruturação do Estado no período que antecedeu o capitalismo e a democracia, ou seja, no cenário dos Estados Absolutistas, cuja administração se apresentava com caráter patrimonialista¹⁴.

Luiz Carlos Bresser Pereira aponta que a arquitetura administrativa patrimonialista regeu as monarquias absolutistas e, como características centrais de seu funcionamento, o patrimônio público e o privado eram confundidos, de modo que o Estado passava a ser entendido como propriedade do rei¹⁵. Isto é, entre o público e o privado havia uma linha tênue, muitas vezes à margem do invisível, que favorecia o clientelismo, a troca de favores, a

¹¹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 262.

¹² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 262.

¹³ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 262.

¹⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 26.

¹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 241.

superioridade dos interesses particulares em detrimento do interesse público, pelo que o conjunto de tais fatores constituem a raiz de problemas estruturais como o nepotismo e a corrupção¹⁶.

Entretanto, com o desenvolvimento paulatino do capitalismo industrial no século XIX, e a sedimentação do Estado Liberal, o modelo administrativo patrimonialista apresentou forte desconexão com o contexto que se desenhava. É que a perenidade do sistema capitalista exigia a separação entre o Estado e o mercado e, conseqüentemente, entre o político e o administrador público¹⁷, fatores incompatíveis com o modelo patrimonialista. Mesmo porque, para fomentar o lucro e solidificar a atuação do mercado, tornava-se imprescindível criar barreiras de combate à corrupção e ao nepotismo, práticas comuns ao patrimonialismo, por meio de controle rígido do funcionalismo público¹⁸.

Para atender aos anseios da época era preciso remodelar o formato administrativo do Estado. Assim sendo, como resposta e, ao mesmo tempo, proposta de substituição ao modelo patrimonialista, abriram-se as cortinas para o surgimento da chamada administração burocrática clássica¹⁹. Em outras palavras, nesse novo momento, o foco da gestão administrativa foi redirecionado do monarca para o próprio Estado²¹.

Embalada pelos ideários de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), principal teórico desse processo, a administração burocrática foi desenvolvida com o intuito de substituir a administração patrimonial, a partir do controle rígido dos procedimentos adotados e da

¹⁶ CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ci. & Tróp.**, Recife, v. 34, n. 2, p. 297-324, 2010, p. 299-300. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/871/592>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 241.

¹⁸ CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ci. & Tróp.**, Recife, v. 34, n. 2, p. 297-324, 2010, p. 305. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/871/592>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 241; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 26.

²⁰ “A democracia e a administração pública burocrática emergiram como as principais instituições que visavam a proteger o patrimônio público contra a privatização do Estado. Democracia é o instrumento político que protege os direitos civis contra a tirania, que assegura os direitos sociais contra a exploração e que afirma os direitos públicos em oposição ao *rent-seeking*. Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção – dois traços inerentes à administração patrimonialista –, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional.” *Vide* BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 26.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração Pública. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, nº 214, p. 32-53, out./dez. 1998, p. 37.

hierarquização dos trabalhos dos servidores públicos, como forma de conter o nepotismo, a corrupção e os abusos que naturalmente marcaram o período anterior²².

Para Luiz Carlos Bresser Pereira, a Administração Pública burocrática, em linhas simplistas, foi adotada por se apresentar como alternativa superior à administração patrimonialista do Estado²³. Essa superioridade a que Bresser-Pereira se refere se justifica ao passo em que, sob a perspectiva weberiana, o efeito esperado da aplicação das estruturas burocráticas é a previsibilidade comportamental de seus membros. Isto é, todos os atos por eles tomados devem ser previamente antecipados, por meio de normas e regulamentos, para, então, garantir-se a eficiência da gestão administrativa²⁴.

Em decorrência disso, de um lado a Administração Pública direcionou seu foco à profissionalização de seus agentes e na impessoalidade na estruturação de carreiras; de outro lado, enrijeceu seus procedimentos para a captação de novos funcionários, para a celebração de contratos públicos e até mesmo para o controle financeiro, condutas que acabaram surtindo efeito contrário à almejada eficiência.

Como forma de expressão do modelo burocrático e das bases do Estado Liberal, tem-se que a Administração Pública assumiu um caráter autoritário e rígido que acabou por originar um espectro de desigualdade entre a administração e os indivíduos, bem como atribuiu aos órgãos e entes administrativos um feixe de poderes e de autoridade aos administradores²⁵. Nessa perspectiva, verifica-se que tais poderes administrativos foram inseridos em uma relação de verticalidade, de modo que a atuação administrativa se materializa a partir da uniteralidade, da imperatividade e da autoexecutoriedade²⁶.

Em outras palavras, no modelo burocrático, a administração não só se distancia de seus administrados, como também exerce uma postura rígida sobre eles, tornando-os figuras antagonistas.

²² MIRANDA, Lara Caxico Martins. **Administração Pública Gerencial (EC 19/98):** Autarquias especiais e a arbitragem em contratos administrativos. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2018, p. 39-40.

²³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 241.

²⁴ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 285.

²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 311.

²⁶ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva Ferreira. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **RIL Brasília**, a. 55, n. 218, abr./jun. 2018, p. 63-84, p. 65.

Apesar das características apontadas, a estratégia burocrática se amoldava perfeitamente às necessidades do Estado liberal do século XVIII, pois, como aponta Bresser-Pereira, tratava-se de um Estado pequeno, que não objetivava promover à sociedade uma gama de direitos, mas, sim, proteger as propriedades privadas e estruturar um conjunto de leis e de arrecadação de impostos²⁷.

Não tardou, porém, para que a burocracia, carregada de seu formalismo exacerbado e de sua fria autoridade, exibisse sinais claros de esfacelamento²⁸. Isso porque, a postura unilateral da Administração, muito embora garantisse de maneira eficaz a submissão de seus administrados, mostrava-se incapaz de despertar-lhes o entusiasmo e o desejo de colaboração²⁹. E, evidentemente, o diálogo e a colaboração, tanto internamente no setor público, quanto com relação ao setor privado, eram – como ainda são – fatores imprescindíveis à obtenção de recursos financeiros e de eficiência na gestão de suas atividades.

Em paralelo, o esfacelamento da burocracia, além de justificável por suas próprias características, encontra especial substrato na crise em que o modelo de Estado se encontrava. Isso porque ao mesmo tempo em que o Estado liberal direcionou o seu foco à consolidação da economia capitalista e à profissionalização de suas atividades administrativas, acabou por negligenciar os direitos sociais. Sintetizando as formas de expressão dessa estrutura de Estado, Dalmo de Abreu Dallari consigna que o formato liberal se restringia à promoção da vigilância de ordem social e de ameaças externas, enquanto o indivíduo se resguarda na possibilidade de viver e agir da maneira que lhe conviesse, sem qualquer instituição que o direcione ou contenha³⁰. Por assim ser, notava-se o afincamento com relação à garantia dos direitos econômicos em detrimento dos direitos sociais.

Consequentemente, evidenciou-se a precarização do trabalho, marcada pelos baixos salários e pelas jornadas extensas, bem como o aumento no índice de desemprego à nível global. A desigualdade econômica e social, aos poucos, tomava espaço e apresentava suas facetas.

Esse contexto desaguou na eclosão da primeira Guerra Mundial (1914-1918), fenômeno histórico que contribuiu para o agravamento das desigualdades sociais e chamou atenção para

²⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 26-27.

²⁸ Para Idalberto Chiavenato, a burocracia apresentou consideráveis disfunções, como o apego excessivo às regras, o formalismo e a resistência à mudanças. Notou-se também a despersonalização de relacionamento, sinais de autoridade, a dificuldade no atendimento ao cliente e conflitos com o público. *Vide*: CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 266.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 672.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

a necessidade de que o liberalismo puro, com o minimalismo do Estado, fosse revisto para fim de corrigir as relações disfuncionais que se apresentavam³¹.

Tal necessidade tornou-se ainda mais evidente quando, em razão dos impactos socioeconômicos causados pela primeira Guerra Mundial, o cenário global sofreu os efeitos da Grande Depressão de 1930, o que inflamou ainda mais a ânsia popular em busca da garantia de direitos sociais pelo Estado³². Significa afirmar que os pilares do Estado Liberal passavam por um processo de enfraquecimento, pois, muito além de garantir eficiência econômica, as sociedades careciam de direitos sociais assegurados pelo Estado.

Não fossem suficientes os fenômenos já mencionados, Primeira Guerra Mundial e Grande Depressão, o fato é que a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), ao vitimar centenas de milhares de indivíduos, levar à ruína diversos países ao redor do mundo e, sobretudo, colocar em xeque a instabilidade sociojurídica da época³³, acabou por sedimentar, de forma definitiva, o clamor que há muito ganhava força: a necessidade de que o Estado se incumbisse de implementar e assegurar os direitos e as políticas sociais³⁴.

Em outras palavras, o processo histórico apontado fez estender a ponte que possibilitou a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Com esse importante movimento, o minimalismo da perspectiva liberal deu lugar ao alargamento das atividades estatais. Para Bresser-Pereira:

O Estado Social foi uma estratégia para aumentar a qualidade de vida e diminuir a desigualdade inerente ao capitalismo, porque o capitalismo é um sistema econômico bastante eficiente, mas é cego à justiça e à estabilidade. É um tipo de sociedade que vive em meio a crises e tende a concentrar a renda na mão dos mais poderosos [...]. Por outro lado, descobriu-se que se fossem criados grandes serviços públicos gratuitos de educação, de saúde, de assistência social, e se fosse montado um sistema de previdência social

³¹ MIRANDA, Lara Caxico Martins. **Administração Pública Gerencial (EC 19/98):** Autarquias especiais e a arbitragem em contratos administrativos. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2018, p. 22.

³² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano:** a democracia e a reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 80.

³³ Amplificando o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicita: “Foi, contudo, sob o influxo dos dramáticos acontecimentos que marcaram a Segunda Guerra Mundial e das conquistas prodigalizadas pela Revolução das Comunicações, que a sociedade se mobilizou para varrer definitivamente os restolhos do antigo regime, que até então parecia ter apenas substituído o poder do rei pelo poder absoluto do Estado, mantendo o imenso distanciamento da sociedade que caracterizava a relação com súditos. Esse *súdito*, com a ressurreição democrática do Segundo Pós-Guerra, logo transformar-se-ia em *cidadão*, dando-se a recuperação dos valores liberais dominantes e dos valores democráticos substantivos” *vide* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003, p. 132.

³⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano:** a democracia e a reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 80-81.

universal, a qualidade de vida da população pode ser substancialmente melhorada, a um custo relativamente baixo³⁵.

De maneira mais verticalizada, para tornar possível a reestruturação do Estado, voltando-o para uma perspectiva social, o primeiro passo foi atribuir à figura estatal um caráter intervencionista, tanto no que diz respeito aos direitos sociais, quanto no que diz respeito aos direitos econômicos, em contraponto ao então minimalismo de suas atividades.

É que, para que se recuperassem os escombros ocasionados pela Segunda Guerra Mundial, o Estado precisou tomar para si as atividades que antes eram geridas e promovidas pela iniciativa privada³⁶. Teve o Estado de assumir o protagonismo no processo de reconstrução das cidades, no redesenho das premissas jurídicas que modelavam as condutas sociais, na reinserção dos indivíduos à vida social e profissional e no desenvolvimento de estudos e projetos a partir dos registros da guerra³⁷.

A partir dessa nova roupagem, José Eduardo Faria destaca que o Estado Social, com sua postura intervencionista e distributiva, passou a ter legitimidade não só para combater conflitos, mas, também, para promover o crescimento, por meio de regulação social e estímulos econômicos³⁸.

De maneira pragmática, o que se observa é que a estruturação do Estado Social exigia do Poder Público uma gama de novas atribuições, sobretudo na ordem social e econômica. Vale lembrar que a operacionalização das atividades administrativas, no início desse período, se dava pela Administração Pública burocrática³⁹. Ocorre que, como descreve Maria João Estorninho,

³⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. É o Estado capaz de se autorreformatar? **Desigualdade & Diversidade** – Dossiê Especial, p. 11-20, 2011, p. 16. Disponível em: 11.36.EEstado_capaz_autoreformatar.pdf (bresserpereira.org.br). Acesso em: 07 set. 2023.

³⁶ A título exemplificativo, Paulo Bonavides explica que o Estado Social é marcado pela garantia de direitos sociais aos indivíduos, como o direito do trabalho, da previdência, da saúde. Concomitantemente, o Estado assume postura intervencionista na economia, para garantir a regulação dos preços, a concessão de crédito, o gerenciamento das crises econômicas, etc. O autor enfatiza que o Estado Social influencia quase a integralidade dos setores que antes eram gerenciados e promovidos pela iniciativa privada. *Vide*: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186. No mesmo sentido, Bresser-Pereira identifica que o Estado acrescentou às suas funções o papel de provedor de educação pública, de saúde pública, de cultura pública, de incentivos sociais à ciência e à tecnologia, de investimentos em infraestrutura, de proteção ao meio ambiente. *Vide*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 26.

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

³⁸ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115.

³⁹ Para Fernando Luiz Abrucio, ao formato burocrático e weberiano, que pautava o funcionamento interno do Estado, cabia o papel de manter a impessoalidade, a neutralidade e a racionalidade do aparato governamental. *Vide*: ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 175

o modelo weberiano não foi capaz de acompanhar eficientemente o alargamento das atividades estatais:

Ao crescimento desmesurado da Administração Pública do Estado Social associam-se fenômenos graves de ineficiência e de aumento da burocracia. Por outro lado, o agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estadual e a falta de imparcialidade do Estado (para já não falar de fenômenos extremos, como os de corrupção) suscitam, cada vez mais, uma reação generalizada de desconfiança e incomodidade do cidadão em face do poder público⁴⁰.

Para que fosse possível cumprir com as novas – e consideráveis – atividades assumidas pelo Estado, tornou-se necessário o manejo de ajustes ao sistema burocrático-weberiano, à essa altura ineficiente e incompatível ao contexto econômico-social. Afinal, o aspecto altamente interventivo do Estado, além de dificultar a fluidez e a boa qualidade dos serviços prestados, também se mostrou custoso, abrindo espaço para que uma crise⁴¹ assombrasse o Estado Social, na década de 80.

A partir daí, o cenário de crise e de ineficiência dos serviços públicos, como elenca Maria João Estorninho, fez com que a Administração Pública tivesse de procurar, a todo custo, agarrar-se à tábua de salvação para reencontrar a sua eficiência⁴². Essa *tábua de salvação*, para a autora, seriam os fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil⁴³. Ou seja, era preciso reconhecer que o Estado, sozinho, não seria capaz de atender aos anseios sociais e, menos ainda, sustentar o antagonismo com relação ao setor privado. Mais do que isso, era preciso aproximar-se da iniciativa privada, justamente para que fosse possível atender a demanda por serviços e direitos sociais de qualidade.

⁴⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 47-48.

⁴¹ “O tipo do Estado que começava a se esfacelar em meio à crise dos anos 70 tinha três dimensões – econômica, social e administrativa – todas interligadas. A primeira dimensão era a keynesiana, caracterizada pela ativa intervenção estatal na economia, procurando garantir o pleno emprego e atuar em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional – telecomunicações e petróleo, por exemplo. O Welfare State correspondia à dimensão social do modelo. Adotado em maior ou menor grau nos países desenvolvidos, o Estado do Bem-Estar tinha como objetivo primordial a produção de políticas públicas na área social (educação, saúde, previdência social, habitação, etc.), para garantir o atendimento das necessidades básicas da população. Por fim, havia a dimensão relativa ao funcionamento interno do Estado, o chamado modelo burocrático weberiano, ao qual cabia o papel de manter a impessoalidade, a neutralidade e a racionalidade do aparato governamental” *vide* ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 175.

⁴² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 47-48.

⁴³ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 47-48.

Na ocasião, novos paradigmas ganharam força, entre eles o gerencialismo e o consensualismo ambos aplicados à Administração Pública⁴⁴. No horizonte desse novo movimento, havia o prelúdio de uma reforma administrativa do Estado, também na década de 80, a nível mundial⁴⁵. Dessa vez, com a ideia de consensualidade como fio condutor da reforma administrativa, pretendeu-se dar uma resposta ao Estado Social e caminhar na contramão da Administração Pública burocrática⁴⁶, instituindo-se uma forma de administrar inspirada no sucesso do setor privado no que diz respeito à gestão de empresas⁴⁷.

Quanto à estruturação dogmática do novo modelo administrativo, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka definem:

Aponta-se para o surgimento de uma Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade. [...] Inserido nos movimentos reformadores e modernizadores do Estado, é o emprego em larga escala dos métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas, como também contemplar sua interação com organizações de finalidade lucrativa (setor privado) ou desprovidas de finalidade lucrativa (Terceiro Setor). [...] Sinaliza um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária⁴⁸.

Em complemento à definição de Administração Pública Consensual estabelecida pelos autores acima mencionados, Bresser-Pereira promove uma breve comparação entre o modelo administrativo burocrático e consensual:

⁴⁴ HUNGARO, Luis Alberto. As transformações da gestão pública e o governo por contratos: a contratualização das políticas públicas. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 2, p. 367-383, p. 371.

⁴⁵ Bresser-Pereira ressalta que os anos 80 serviu de palco para uma grande revolução da administração pública dos países centrais em direção a uma administração pública gerencial. Nessa revolução, os países que mais se aprofundaram na reforma, para o autor, foram o Reino Unido, a Nova Zelândia e a Austrália. *Vide* BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 242.

⁴⁶ SPALDING, Alessandra Mendes; CAMBI, Eduardo. Consensualidade como novo paradigma da administração pública. *In*: PANCOTTI, Heloisa Helena Silva; MACHADO, Edinilson Donisete; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. **Temas de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2023, p. 16.

⁴⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 242.

⁴⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 309-310, jan./dez. 2009.

Enquanto a Administração Pública burocrática concentra-se no processo; em definir procedimentos para a contratação de pessoal, para a compra de bens e serviços; e em satisfazer as demandas dos cidadãos, a Administração Pública gerencial orienta-se para os resultados⁴⁹.

Por fim, ainda em termos de conceituação, impende destacar o entendimento de Odete Medauar, sobretudo no que diz respeito à importância do consenso na aproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada, fator essencial ao novo modelo administrativo na busca de imprimir maior eficiência às suas atividades:

A atividade consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e as aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação⁵⁰.

Uma vez estabelecidos os principais aspectos conceituais da Administração Pública gerencial, que dá feição ao Estado contemporâneo, torna-se necessário investigar a estruturação desse modelo no Brasil, recorte geográfico deste estudo, bem como identificar suas formas de expressão, destacando o papel fundamental do fenômeno da contratualização das atividades administrativas.

1.2 FUNDAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL NO BRASIL E O FENÔMENO DA CONTRATUALIZAÇÃO COMO FORMA DE SUA EXPRESSÃO

A dinamização das relações interpessoais e negociais é característica central do mundo globalizado. Como já evidenciado, o Estado contemporâneo nada mais é se não produto de um intenso processo responsável por amplificar e entrelaçar as relações econômicas, sociais, políticas e jurídicas⁵¹. Em verdade, o próprio conceito de Estado foi remodelado, ao longo das

⁴⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 28.

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

⁵¹ FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: Direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

décadas, para adaptar-se ao contexto da globalização e de sua coexistência com as empresas transnacionais e as novas estruturas de poder, como é o caso da sociedade civil organizada.

Ao mesmo tempo, a forma de atuação administrativa também recebeu novas roupagens, acompanhando tais modificações, pelo que deixou seus traços autoritários e burocráticos, para assumir uma postura gerencial. Sob essa concepção, o Estado passa a se relacionar com o particular, a fim de estabelecer parcerias e investimentos, os quais, sozinho, não é capaz de prover. O Direito Administrativo, por sua vez, passa a desempenhar suas funções a partir do consenso, buscando menor hierarquia, otimização da burocracia e ampliação de sua eficiência. Tal movimento, evidentemente, não se deu exclusivamente no cenário internacional, descrito com detalhes no capítulo supra. O Brasil, inevitavelmente, foi atingido pelo movimento gerencial e a ele se adequou.

Mais especificamente, o Brasil foi palco de duas reformas administrativas de grande impacto. A primeira se deu em 1937, responsável por substituir o modelo patrimonialista, outrora abordado, pelo modelo burocrático, caracterizado pela rigidez, formalidade e ineficiência⁵².

Como declínio de tal formato, destaca-se a crise econômico-financeira que assolou o país entre a década de 70 e 90, marcada pelas altas taxas de inflação e pelo congelamento da economia⁵³. Isso se justifica ao passo em que o país, em decorrência das nuances do Estado Social, havia assumido uma gama de funções e serviços, o que ocasionou na hipertrofia da máquina estatal e na ineficiência na execução das tarefas a que se propôs⁵⁴.

Todo esse cenário desaguou na segunda grande reforma administrativa do país, iniciada em meados de 1995, pela gestão de governo conduzida por Fernando Henrique Cardoso, ocasião em que houve a implementação do modelo gerencial, com o objetivo de aproximar a relação dos entes particulares com o Estado, visando atribuir maior eficiência, produtividade e especialização ao setor público⁵⁵. Como reflexos dessa modificação, houve, pelo Poder

⁵² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 21-38.

⁵³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 21-38.

⁵⁴ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do Estado de Direito. *In*: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 332-333.

⁵⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 21-38.

Público, a promulgação de leis com o objetivo de aproximar as relações público-privadas e, ainda mais, estabelecer balizas necessárias a esse novo contexto⁵⁶.

Nesse sentido, explicitando as bases da nova Administração Pública Brasileira, ressalta-se:

A nova visão do Direito Administrativo implica dizermos que a Administração Pública está tendendo a inclinar-se para uma visão de negociação, com maior abertura de espaço para diálogos entre as esferas públicas e privadas, vislumbrando assim, uma nova forma de governança estatal. A imposição de cláusulas exorbitantes, tomadas de decisões unilaterais sem qualquer preocupação com o reflexo econômico, cede lugar para um tratamento mais igualitário quando estamos diante de um contrato, no qual uma das partes seja o Estado⁵⁷.

Por sua vez, Selma Lemes complementa:

Nesta linha, foram revistos os conceitos e princípios de Direito Administrativo com o objetivo de democratizar a Administração Pública, com a participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado. Inicia-se amplo processo de privatização com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e permitir que a Administração Pública atue com eficiência; iniciam-se diversas formas de contratações públicas, entre elas as parcerias público-privadas; substitui-se a Administração Pública de atos unilaterais (a Administração Pública autoritária), verticalizada e hierarquizada, para transformá-la na Administração Pública consensual⁵⁸.

Como define Maria João Estorninho, uma das consequências dessa transformação paradigmática da Administração Pública, é o fato de ela passar a utilizar o meio de atuação “mais típico do Direito Privado”, ou seja, o contrato⁵⁹. Da mesma maneira, Enzo Roppo assegura que “o papel do contrato se apresenta como instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da acção administrativa – não já, portanto simples objecto da intervenção pública, mas seu meio insubstituível⁶⁰”.

Em complemento, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka enaltecem os ensinamentos de Jean-Pierre Gaudin, que deu vida à expressão *governar por contratos*,

⁵⁶ Como exemplo, cita-se a Lei Federal nº 8.987/95, responsável por instituir o contrato público de concessão e de permissão de serviços públicos, assim como por determinar a forma de sua execução. Ainda como reflexo da reforma administrativa gerencial, em 2004 foi promulgada a Lei Federal nº 11.079/2004, que regulamentou as parcerias público-privadas, sobretudo para atrair investimentos do setor privado às obras e serviços públicos.

⁵⁷ TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, jul./set. 2018, p. 6.

⁵⁸ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

⁵⁹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 42.

⁶⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 347.

responsável por traduzir a necessidade do Estado em estabelecer vínculos com a sociedade, mais precisamente com o setor privado, para melhor concretizar suas ações⁶¹.

Oliveira e Schwanka vão além e elencam o fenômeno da *contratualização administrativa* como verdadeira forma de expressão⁶² da Administração Consensual⁶³. Para os autores:

A *contratualização* administrativa retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca [...]. A utilização de meios consensuais pela administração ganha relevância na medida em que estes se transformam em instrumentos da participação dos particulares – diretamente envolvidos ou simplesmente interessados – no processo de tomada das decisões administrativas, possibilitando mais aceitação do que imposição, especialmente no âmbito das relações contratuais administrativas⁶⁴.

Esse novo *modus operandi* da atuação estatal, especialmente no que diz respeito ao “*governar por contratos*”, não significa o fim do direito público, tampouco representa um eventual fim do Estado. De igual modo, a ideia norteadora da contratualização no setor público não pretende replicar a Teoria Clássica dos Contratos Administrativos. Como bem elucida Enzo Roppo, o modelo clássico de contrato administrativo não está morto, mas, sim, recebe, com a Administração Pública Gerencial, uma nova roupagem, adequando-se às necessidades contemporâneas⁶⁵.

Isto é, parte-se da premissa de que o ideário de contrato administrativo, embora hoje consolidado e alvo de constante evolução, nem sempre foi pacífico. Odete Medauar relembra

⁶¹ GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999, p. 28-29 apud OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 309.

⁶² Para os autores, “entende-se como *formas de expressão da Administração Consensual* o modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração Pública” vide OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 314.

⁶³ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 314.

⁶⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 315-319.

⁶⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 347.

que, no início do século XX, havia forte resistência⁶⁶ a essa ideia, sob a alegação de que a Administração Pública não poderia celebrar contratos, diante de sua posição de supremacia em relação ao particular e em virtude do princípio do interesse público, como impedimento de qualquer vínculo contratual contínuo⁶⁷.

A autora ressalta, ainda, que a resistência doutrinária a respeito da contratualização do Direito Administrativo se diluiu com o tempo, pois não tardou para que os movimentos franceses, estruturantes de uma Teoria dos Contratos Administrativos, chegasse ao Brasil e servisse de subsídio para uma nova perspectiva⁶⁸. A partir disso, formou-se uma sistemática diferenciada, em que o contrato administrativo apresentaria peculiaridades, como a presença de cláusulas exorbitantes e a prerrogativa de que a Administração, para promover o interesse público, possa alterar unilateralmente o contrato⁶⁹.

Como brevemente se evidenciou, o contrato administrativo, ao longo dos anos, é cenário de impactantes transformações. Com o fenômeno do consensualismo, e com a postura gerencial adotada pela Administração Pública, acerta Enzo Roppo ao delinear que o contrato administrativo não está morto, mas apenas ganhando novas feições.

Assim como em suas vertentes clássicas, o contrato segue como instrumento por meio do qual se torna possível estabelecer – ou desfazer – o vínculo jurídico entre as partes. A grande diferença, sob as lentes do formato gerencial, é que a Administração Pública não mais se coloca como superior ao ente privado, tampouco cabe-lhe violar direitos e garantias asseguradas aos particulares.

No âmbito contratual contemporâneo, a conduta que se espera da Administração Pública é justamente no sentido de estabelecer o diálogo, a cooperação e a negociação com o particular, de modo que, reduzindo as assimetrias historicamente travada entre as partes, “os contratos do

⁶⁶ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é um dos juristas que defendiam a impossibilidade de haver contrato administrativo, pois, a seu sentir, a prestação de serviços públicos estaria fora da disposição do comércio e, portanto, tratando-se de objetos não contratuais. Para o autor, o particular não teria a obrigatoriedade principiológica de satisfazer interesses públicos. Tais serviços e bens estariam fora do contexto de disponibilidade, pelo que nega a existência de contratos administrativos *vide* BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 593.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 23. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 215.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, AASP, v. 29, n. 107, p. 150-154, 2009, p. 152.

⁶⁹ NOHARA, Irene Patrícia Dion. Contratos administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, E-Book.

Poder Público deixem de ser mecanismos meramente para exercício das atividades-meio do Estado e passam a ser instrumentos para a consecução das próprias atividades-fim⁷⁰”.

Assim, é possível verificar que os contratos administrativos se destacam como ferramentas institucionais para garantir as atividades-fim do Estado. Mais do que isso, a partir do fenômeno da contratualização, o setor público pode, enfim, contar com a colaboração do setor privado, principalmente para obter investimentos no desenvolvimento de projetos complexos, como é o caso das obras de infraestrutura⁷¹.

Considerando que o desenvolvimento socioeconômico do país passa, necessariamente, pelo sucesso dos projetos de infraestrutura, deve-se, então, centralizar a análise dos contratos administrativos para referido setor, como reflexo do fenômeno da contratualização, que dá face ao sistema administrativo gerencial.

1.3 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA

Dentro do fenômeno da contratualização das atividades administrativas, característica marcante do modelo gerencial, os contratos de infraestrutura merecem especial destaque, tendo em vista sua importância socioeconômica, e, exatamente por esta razão, integram o recorte metodológico da presente pesquisa.

Por assim ser, torna-se preciso dissecar os principais aspectos de tais contratos, partindo-se de seus traços conceituais e seguindo para a demonstração de sua importância no cenário político-econômico brasileiro.

Estabelecidas referidas premissas, serão evidenciados os principais problemas enfrentados na execução dos contratos administrativos de infraestrutura no Brasil, por meio do resgate de índices numéricos e estatísticos. Tudo isto para que ao final sejam identificados os caminhos adequados para a implementação de práticas e mecanismos de gestão contratual, aptos a auxiliarem no aprimoramento da execução das obras, como é o caso dos *dispute boards*, objeto da pesquisa.

⁷⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista de Direito e Infraestrutura**, São Paulo, n. 9, p. 1-13, abr./jun. 2019, p. 1. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/179/131>. Acesso em: 30 out. 2023.

⁷¹ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 54.

1.3.1 Infraestrutura: aspectos conceituais e jurídicos

Como ponto de partida, convida-se o leitor a refletir sobre a última vez em que avistou uma cidade sem obras em execução. Sem viadutos que fossem capazes de interligar um ponto da cidade a outro. Sem redes de telefonia móvel. Sem ruas e vias asfaltadas. Sem energia elétrica. A missão, por mais simplória que possa parecer, entrega o seu caráter utópico. É que as cidades contemporâneas nada mais são do que permanentes canteiros de obra.

Mas, por trás de cada projeto e do incessante trabalho realizado pelo setor de construção civil, deve-se considerar que as obras são frutos de um cenário permeado por decisões estratégicas. Há, em verdade, um importante conceito a ser delineado e que norteia tais decisões no que diz respeito ao desenvolvimento de seus projetos. Trata-se do conceito de *infraestrutura*.

Em consenso, Dirk van Laak⁷² e Thiago Marrara⁷³ afirmam que o vocábulo *infraestrutura* pode variar semanticamente, de acordo com a ciência que o estuda. É nesse viés que, reconhecendo que o vocábulo pode ser empregado nos mais diversos campos científicos, Augusto Neves dal Pozzo⁷⁴ destaca que as infraestruturas remontam a própria historicidade da vida humana, tendo em vista que se fazem presentes desde os primórdios da civilização⁷⁵.

Acompanhando a linha evolutiva do tema, Gilberto Bercovici, por sua vez, destaca que o conceito de infraestrutura encontra suas raízes na terminologia administrativa francesa do início do século XX, a fim de designar o projeto de instalações de ferrovias, que englobava pontes, túneis, trilhos e estações⁷⁶.

No mesmo sentido, o autor denota que foi na década de 60 que se adotou o termo *infraestrutura* em caráter internacional, a partir de linguagem estabelecida pela Organização do

⁷² VAN LAAK, Dirk. **Infrastructures**. Docupetdia-Zeitgeschichte, v. 1, p. 5, 20 maio 2021. Tradução: Lucais Sewell. https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Disponível em: https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

⁷³ MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. **Revista Brasileira de Infraestrutura [RBINF]**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012, p. 1.

⁷⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 21.

⁷⁵ A este respeito, Dirk Van Laak destaca que “para identificar os precursores da infraestrutura moderna é preciso voltar ao menos aos romanos, que tinham oferta e à disposição impressionantes redes, especialmente em Roma, além de extensos sistemas rodoviários e de abastecimento de água.” *vide* VAN LAAK, Dirk. **Infrastructures**. Docupetdia-Zeitgeschichte, v. 1, p. 5, 20 maio 2021. Tradução: Lucais Sewell. https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Disponível em: https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Acesso em: 15 out. 2023, tradução da autora.

⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 18.

Tratado do Atlântico Norte [OTAN], para designar as instalações militares permanentes (centros de treinamento, paióis, etc.)⁷⁷. É que, no âmbito da Segunda Guerra Mundial, a infraestrutura era parte da logística militar adotada, mesmo porque a construção de rodovias e canais, por exemplo, eram pilares essenciais para a defesa dos países envolvidos, sobretudo dos Estados Unidos da América⁷⁸. Além de sustentar as operações militares, as infraestruturas serviam como “heranças” territoriais, o que, inclusive, servia como instrumento de desenvolvimento da região em períodos de paz⁷⁹. Ou seja, a terminologia de *infraestrutura*, historicamente, esteve ligada às conceituações de origem militar⁸⁰.

Evidentemente, conceito de *infraestrutura*, a partir das modificações sociais, passou por um processo de evolução, sobretudo a partir da década de 70, ocasião em que assumiu caráter imprescindível ao crescimento econômico dos Estados e, via reflexa, desprende-se de suas interfaces puramente militares⁸¹.

Nesse contexto, e sob a ótica de Dirk van Laak, a infraestrutura, como se reconhece na atualidade, partiu do chamado *Estado institucional*, de Max Weber, em que os municípios, governos, autoridades públicas e agentes privados passaram a construir oleodutos e estradas, bem como a criar estruturas interligadas, como pontes, para introduzir sistemas de rede, com a promoção de serviços de transporte, energia e comunicação⁸². O autor reforça que o objetivo dessa interligação pretendida era o de promover a divisão crescente do trabalho e a troca entre

⁷⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 18.

⁷⁸ CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 75.

⁷⁹ CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 75.

⁸⁰ “O uso atual do termo infraestrutura é proveniente do âmbito militar. Refere-se ao conjunto de construções, sistemas e redes de comunicação necessários ao sistema de abastecimento, especialmente no que diz respeito ao transporte de mercadorias e envio de informações. A expressão é emprestada das línguas românicas, em que a palavra é utilizada para designar as partes imóveis do sistema de transporte, como as subestruturas de estradas de ferro (“dormentes”) e as redes de linhas aéreas (aeroporos). Recentemente, ‘infraestrutura’ refere-se, em geral, às ‘bases de uma orgnaização” vide REIMUT, Jochimsen. **Theorie der Infrastruktur**: Grundlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1966, p. 100, tradução nossa.

⁸¹ REIMUT, Jochimsen; GUSTAFSSON, K. *Infrastruktur: Grundlage der marktwirtschaftlichen Entwicklung*. In: SIMONS, Undo Ernest. **Infrastruktur**: Theorie und Politik. Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1977, p. 48-49.

⁸² VAN LAAK, Dirk. **Infrastructures**. Docupetdia-Zeitgeschichte, v. 1, p. 6, 20 maio 2021. Tradução: Lucais Sewell. https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Disponível em: https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

natureza, civilização, cidade e campo⁸³, aspectos que transformariam o comércio e o mercado de consumo.

Dessa forma, tem-se que o termo *infraestrutura* não foi solidificado, inicialmente, pelo Direito. Pelo contrário. A abordagem jurídica acerca da infraestrutura somente passou a receber olhares mais atentos do Direito em recortes históricos recentes⁸⁴.

Na realidade, como se evidenciou, as teorias econômicas e sociais foram as precursoras no tema e abriram as cortinas para o sentido geral de infraestrutura, entendida como fundamento central da atividade econômica dos Estados e pré-requisito para que todas as demais atividades possam se desenvolver⁸⁵. Nessa toada, Tim Marshall afirma ser bastante difundido socialmente o reconhecimento de que a infraestrutura está ligada ao sucesso econômico e, ainda, na perspectiva econômica do tema, rememora que a concepção do *Welfare State* europeu, tipicamente inspirada nos ensaios keynesianos, delinearam a concepção e o planejamento da infraestrutura⁸⁶.

Augusto Neves Dal Pozzo reforça que a definição de infraestrutura, em caráter global, foi substancialmente moldada pela doutrina econômica alemã⁸⁷. Não por acaso, Gilberto Bercovici⁸⁸ e Augusto Neves Dal Pozzo⁸⁹ convergem ao afirmarem que o economista alemão Reimut Jochimsen foi responsável por apresentar ao mundo aquela que é reconhecida como a primeira conceituação relevante de infraestrutura, por se tratar de um conceito sistêmico sobre o tema. Para Jochimsen:

Infraestrutura é o conjunto de ativos e condições materiais, institucionais e pessoais que estão à disposição das unidades econômicas no contexto de uma economia baseada na divisão do trabalho e que auxiliam, por um lado, a

⁸³ VAN LAAK, Dirk. **Infrastructures**. Docupetdia-Zeitgeschichte, v. 1, p. 6, 20 maio 2021. Tradução: Lucais Sewell. https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Disponível em: https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

⁸⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contraconrente, 2020, p. 21.

⁸⁵ BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 18.

⁸⁶ MARSHALL, Tim. **Planning Major Infrastructure: a critical analysis**. New York: Routledge, 2013, online.

⁸⁷ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contraconrente, 2020, p. 23.

⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 18.

⁸⁹ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contraconrente, 2020, p. 23.

reduzir as diferenças a remuneração de fatores de produção entre as regiões e, por outro lado, promover o crescimento da economia⁹⁰.

Ainda sob a perspectiva econômica, Gilberto Bercovici enfatiza:

Da teoria econômica e social advém o sentido geral de infraestrutura como *'fundamento da atividade econômica'* (*'Unterbau der Wirtschaft'*), o que implica dizer que os empreendimentos de infraestrutura são pré-condição para que as demais atividades possam se desenvolver. É a partir desta finalidade maior que se organiza toda a discussão contemporânea sobre infraestrutura⁹¹.

Para Igor Lopes Rocha e Rafael Saulo Marques Ribeiro, a infraestrutura pode ser, em linhas gerais, definida como uma estrutura básica, apta a viabilizar o funcionamento da economia e possibilitar o desenvolvimento das atividades humanas em diversos aspectos e dimensões⁹².

Uma vez solidificado o conceito de *infraestrutura* pautado pelas premissas econômicas, foi a vez do Direito ocupar-se de imprimir suas particularidades ao tema.

Augusto Neves Dal Pozzo⁹³, assim como Gilberto Bercovici⁹⁴, destaca que o Direito se apropriou do debate econômico acerca da infraestrutura, tomando-lhe como referência para elaborar uma nova construção de seu significado. Exatamente por esta razão é que Georg Hünnekens fez questão de enfatizar que não há registros de um conceito eminentemente jurídico a definir infraestrutura⁹⁵.

Tratando-se especificamente da sistemática brasileira a respeito do tema, Augusto Neves dal Pozzo elucida sua crítica no sentido de que, diferentemente do que se verifica no direito europeu, no campo dogmático brasileiro há escassez de autores e obras que se dediquem ao *direito da infraestrutura*, de modo a lhe conferir um conceito jurídico fechado, ou, ao mesmo, estabelecer seus elementos centrais e características norteadoras⁹⁶.

⁹⁰ REIMUT, Jochimsen. **Theorie der Infrastruktur**: Grundlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1966, p. 145, tradução nossa.

⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 18.

⁹² ROCHA, Igor Lopes; RIBEIRO, Rafael Saulo Marques. *Infraestrutura no Brasil: contexto histórico e principais desafios*. In: SILVA, Mauro Santos. **Concessões e Parcerias Público-Privadas: Políticas Públicas para Provisão de Infraestrutura**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada [IPEA], 2022, p. 24.

⁹³ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 27.

⁹⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 20.

⁹⁵ HÜNNEKENS, Georg. **Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur**. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1995, p. 11.

⁹⁶ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 32.

Para o autor, isto se justifica ao passo em que a própria preocupação do Direito brasileiro com a infraestrutura se reflete em um movimento tardio, vinculada às mudanças estatais ocorridas a partir da década de 80, e que fez com que o país apostasse cada vez mais nas relações público-privadas para promover o desenvolvimento econômico⁹⁷.

Tanto é assim que mesmo a Constituição Federal, responsável por estabelecer os nortes sociais e jurídicos a serem percorridos pelo Estado, utilizou a expressão *infraestrutura* apenas de maneira aplicada a outros temas, mas não para atribuir-lhe um conceito próprio. Gilberto Bercovici, para ilustrar o sobredito, ressaltou o exemplo do artigo 21, inciso XII, alínea ‘c’ da Constituição de 1988, que estabeleceu, dentre as competências da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aerospacial e infraestrutura aeroportuária⁹⁸.

Mas, ainda que o Direito não tenha se debruçado a estabelecer uma sistematização própria de *infraestrutura*, convém destacar alguns dos principais conceitos estruturados na doutrina jurídica e que se configuram como subsídios para os fins almejados neste trabalho.

Nesse sentido, inicia-se a apresentação com o conceito proposto por Edmundo Emerson de Medeiros que, timidamente, imprime o significado jurídico em suas entrelinhas, ao entender a infraestrutura como “[...] o conjunto de estruturas, equipamentos e instalações que constituem a base sobre a qual é produzida a prestação de serviços considerados essenciais para a vida e/ou para o desenvolvimento de fins produtivos⁹⁹”.

De maneira pouco mais robusta, Rolf Stober define infraestrutura como:

[...] todas as medidas empreendidas pelo poder público ou por ele influenciadas, para a instauração, manutenção ou desenvolvimento de instalações que atendam às exigências técnicas e de demanda, a fim de garantir condições presentes e futuras para o exercício ideal e competitivo da atividade econômica¹⁰⁰.

Na mesma linha e, ainda mais, trazendo a conceituação para o âmbito nacional, Gilberto Bercovici se destaca não só por definir o tema e aproximá-lo da realidade brasileira, mas, sobretudo, por delinear os elementos que caracterizam a infraestrutura:

⁹⁷ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 29.

⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 20.

⁹⁹ MEDEIROS, Edmundo Emerson de. **Infraestrutura energética: planejamento e regulação do setor elétrico**. São Paulo: MP, 2009, p. 22.

¹⁰⁰ STOBER, Rolf. **Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs – und Umweltrechts**. Stuttgart: Kohlhammer, 1989, online.

A infraestrutura tem por característica a artificialidade, ou seja, é uma obra ou instalação artificial de titularidade do Estado, vinculada à exploração de um serviço público ou atividade econômica ou a um uso geral, remunerado ou não. Em geral, a infraestrutura constitui um monopólio natural controlado pelo Estado, fornecendo produtos ou serviços para um grande número de usuários, afetando, assim, o bem-estar da população e o desempenho das empresas e produzindo efeitos diretos e indiretos por toda a economia. [...] A infraestrutura deve ser compreendida sob a perspectiva do Estado. Afinal, toda e qualquer decisão sobre infraestrutura é uma decisão política, inserida na estratégia estatal de promoção do desenvolvimento. [...] A infraestrutura não é um fim em si mesma, é um meio para o cumprimento de algum objetivo estatal¹⁰¹.

Ocorre que, sem prejuízo da definição acima elencada e de todas as outras que se destinam a compreender as arestas da infraestrutura e seus elementos centrais, é preciso ir além. É preciso buscar pela estruturação de um direito da infraestrutura, que se destine a investigar as possibilidades de desenvolvimento e execução dos projetos, bem como a identificar os melhores instrumentos para a solução dos conflitos decorrentes de tais atividades¹⁰².

Nesse viés, considerando que o presente trabalho busca contribuir para o aperfeiçoamento da gestão dos contratos públicos de infraestrutura, é que se enfatizam os dois conceitos sobre o tema adotados nesta pesquisa e que se inserem no âmbito da ciência jurídica, por englobarem elementos subjetivos, objetivos, teleológicos e formais.

Assim sendo, na tentativa de atribuir um conceito estritamente jurídico de infraestrutura, Augusto Neves Dal Pozzo pontua:

Infraestrutura é a atividade administrativa que o Estado ou quem lhe faça as vezes, tem o dever de realizar, consistente em prover, manter e operar ativos públicos de modo a oferecer um benefício à coletividade, tendo em vista a finalidade de promover concretamente o desenvolvimento econômico e social, sob um regime jurídico-administrativo¹⁰³.

Sinteticamente, André Junqueira arremata ao consignar que a “infraestrutura é um meio para atingimento de determinados fins, propiciando o desenvolvimento econômico e social, a partir da prestação de serviços públicos¹⁰⁴”.

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 22.

¹⁰² JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 44.

¹⁰³ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 69.

¹⁰⁴ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 44.

Não obstante, dentro do contexto nacional, importa trazer, ainda, uma especificação definida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada [IPEA], a partir da qual entende-se a infraestrutura sob dois aspectos. O primeiro, voltado à infraestrutura social e urbana, cujo objetivo é fornecer suporte básico aos indivíduos e seus respectivos domicílios, o que abrange o setor de habitação, saneamento e transporte urbano. Por outro lado, o segundo, voltado à infraestrutura econômica, visa fortalecer o setor produtivo e engloba o setor de energia elétrica, rodovias, ferrovias, aeroportos, energia elétrica, petróleo, gás natural, biocombustíveis e telecomunicações¹⁰⁵.

Em complemento, Augusto Dal Pozzo chama atenção ao fato de que, ao atribuir sentido jurídico ao termo *infraestrutura*, especialmente quando se trata de oferecimento de serviços públicos, corre-se o risco de igualar *infraestrutura* à *obra pública*, como se sinônimos fossem¹⁰⁶. Entretanto, como bem rememora o autor, o campo da infraestrutura evoluiu, de modo a não mais comportar ser traduzido exclusivamente pela realização de obras e pela atuação do setor de construção civil, muito embora se reconheça seu inestimável valor socioeconômico e sociojurídico¹⁰⁷.

Nesse sentido, para fins deste trabalho, não se desconsidera o caráter tecnológico assumido pela infraestrutura brasileira e que nem sempre está associado ao campo de obras, como acontece, por exemplo, com a operacionalização de redes de internet e de telecomunicações em geral.

Feita esta ressalva, e reconhecendo a amplitude do tema, é importante pontuar que a análise da presente pesquisa se debruça sobre o entendimento tradicional de infraestrutura, voltado ao seu aspecto material, que engloba construções, instalações e concessões, âmbitos especialmente sensíveis ao país, permeados por consideráveis gargalos e cenário fértil para a utilização dos *dispute boards*.

Estabelecidas as premissas centrais quanto à conceituação de *infraestrutura* e do objeto da pesquisa, deve-se, agora, avançar no percurso investigativo e identificar a realidade dos contratos administrativos de infraestrutura no Brasil.

¹⁰⁵ BRASIL. Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_voll.pdf. Acesso em: 10 maio 2023.

¹⁰⁶ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contraconrente, 2020, p. 27.

¹⁰⁷ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contraconrente, 2020, p. 27.

1.3.2 Entre cais e faróis: a importância dos contratos administrativos de infraestrutura e seus principais obstáculos no cenário brasileiro

O exercício de conceituar e apresentar as definições de *infraestrutura*, como esquadrihado no item anterior, não deixa dúvidas: trata-se de um dos mais importantes pilares de desenvolvimento socioeconômico de um país.

Não por acaso, o Banco Mundial afirma que a infraestrutura representa, se não o motor, as “rodas” da atividade econômica¹⁰⁸. Na mesma linha de raciocínio, Augusto Neves Dal Pozzo enfatiza: “sem infraestrutura não há desenvolvimento e, por conseguinte, não há satisfação de direitos que o ordenamento jurídico consagra à coletividade¹⁰⁹.”

No âmbito brasileiro, Luiz Carlos Bresser Pereira destaca que a infraestrutura assume um novo e relevante papel no cenário da Administração Pública pós-globalização, pois, por meio da sua regulação pelo Estado, é que se torna possível capacitar seus agentes econômicos ao nível de competitividade que é exigido na economia internacional¹¹⁰. E, diga-se, perseguir o desenvolvimento econômico nada mais é do que um desdobramento do princípio constitucional da ordem econômica¹¹¹.

Considerando todo o contexto socioeconômico que engloba o tema, Gilberto Bercovici ressalta:

A infraestrutura produz e informa as identidades e divisões políticas modernas. [...] Mais do que isso, a infraestrutura faz parte do imaginário nacional. Os lugares costumam ser imaginados do modo pelo qual os países pensam sobre si mesmos. Cada sociedade projeta em seu imaginário o que pretende ou idealiza como seu futuro e qualquer projeto sobre infraestrutura é, em parte, condicionado por esse imaginário. Quando planejamos ou refletimos sobre a infraestrutura, estamos planejando e refletindo sobre nós mesmos e nosso projeto nacional do futuro¹¹².

Para ilustrar, na prática, a importância do setor, no ano de 2015, a Organização das Nações Unidas [ONU], em conjunto com líderes de diversas nações, definiu uma agenda

¹⁰⁸ WORLD BANK. Infrastructure: Achievements, Challenges and Opportunities. **World Development Report**, 1994 June, p. 13-34, p. 14.

¹⁰⁹ DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contraconrente, 2020, p. 22.

¹¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 237.

¹¹¹ CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 156.

¹¹² BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 26.

mundial constituída por temas de caráter humanitários que devem ser prioridade no estabelecimento de políticas públicas nacionais e internacionais até 2030¹¹³. Trata-se dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável [ODS], que instituiu dezessete pontos de atenção aos líderes globais, incluindo a infraestrutura:

Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação.

9.1 Desenvolver infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e resiliente, incluindo infraestrutura regional e transfronteiriça, para apoiar o desenvolvimento econômico e o bem-estar humano, com foco no acesso equitativo e a preços acessíveis para todos¹¹⁴.

De forma unânime, os 193 (cento e noventa e três) Estados-membros da ONU, incluindo o Brasil, firmaram o compromisso de implementar a Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Justamente neste ponto é que se convida o leitor para adentrar às penumbras da infraestrutura brasileira. É que a despeito de sua inegável relevância, a infraestrutura é, também, uma *faca de dois gumes*. Isso porque, ao mesmo tempo em que, se bem-sucedidos os projetos, promove-se o bem-estar social e o crescimento econômico; se forem permeados por falhas, pode haver a redução da qualidade de vida dos indivíduos, bem como de seus índices de produtividade, causando impactos negativos nos índices econômicos¹¹⁵. E no Brasil, infelizmente, a realidade do setor não é animadora.

Inicialmente porque, com relação ao Objetivo 9 das ODS, acima mencionado, o país pouco evoluiu. Dados fornecidos pelo Relatório Luz, produzido por entidades da sociedade civil, revelam que o investimento público em infraestrutura apresenta uma queda contínua, chegando à marca de menos de 2% (dois por cento) do Produto Interno Bruto (PIB), em média, nos últimos dez anos. Tal fato, além de configurar um considerável entrave para o alcance da ODS 9, também, e ainda pior, contribui para o aumento das taxas de desemprego e no fomento da desconfiança para a captação de investimentos privados nacionais e/ou estrangeiros¹¹⁶.

¹¹³ G1. Saiba quais são as 17 metas propostas pela ONU para o desenvolvimento sustentável do planeta. **Profissão Repórter**, 10 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2023/04/10/saiba-quais-sao-as-17-metas-propostas-pela-onu-para-o-desenvolvimento-sustentavel-do-planeta.ghtml>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/9>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹¹⁵ WORLD BANK. Infrastructure: Achievements, Challenges and Opportunities. **World Development Report**, 1994 June, p. 13-34, p. 13.

¹¹⁶ GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. **VI Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável**. Brasil, 2022, p. 54. Disponível em: https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2022/06/rl_2022-completoweb-30_06_01.pdf. Acesso em: 26 out. 2023.

À primeira vista, os dados impressionam e revelam uma problemática bastante sensível no que diz respeito ao desenvolvimento do país. Mas não há que se enganar. A infraestrutura e o Poder Público são antigos personagens da História do Brasil, substancialmente marcada por um verdadeiro cemitério de obras públicas, bem como por seu caráter faraônico e inacabado¹¹⁷, que acabam se propagando, feito herança, de geração a geração.

Tão antiga quanto a existência de obras inacabadas é a tentativa do país no sentido de empreender esforços governamentais, a fim de mapear os projetos não concluídos e identificar as suas causas. A tarefa, ao longo dos anos, mostrou-se árdua, permeada pela dificuldade da Administração Pública Federal em localizar os dados concretos a este respeito, por estarem espalhados e esparsos em diversos sistemas e órgãos do Poder Público, dificultando a análise.

De todo modo, como primeira iniciativa relevante do Poder Público neste aspecto, no ano de 1995, há quase três décadas, constituiu-se a Comissão Temporária do Senado Federal, com o objetivo de inventariar as obras financiadas com recursos governamentais e não concluídas. O relatório final identificou o total de 2.214 (duas mil duzentos e catorze) obras paralisadas, as quais, juntas, absorviam mais de R\$ 15 milhões de reais à época¹¹⁸. Na ocasião, a Comissão Temporária informou, ainda, que o número e os valores identificados poderiam ser maiores, pois não teria sido possível obter a integralidade das informações solicitadas¹¹⁹.

Com o impacto dos resultados apresentados pela Comissão Temporária do Senado, a Corregedoria-Geral da União, no ano de 2001, requisitou uma série de informações a respeito das obras paralisadas e, ainda, propôs a criação de um sistema para o acompanhamento mais robusto das obras e serviços realizados com recursos orçamentários federais¹²⁰. A situação alarmante e a postura da Corregedoria-Geral da União pareciam ser prelúdios de novos ventos, impulsionadores de uma esperançosa realidade à infraestrutura pública brasileira.

Contudo, não foi o que se sucedeu. As obras públicas continuaram longe de ser concluídas e suas consequências não passaram despercebidas pela população brasileira.

¹¹⁷ BRASIL. Agência Senado. **Falta de dinheiro, falhas e projeto e omissão política geram 14 mil obras inacabadas**. 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/06/falta-de-dinheiro-falhas-de-projeto-e-omissao-politica-geram-14-mil-obras-inacabadas>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹¹⁸ 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: 28 out. 2023.

¹¹⁹ 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: 28 out. 2023.

¹²⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. CGU pede informações sobre obras não concluídas com indícios de regularidades. **Notícias**, 18 set. 2001. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2001/09/cgu-pede-informacoes-sobre-obras-nao-concluidas-com-indicios-de-irregularidades>. Acesso em: 28 out. 2023.

Prova disso é que, no período pré-eleitoral do ano de 2018, a Rede Globo de Televisão idealizou o projeto “O Brasil que eu quero”, em que os brasileiros de todo o país poderiam expressar suas expectativas para o futuro, por meio da gravação de vídeos. Dentre os mais de cinquenta mil conteúdos audiovisuais coletados pela emissora, os telespectadores ressaltaram, em massa, a insatisfação com as obras inacabadas¹²¹. Como exemplo prático, telespectadores demonstraram indignação com relação ao projeto envolvendo a Ferrovia Transnordestina que, na época, estava paralisado, sem qualquer previsão para que fosse concluído¹²².

A iniciativa da Rede Globo não foi a única. Como forma de retratar as insatisfações sociais sobre o assunto, diversas emissoras de televisão, ao longo do ano, expuseram a problemática das obras inacabadas¹²³, bem como os prejuízos financeiros envolvidos. O próprio Tribunal de Contas da União [TCU] elaborou conteúdo audiovisual, colocando em exposição as principais obras financiadas pelo governo federal que se encontravam paralisadas no ano de 2019¹²⁴.

Diante de todo o contexto delineado, não tardou para que o Poder Público retomasse a problemática. Sendo assim, recentemente, no ano de 2019, o TCU estruturou uma auditoria operacional, a fim de elaborar um diagnóstico detalhado sobre a realidade das obras financiadas com recursos federais, que se encontravam paralisadas. Para tanto, foram analisados mais de trinta e oito mil contratos referentes a obras públicas registradas nos bancos de dados do Governo Federal¹²⁵.

Os resultados são alarmantes. Da integralidade dos contratos examinados, a auditoria verificou que mais de 14 (quatorze mil) encontram-se paralisados. Significa dizer que mais de um terço das obras que deveriam estar em execução no Brasil não tiveram avanço ou que apresentaram ínfima execução até o momento da auditoria¹²⁶. Financeiramente, tais obras

¹²¹ GLOBOPLAY. Fantástico. ‘O Brasil que eu quero’ termina com vídeos de 99,5% dos municípios do país. 30 set. 2018. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/7054932/>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹²² GLOBOPLAY. Fantástico. ‘O Brasil que eu quero’ termina com vídeos de 99,5% dos municípios do país. 30 set. 2018. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/7054932/>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹²³ Vide BAND JORNALISMO. Quase 5 mil obras públicas estão paradas no Brasil. YouTube, 13 maio de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3OdUCXNF1wc&t=452s>. Acesso em: 29 out. 2023; TV BRASIL. Caminhos da Reportagem: Obras Inacabadas. YouTube, 11 maio de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lr-hJcRr7Y>. Acesso em: 29 out. 2023; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Obras inacabadas pelo país mostram o desperdício de dinheiro público. 02 jul. 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=1vD_obSogxA&t=195s. Acesso em: 29 out. 2023;

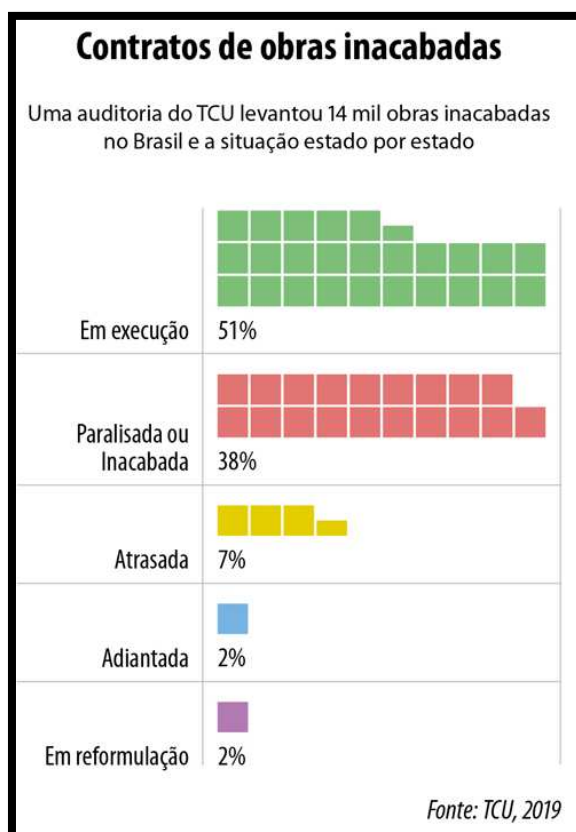
¹²⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO [TCU]. Obras paradas: Levantamento do TCU. 8 jul. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hBDUlo5jHD4>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional das obras paralisadas. Acórdão nº 1.079/2019 – TCU – Plenário. Rel.: Min. Vital do Rêgo. Data de sessão: 15 maio 2019. Disponível em: [file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web2%20(1).pdf). Acesso em: 29 out. 2023.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional das obras paralisadas. Acórdão nº 1.079/2019 – TCU – Plenário. Rel.: Min. Vital do Rêgo. Data de sessão: 15 maio 2019. Disponível em: [file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web2%20(1).pdf). Acesso em: 29 out. 2023.

equivalem ao investimento de aproximadamente R\$ 144 bilhões. Graficamente, o resultado pode ser interpretado pelos seguintes dados:

Gráfico 1 - Obras inacabadas | Auditoria TCU 2019



Fonte: SENADO FEDERAL, 2022¹²⁷.

O cenário de preocupação se estende ao caso das obras pertencentes ao Programa de Aceleração de Crescimento [PAC], agrupadas separadamente por se configurarem como as mais relevantes para o país e, por isto, demandarem execução acelerada. No entanto, a auditoria constatou que 21% delas encontram-se paralisadas, o que é equivalente ao valor de R\$ 127 bilhões¹²⁸.

No ano de 2023, as estatísticas foram atualizadas pelo TCU e, novamente, impressionam, pois, inclusive, apontam números maiores do que aqueles apresentados na edição de 2019. Atualmente, estimam-se que cerca de 41% das obras no país continuam

¹²⁷ BRASIL. Senado Federal. Falta de dinheiro, falhas de projeto e omissão política geram 14 mil obras inacabadas. **Agência Senado**, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/06/falta-de-dinheiro-falhas-de-projeto-e-omissao-politica-geram-14-mil-obras-inacabadas>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional das obras paralisadas**. Acórdão nº 1.079/2019 – TCU – Plenário. Rel.: Min. Vital do Rêgo. Data de sessão: 15 maio 2019. Disponível em: [file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web2%20(1).pdf). Acesso em: 29 out. 2023.

paralisadas. Mais do que isso, dos mais de vinte mil contratos financiados com recurso da União, aproximadamente 8.674 são considerados como interrompidos pelo TCU, conforme ilustra o cenário gráfico abaixo:

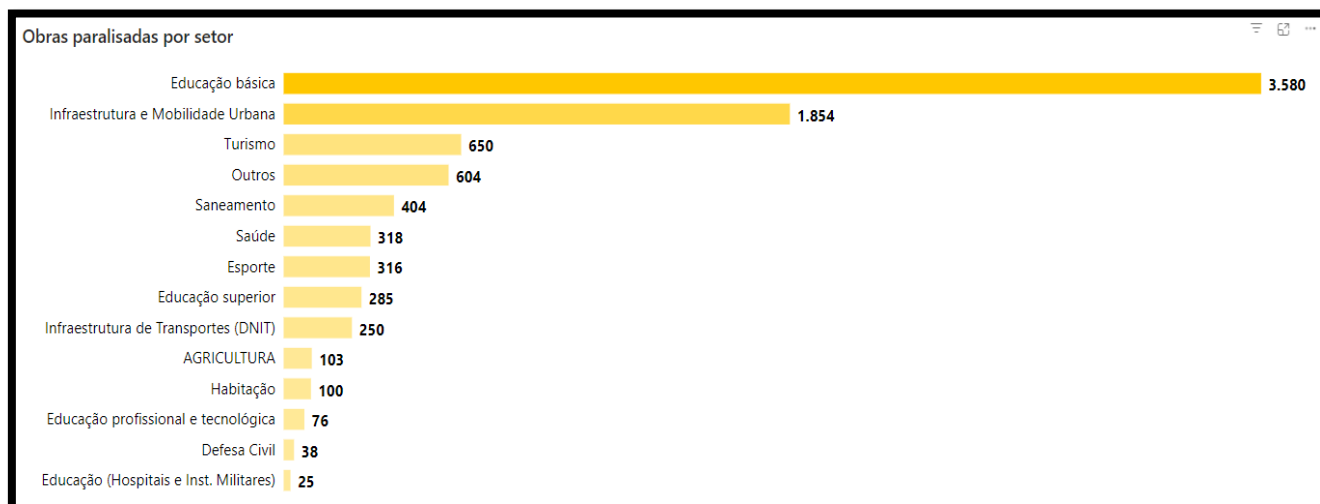
Figura 1 - Acompanhamento de Obras Paralisadas | TCU em 2023



Fonte: Tribunal de Contas da União, 2023¹²⁹.

Setorizando os dados do presente ano, o TCU identificou que é a educação básica o âmbito que mais sofre dentro do contexto apresentado, contabilizando o total de 3.580 (três mil quinhentos e oitenta) obras paralisadas, seguido o setor de infraestrutura e modalidade urbana, com 1.854 (mil oitocentos e cinquenta e quatro):

Gráfico 2 - Características das obras paralisadas | TCU 2023



Fonte: Tribunal de Contas da União, 2023¹³⁰.

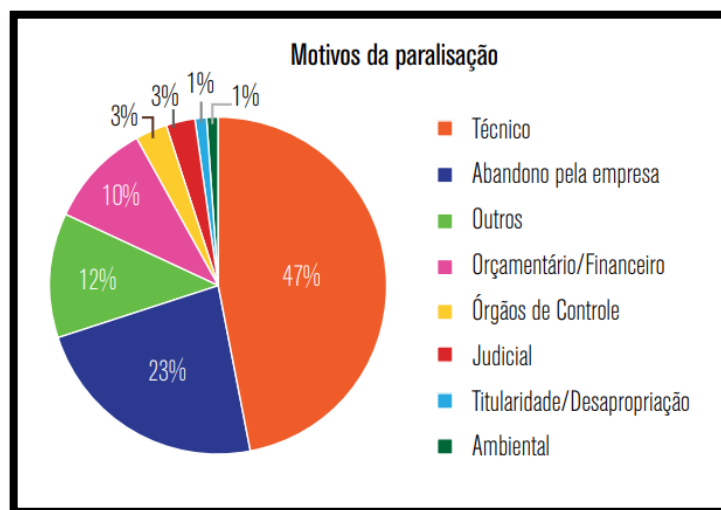
¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União [TCU]. Acompanhamento de Obras Paralisadas. **Resumo dos dados selecionados**. 2023. Disponível em: <https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffa6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União [TCU]. Acompanhamento de Obras Paralisadas. **Resumo dos dados selecionados**. 2023. Disponível em: <https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffa6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>. Acesso em: 29 out. 2023.

Em posse de tais dados, tomados como iniciais para a análise pretendida por esta pesquisa, é preciso ressaltar que a auditoria realizada pelo TCU realizou um recorte de amostragem, em que foram considerados apenas os números relativos às obras custeadas, de forma exclusiva, com recursos federais. Isto é, embora os dados sejam, por si só, preocupantes, eles poderiam ser ainda maiores, se fossem consideradas as obras inacabadas que foram, ou ainda são financiadas com recursos estaduais ou municipais¹³¹.

A partir de tais informações, o questionamento que, inevitavelmente, ocupa as raias de análise é: quais são as razões que justificam o excessivo número de obras paralisadas? A resposta para tal questionamento também foi examinada pelo TCU que, por sua vez, apurou que a grande maioria das obras se encontram interrompidas por questões técnicas (aproximadamente 47%). Em segundo lugar, com 23%, os projetos deixam de ser executados em razão do abandono da empresa responsável pela condução da obra. Já os problemas orçamentários e financeiros somam apenas 10% das paralisações, o que significa que estão longe de serem os grandes vilões:

Gráfico 3 - Causas das obras paralisadas | Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas 2019



Fonte: Tribunal de Contas da União, 2019¹³².

¹³¹ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 47.

¹³² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional das obras paralisadas**. Acórdão nº 1.079/2019 – TCU – Plenário. Rel.: Min. Vital do Rêgo. Data de sessão: 15 maio 2019. Disponível em: file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web2%20(1).pdf. Acesso em: 29 out. 2023.

Como conclusão da análise de dados apresentadas, reforça-se o posicionamento de Igor Gimenes Alvarenga Domingues¹³³, no sentido de que os resultados das auditorias realizadas pelo TCU, em três momentos distintos, revelam que nem mesmo a evolução administrativa, tampouco a evolução legislativa do Brasil foram fatores suficientes para imprimir maior dinamicidade à execução das obras públicas. Pelo contrário. Os números de projetos paralisados apresentaram crescimento com o decorrer dos anos.

De um lado, observa-se que, ao contrário do que se possa cogitar, no âmbito do jargão popular, a falta de recursos financeiros e orçamentários não é a principal causa das obras paralisadas e sequer pode assumir o posto de vilã das obras paralisadas. De outro lado, ao concluir que a maioria das obras se encontram paralisadas por questões técnicas e/ou por abandono da empresa responsável, tem-se que a complexidade dos projetos não enseja, necessariamente, sua paralisação¹³⁴. Na verdade, o entrave reside nas falhas do setor público em administrar os projetos de infraestrutura, revelando a deficiência de mecanismos de gestão contratual – e de conflitos – adequados e eficientes para a fluidez na execução de tais contratos¹³⁵.

Nesse ínterim, impende analisar os mecanismos de gestão de conflito e os instrumentos de governança contratual à disposição da Administração Pública, com ênfase aos *dispute boards*, tendo em vista seus resultados promissores ao redor do mundo e no próprio Brasil, a fim de promover o tratamento ao quadro de paralisação das obras públicas de infraestrutura no país.

Afinal, o Brasil carece da construção de uma nova herança, convergente com a Administração Pública Gerencial e, sobretudo, capaz de promover eficiência na concretização dos direitos fundamentais assegurados aos seus cidadãos.

1.4 EM BUSCA DE NOVOS RUMOS: OS MECANISMOS DE GESTÃO CONTRATUAL E DE CONFLITOS NO SETOR DA INFRAESTRUTURA BRASILEIRA

No tópico anterior, evidenciou-se, a partir das estatísticas publicadas pelo TCU, que o problema que circunda e fundamenta a paralisação das obras públicas brasileiras passa,

¹³³ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. Comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) nos contratos da administração pública. São Paulo: Almedina, 2022, p. 48.

¹³⁴ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA [CNI]. **Grandes Obras Paradas: Como Enfrentar o Problema?** Brasília: CNI, 2018, p. 13.

¹³⁵ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA [CNI]. **Grandes Obras Paradas: Como Enfrentar o Problema?** Brasília: CNI, 2018, p. 13.

necessariamente, pela deficiência no quadro de gestão contratual e de conflitos por parte da Administração Pública.

O cenário descrito enseja o (re)alinhamento da prática de medidas voltadas à gestão contratual, fator, inclusive, exigido pelos termos de referência, documento necessário para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública¹³⁶.

Nesse sentido, por gestão contratual entende-se a estruturação de formas de controle e de inspeção dos contratos administrativos, para fins de garantir a execução do objeto contratual de forma integral, “cumprindo-se, rigorosamente os prazos, condições, qualificações e especificações previstas no instrumento contratual¹³⁷”. O exercício da gestão contratual adequada e eficiente é, porém, tarefa embaraçosa à Administração Pública.

André Junqueira explica que, no início de um relacionamento contratual firmado com a iniciativa privada, o administrador público se vê em meio a diversos pontos sensíveis, como a “falta de conhecimento técnico, jurídico e econômico para tal atividade; sujeição aos órgãos de controle interno e externo da Administração, além das divergências com a contratada. Para contratações públicas na área de infraestruturas, as vicissitudes são ainda maiores¹³⁸”.

Segundo o autor, em complemento de seu raciocínio, as vicissitudes se tornam maiores nos contratos administrativos de infraestrutura, tendo em vista que se destinam a viabilizar projetos de alta complexidade, os quais, para apresentarem resultados exitosos, demandam a estruturação, quase paradoxal, de “liames obrigacionais com forte intuito cooperativo¹³⁹”.

Paralelamente a isto, tem-se que, como defende Giuliana Bonanno Schunck, quanto maior a complexidade e a sofisticação de um contrato e do ambiente de negócios, maior a chance de que tais instrumentos sejam permeados de incompletudes, o que certamente dificulta a dinamicidade da gestão. Isto é, a própria profundidade do contrato, junto às teias de relações contratuais por ele estabelecidas e que se prolongarão a longo prazo durante a respectiva

¹³⁶ A Nova Lei de Licitações (L. 14.133/2021) prevê: “Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XXIII – termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: [...] f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade.” *Vide* BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

¹³⁷ GOMES, Ataniela Rogéria Gonçalves. A gestão de contratos na Administração Pública. **Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, n. 10, n. 29, p. 100-fev. 2016, p. 103. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/386/506>. Acesso em: 13 nov. 2023.

¹³⁸ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 134.

¹³⁹ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 134.

execução, ocasiona a limitação de que todas as situações e cenários sejam anteriormente previstos¹⁴⁰.

Em termos de condutas adequadas de gestão contratual, André Junqueira ressalta que a maior parte delas, sobretudo as que versam sobre deveres contratuais, são de “difícil aderência à sistemática que rege os contratos da Administração Pública¹⁴¹”.

Sob a perspectiva de Junqueira, podem ser consideradas condutas esperadas dos gestores públicos: (a) o dever de renegociar¹⁴²; (b) o dever de mitigar o próprio prejuízo¹⁴³; (c) dever de informar¹⁴⁴. Todas elas, no entanto, enfrentam entraves de ordem prática.

Quanto ao dever de renegociar, o autor ressalta que o gestor contratual nem sempre é a autoridade competente para analisar as possibilidades de renegociação e, ainda, muitas vezes a constatação de desequilíbrio contratual demanda conhecimento técnico, culminando na necessidade de contratação de consultores externos e especializados, o que pode inviabilizar a execução do projeto¹⁴⁵.

Com relação ao dever de mitigar o próprio prejuízo, Junqueira afirma que, nos projetos de infraestrutura, pode ocorrer de o descumprimento contratual ser medida planejada pelas empresas. Para o autor:

Nessas hipóteses, o licitante sagra-se vencedor do certame ao ofertar um preço deveras baixo, inexecutável para as condições estipuladas. Para compensar essa perda, o contratado permite a ocorrência de determinados atrasos (por exemplo, procrastinando licenciamentos ambientais), no intuito de criar um ambiente propício ao reequilíbrio contratual¹⁴⁶.

¹⁴⁰ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 46.

¹⁴¹ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 133.

¹⁴² “Trata-se do ônus imposto aos gestores em reanalisar as condições pactuadas, em razão de possíveis alterações de cenário (em especial no contexto econômico) ao longo da execução contratual” JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 133.

¹⁴³ “Consiste na obrigação, por parte daquele que sofre o prejuízo na relação contratual, de impedir a manutenção de tal revés, no intuito doloso de ampliar seus ganhos com multa, juros ou correções monetárias”. JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 134.

¹⁴⁴ “Consiste na obrigação das partes em esclarecer fatos contratuais que podem trazer impactos positivos ou negativos na prestação contratuais. Trata-se de elemento das relações de mercado já estudadas por economistas desde os anos 60 do século XX.” JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 138.

¹⁴⁵ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 136.

¹⁴⁶ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 137.

Por fim, quanto ao dever de informar, o autor relata que é comum o seu descumprimento, na tentativa de que a parte amplie os seus ganhos econômicos¹⁴⁷.

Daí decorre que, muito embora a Administração Pública tenha a seu dispor técnicas que podem otimizar e alavancar a gestão de seus contratos de infraestrutura, sua execução apresenta entraves de ordem prática e que se transformam em demandas jurídicas, as quais, igualmente, demandam gestão adequada para que não obstem a regular execução contratual.

Neste caso, o Poder Público, em conjunto com a iniciativa privada, tem em mãos uma miríade de mecanismos que se destinam a solucionar as controvérsias. A negociação, o Poder Judiciário, a mediação e a arbitragem são algumas dessas possibilidades, aptas a solucionarem conflitos dos mais simples aos mais complexos¹⁴⁸ que eventualmente surjam no decorrer da execução contratual. Contudo, deve-se ponderar a situação fática envolvida e as particularidades de cada um dos mecanismos, fatores a seguir delineados.

A negociação e a mediação integram o grupo dos mecanismos autocompositivos e consensuais de solução de controvérsias. Isto é, nas palavras de Francisco José Cahali, nestes mecanismos “a solução da divergência é buscada pelos próprios envolvidos, de forma consensual, não imposta¹⁴⁹”.

Mais especificamente, a negociação, como brevemente abordado, consiste em um mecanismo mais simples, sem a intervenção de terceiros, exercido pelas próprias partes a fim de chegarem a um acordo sobre questões divergentes. Para Luis Fernando Guerrero:

A negociação é um processo de comunicação que tem por escopo atingir uma decisão conjunta entre as partes envolvidas em determinado conflito. Trata-se de método voluntário e consensual no qual as partes controlam a conformação e o desenvolvimento do modo pelo qual obterão um acordo. [...] Qualquer solução dependerá única e exclusivamente da vontade e da atuação das partes por meio de uma solução consensuada, que de nenhum modo será influenciada ou facilitada por terceiros¹⁵⁰.

¹⁴⁷ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas**: um estudo de caso. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 138.

¹⁴⁸ BADDAUY, Letícia; PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes. Desenho de sistema de resolução de disputas nos contratos de integração vertical: diálogos entre CADEC, mediação, dispute boards e arbitragem. *In*: TSOUROUTSOGLU, Iriani (org.) **Direito & Agronegócio**: ambiente de negócios e competitividade: estudos em homenagem à Ministra Tereza Cristina. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 207.

¹⁴⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 47.

¹⁵⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 2015, p. 28-29.

No entanto, uma vez mais é preciso reforçar o entrave que as negociações e renegociações, no âmbito dos contratos e obras públicas, enfrentam. Por um lado, há de se considerar que nem sempre os gestores do contrato são os profissionais responsáveis por decidir os detalhes de uma negociação. Além disso, as condições de negociação do Poder Público não se igualam às posições dos particulares, pois, muito embora sua discricionariedade, os princípios e garantias constitucionais devem ser observados, guiando a conduta do administrador público sempre em direção à satisfação do bem comum.

Além disso, Luis Fernando Guerrero aponta que a negociação sofre críticas pela possibilidade de imposição de uma solução dada à diferença de poder entre as partes, já que não há qualquer controle de eventual desequilíbrio de força entre os negociantes¹⁵¹.

Verifica-se, portanto, que a negociação no âmbito do Poder Público pode ser eficaz em casos mais simplórios, porém, em casos mais complexos, tende a não surtir o efeito desejado.

A mediação, por sua vez, pode ser definida como:

Um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito. [...] O mediador é um facilitador; um coordenador dos trabalhos, instigando as partes a desenvolver a dialética e a comunicação, permitindo falar sobre aquilo que não vinha sendo dito. Como terceiro imparcial, não sugere, pela corrente da mediação passiva, a tomada de decisões, ainda que tenha a percepção da melhor solução ao conflito¹⁵².

No Brasil, a mediação recebe tratamento legal particularizado, por meio da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 e que versa não só sobre a aplicação do mecanismo em controvérsias entre particulares, como também sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública¹⁵³.

A utilização da mediação em casos envolvendo a Administração Pública já é prática sedimentada no país e, inclusive, apresenta números positivos. Segundo dados publicados em setembro de 2023, a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal

¹⁵¹ GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

¹⁵² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem – Mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 93-95.

¹⁵³ A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), logo em seu artigo inaugural prevê: “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. Além disso, a Lei de Mediação destina sua Seção II especificamente ao tratamento dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações. *Vide* BRASIL. **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.

[CCAF] contabiliza 143 processos nos últimos cinco anos, em um total negociado de R\$ 278,5 bilhões¹⁵⁴.

Apesar de suas incontestáveis vantagens, as quais serão abordadas futuramente no tópico 2.4, o fato é que o procedimento de mediação, por muitas vezes, pode não ser suficiente para que as partes resolvam o conflito e reestabeçam o diálogo. Por um lado, se o conflito não for solucionado pela mediação, enseja-se de que as partes busquem a via heterocompositiva (por meio do Poder Judiciário, ou de um Tribunal Arbitral) para decidir definitivamente a questão, o que pode ocasionar atrasos no cronograma do projeto. Por outro lado, o não reestabelecimento do diálogo pode colocar em risco a continuidade do projeto, tendo em vista o indesejável desgaste na relação entre as partes e a duração de longo prazo natural às obras de infraestrutura.

De outro ângulo, a arbitragem e o Poder Judiciário se acoplam no grupo dos mecanismos heterocompositivos de solução de controvérsias. Significa dizer que, nestas modalidades, um terceiro imparcial será responsável por proferir decisão impositiva às partes, que decidirá o conflito.

Quanto ao Poder Judiciário trata-se de “solução tradicional adotada em contratos públicos para julgamento de conflitos por meio da cláusula de foro comum, a qual submete o Poder Judiciário estatal a resolução de quaisquer questões relacionadas à avença celebrada¹⁵⁵”. No entanto, dentre as opções para a cláusula de resolução de disputas nos contratos celebrados pela Administração Pública, a que versa sobre o processo estatal tende a ser a mais sensível.

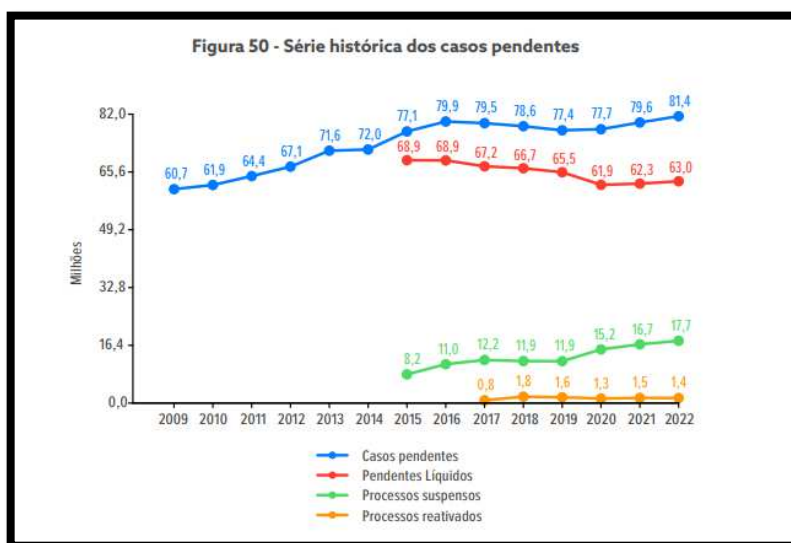
Isso porque, ao se tratar de Poder Judiciário, não há como desconsiderar os notórios e longos períodos de crise, caracterizados pela sobrecarga do sistema e a morosidade para colocar fim aos litígios. De acordo com o relatório “Justiça em Números 2023”, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça [CNJ], no ano de 2022 o Poder Judiciário encerrou as atividades com a marca de 81,4 milhões de processo em tramitação, aguardando solução definitiva¹⁵⁶. O relatório aponta que, pela primeira vez na série histórica, o volume de processos em tramitação superou os 80 milhões¹⁵⁷, o que pode ser evidenciado no gráfico abaixo:

¹⁵⁴ VALOR ECONÔMICO. **Câmara de Mediação da AGU resolveu R\$ 278 bi em litígios**. 05 set. 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/09/05/camara-de-mediacao-da-agu-resolveu-r-278-bi-em-litigios.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2023.

¹⁵⁵ JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018, p. 139.

¹⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Justiça em Números 2023**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2023, p. 92.

¹⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Justiça em Números 2023**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2023, p. 92.

Gráfico 4 - Histórico dos casos pendentes no Poder Judiciário

Fonte: Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2023¹⁵⁸.

Não bastasse o número elevado de processos identificados no gráfico acima, o CNJ, também por meio do relatório “Justiça em Números”, afere a taxa de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro. Referida taxa mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um determinado ano. Índices elevados indicam maior dificuldade de determinado tribunal em lidar com o seu “estoque” de processos. No ano de 2022, a taxa de congestionamento atingiu a média de 72%, o que indica a morosidade na solução dos conflitos¹⁵⁹.

A relação direta entre a sobrecarga excessiva de processos e a morosidade em solucioná-los é responsável por ocasionar a “crise de desempenho e a consequente perda de credibilidade” do Poder Judiciário¹⁶⁰, gerando a insatisfação social com relação à prestação jurisdicional promovida pelo Estado. Ademais, o abarrotamento de processos e a busca incessante pela melhora dos índices de produtividade releva-se um óbice ao necessário aprofundamento das questões que devem ser apreciadas pelos julgadores.

¹⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Justiça em Números 2023**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2023, p. 92.

¹⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Justiça em Números 2023**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2023, p. 115.

¹⁶⁰ WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse**. 2011. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

O resultado, evidentemente, não é animador. Demandas que se arrastam por décadas, distantes de um resultado definitivo e eficaz. Resultados que, por vezes, não refletem a profundidade e a complexidade dos casos. Ausência de julgadores especializados nos temas objetos da demanda. Atrasos nos cronogramas das obras que dependem de uma resposta jurisdicional para prosseguir. Processos que demandam alto custo e, em contrapartida, oferecem decisões de baixa eficiência.

Vale ressaltar que, conforme ensinamento de Maurício Morais Tonin, o Poder Público “é o maior usuário do serviço prestado pelo Judiciário, que é administrado pelo próprio Estado¹⁶¹”. O autor afirma que o Poder Público está em permanente conflito com administrados e contratados, “em repetitivos processos, em excesso de litigiosidade¹⁶²”, o que torna a realidade descrita ainda mais avassaladora e conduz a Administração Pública a buscar maneiras mais eficientes de gerir seus conflitos.

Nesse ínterim, ainda no âmbito dos mecanismos heterocompositivos, mas migrando para a esfera privada, está a arbitragem. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção o Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. Para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsias – que tem natureza jurisdicional, os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis¹⁶³.

No Brasil, a arbitragem é tutelada pela Lei nº 9.307/96, cuja promulgação é produto de um longo processo histórico, marcado pelo esforço da comunidade arbitral do país¹⁶⁴. O mecanismo passou da desconfiança jurídica à sua solidificação¹⁶⁵, de maneira que hoje se

¹⁶¹ TONIN, Maurício Morais. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 39-40.

¹⁶² TONIN, Maurício Morais. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 39-40.

¹⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

¹⁶⁴ Como sabor histórico, registra-se que, no Brasil, houve a tramitação de três projetos de lei sobre arbitragem, nos anos de 1981, 1986 e 1988. Nenhum deles obteve êxito. Assim nasceu a chamada Operação Arbitrer, arquitetada por Petrônio Muniz (*in memoriam*), com o objetivo de apresentar um novo projeto de lei sobre arbitragem, que dialogasse com os anseios da época, no sentido de contribuir para a impressão de celeridade e dinamicidade nos negócios. Assim, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins e Selma Lemes integraram a comissão redatora do Projeto de Lei nº 4.018/93, aprovado pelo Senado Federal e que culminou no sancionamento da Lei nº 9.307, em 23 de setembro de 1996, responsável por, enfim, sistematizar o instituto arbitral no Brasil. Para maiores detalhes sobre o histórico da Lei de Arbitragem no Brasil, consultar: MUNIZ, Petrônio. **Operação Arbitrer: a história da Lei n. 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil**. Salvador: Assembleia Legislativa, 2016.

¹⁶⁵ “Cogitações acerca de eventual inconstitucionalidade rondaram a nova lei. Assumindo posição doutrinária a esse respeito, João Roberto Egydio Piza Fontes e Fábio da Costa Azevedo, em 1999, defenderam que a arbitragem apresentava insuperáveis afrontas à Constituição Federal, pois a Lei nº 9.307/96 pretendia promover a privatização

consagra entre os principais *players* do mercado¹⁶⁶, bem como ostenta, mundialmente, o *status* de jurisdição *arbitration-friendly*¹⁶⁷.

Os motivos são inúmeros e resultados das vantagens oferecidas pela arbitragem em relação a outros mecanismos, como o Poder Judiciário. Dentre elas, se destaca a flexibilidade procedimental, que permite que as partes, em conjunto com os árbitros que elas próprias escolheram, estabeleçam modelagens que melhor adequem o mecanismo aos detalhes do caso concreto, fundamentando-se nos princípios legais, regulamentos das instituições arbitrais e até mesmo utilizando-se de *soft law*. Além disso, a celeridade do procedimento, assim como a sua confidencialidade também chamam atenção dos *players*, pois são fatores que garantem a segurança do negócio e a eficiência do mecanismo.

Entretanto, Carlos Alberto Carmona ressalta que, originariamente, a Lei de Arbitragem não tinha o escopo e a preocupação de ser um instrumento voltado ao Estado e às suas vicissitudes, de modo que, em seu texto legal original, sequer havia a previsão de arbitragem envolvendo a Administração Pública e seus interesses¹⁶⁸. Ocorre que, segundo Carmona, diante da crise do Judiciário e do estímulo do Código de Processo Civil para a adoção de um sistema multiportas de solução de litígios, o Estado “não poderia ficar imune a esta tendência, de modo

da justiça em ‘atentatória forma de exercício da jurisdição por agentes privados’. [...] Tão logo a Lei de Arbitragem entrou em vigor, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a manifestar-se sobre a constitucionalidade do texto legal, mais precisamente sobre a eficácia da cláusula compromissória, no processo de Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206/ES. Colocando fim ao debate, no ano de 2001, a Corte Suprema, por maioria de votos e em decisão histórica, decidiu pela constitucionalidade da lei. [...] Superados tais obstáculos, o fato é que a utilização da arbitragem no Brasil, especialmente depois de o STF afastar os questionamentos de sua inconstitucionalidade, foi alavancada” *vide*: BADDAUY, Letícia de Souza; PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes. Artigo 43 - Vacatio Legis. *In*: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (org.). **Lei de Arbitragem Comentada**: Lei nº 9.307/1996. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 449-454, p. 451.

¹⁶⁶ Segundo dados da International Chamber of Commerce [ICC], uma das mais renomadas e relevantes instituições arbitrais do mundo, com sede em Paris e representação em São Paulo, o Brasil, no ano de 2020, passou de terceiro para segundo lugar no *ranking* mundial do uso de arbitragem administrada pela ICC, ficando atrás apenas dos Estados Unidos. O *ranking* foi composto por cento e quarenta e três países. Com a segunda posição, o Brasil ficou na frente de países como México e China, o que demonstra sobremaneira a sua relevância no cenário arbitral internacional. *Vide*: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE [ICC]. **ICC Dispute Resolution Statistics: 2020**. 3 ago. 2021. Disponível em: https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-dispute-resolution-statistics-2020/?_cldee=c2FyYS5jYXN0cm9AaWNjLXBvcnRlZ2FsLm. Acesso em: 19 nov. 2023.

¹⁶⁷ Jurisdição “*arbitration-friendly*” é aquela que, por meio de seus tribunais, promova um ambiente seguro e favorável à arbitragem. No Brasil, considera-se a jurisdição “*arbitration-friendly*”. MONTEIRO, André Luis; FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson. Is Brazil an Arbitration-Friendly Jurisdiction? **Kluwer Arbitration Blog**, 06 jan. 2019. Disponível em: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/06/is-brazil-an-arbitration-friendly-jurisdiction/#:~:text=In%20Brazil%2C%20courts%20are%20not,arbitral%20awards%20on%20the%20merits.&text=Brazil%20ratified%20the%201958%20New,awards%20made%20in%20another%20State>). Acesso em: 19 nov. 2023.

¹⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, a. 13, n. 51, p. 07-21, jul./ago./set. 2016, p. 8.

que precisa se preparar para participar de todos estes novos mecanismos, entre os quais avulta a arbitragem¹⁶⁹”.

Assim, em síntese, sobreveio a Lei nº 13.129/2015, responsável por alterar a Lei de Arbitragem e, dentre outros aspectos, permitir expressamente a utilização do mecanismo pela Administração Pública¹⁷⁰. Para Maurício Morains Tonin, “a arbitragem garante ao setor público e a seus parceiros privados, especialmente aos investidores estrangeiros, maior segurança jurídica, bem como tecnicidade das decisões e celeridade exigida pelos mercados regulados¹⁷¹”.

Atualmente, a arbitragem na Administração Pública é solidificada no país. Segundo estatísticas apresentadas pela pesquisa “Arbitragem em Números”¹⁷², na edição publicada em 2023, aproximadamente 11% de todas as arbitragens entrantes, nas instituições privadas do Brasil participaram da pesquisa, tiveram a Administração Pública Direta ou Indireta como parte. Em comparação com o ano de 2021, constatou-se o aumento de 2,3% de novas arbitragens envolvendo a Administração Pública¹⁷³.

Os números são ainda mais impactantes se for considerado “exclusivamente o universo das arbitragens em que a Administração Pública Direta e Indireta foi parte”. Em 2021,

¹⁶⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, a. 13, n. 51, p. 07-21, jul./ago./set. 2016, p. 8.

¹⁷⁰ Lei Federal nº 9.307/96, alterada pela Lei nº 13.129/2015 | Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir litígios 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. [...] Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...] § 3º. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. *Vide* BRASIL. **Lei nº 9.307, de 26 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis. Acesso em: 19 nov. 2023.

¹⁷¹ TONIN, Maurício Morais. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 246.

¹⁷² Realizada anualmente, a pesquisa “Arbitragem em Números” é organizada por Selma Lemes, com auxílio de Vera Barros e Bruno Hellmeister. O objetivo é “ser uma pequena radiografia do que ocorre no cenário da arbitragem aplicada em Câmaras localizadas em grandes centros brasileiros. Ressalte-se que os valores e números indicados não se referem à totalidade das arbitragens processadas no Brasil, pois há arbitragens em outras Câmaras de Arbitragem e arbitragens *ad hoc* (quando não há a utilização dos serviços de instituições que administram procedimentos arbitrais). Nesta edição, publicada em 2023, a pesquisa realizou o levantamento de dados referente ao período compreendido entre 2021 e 2022, das seguintes instituições: Centro de Arbitragem da AMCHAM-BRASIL, Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP), Câmara de Arbitragem do Mercado-B3 (CAM-Mercado), Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV), Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB). *Vide* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números**. 2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/Arbitragem-em-Numeros-2023-VF.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

¹⁷³ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números**. 2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/Arbitragem-em-Numeros-2023-VF.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

contabilizaram-se 27 casos e, em 2022, foram 36. Isto resulta em um aumento de 33%. Para Selma Lemes, organizadora da pesquisa:

Esse aumento expressivo de arbitragens no setor público se deve à confiança na utilização do instituto, com a inserção de cláusulas compromissórias nos contratos públicos, ou por meio de compromisso arbitral posterior, especialmente considerando a economia nos custos de transação, a legislação vigente e o alto grau de aperfeiçoamento dos advogados da Administração Pública. Há interesse da Administração Pública em que os conflitos oriundos de contratos públicos referentes à infraestrutura nacional (contratos de Concessões, Parcerias Público-Privadas, Parcerias de Investimentos), nos setores de aeroportos, estradas, comunicações, etc. sejam resolvidos mais rapidamente. Também integram essas prioridades as disputas em matérias societárias e de investimentos com a participação da Administração Pública Direta e Indireta¹⁷⁴.

Em que pese tais vantagens e a solidificação do instituto arbitral no âmbito da Administração Pública, é importante que se diga que a arbitragem, assim como os demais mecanismos de solução de controvérsias, não pretende figurar como a panaceia no contexto da gestão de conflitos.

Na realidade, o que se verifica é que, no Brasil, “o exercício da administração contratual está diretamente relacionado à produção de provas para uso posterior em arbitragens ou em processos judiciais¹⁷⁵”. Estas práticas, no entanto, ao invés de promoverem a cooperação entre as partes e alimentar o ânimo de negociações, acabam por inseri-las em um ambiente adversarial, colocando-as como integrantes de uma guerrilha, quando, em verdade, deveriam agir em parceria¹⁷⁶.

No cenário dos contratos administrativos de infraestrutura, a instauração de um procedimento arbitral, assim como o ajuizamento de uma demanda judicial, pode ocasionar a paralisação da obra ou o atraso do cronograma de sua execução, até que haja uma decisão definitiva sobre a matéria da controvérsia. De igual forma, por se tratar de um mecanismo adversarial, a relação entre as partes, que perdurará por anos, pode restar prejudicada e até mesmo servir como tempero para o aumento de disputas.

¹⁷⁴ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números**. 2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/Arbitragem-em-Numeros-2023-VF.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

¹⁷⁵ POLI, Maria Juliana Candal; IERI, Marlon Shigueru Ushiro. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 435-457, p. 444.

¹⁷⁶ POLI, Maria Juliana Candal; IERI, Marlon Shigueru Ushiro. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 435-457, p. 444.

Em outras palavras, o formato de administração contratual que é costumeiramente aplicado, muito longe de promover soluções, conduz os contratos à ineficiência e aos custos exorbitantes. Enseja-se, portanto, atribuir novas roupagens à administração contratual, para promover a cooperação entre as partes e privilegiar a finalidade do projeto, qual seja: “a conclusão da obra e alocação justa e eficiente de recursos, riscos e resultados¹⁷⁷”.

Mais do que isso, é preciso romper o gargalo no que tange à necessidade de um mecanismo de gestão que, a um só tempo, seja capaz de imprimir dinamicidade à execução contratual, bem como promover o tratamento adequado aos conflitos advindos dos contratos administrativos, reforçando o necessário ambiente de cooperação entre as partes. Um instrumento que seja capaz de se diferenciar na forma de administrar e gerir os contratos públicos.

Logo, o terreno se torna fértil para o estudo aprofundado do *dispute board*, mecanismo que ganha cada vez mais relevância internacional e nacionalmente, em razão da sua proposta de prevenir conflitos, por meio de uma gestão contratual em tempo real e cooperativa, diferenciando-se dos demais mecanismos, pelo que enseja análise minuciosa, a ser realizada no capítulo seguinte.

¹⁷⁷ POLI, Maria Juliana Candal; IERI, Marlon Shigueru Ushiro. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 435-457, p. 445.

2 DISPUTE BOARDS: PRINCIPAIS ASPECTOS CONCEITUAIS E PRÁTICOS

Neste capítulo, as cortinas se abrem para a apresentação dos *dispute boards*, enquanto mecanismo de gestão contratual e de conflitos, com ênfase ao seu viés preventivo de controvérsias. Por tal razão, inicia-se o estudo por meio do delineamento da cronologia histórica, em âmbito internacional, que deu origem aos *boards*.

Após, serão examinados os seus aspectos conceituais, por meio da abordagem doutrinária nacional e internacional acerca do tema, a fim de possibilitar um recorte de conceituação a ser adotado neste trabalho. A partir disso, serão apresentadas as principais características dos *dispute boards*, privilegiando as modalidades de sua atuação, a natureza jurídica do mecanismo e seus principais aspectos de ordem prática.

Estabelecidas as premissas teóricas e práticas, indispensáveis à compreensão dos DBs, o quarto tópico será destinado a um breve comparativo entre o mecanismo ora estudado e a miríade de soluções à disposição das partes e, mais precisamente, da Administração Pública, a saber: a negociação, a mediação e a arbitragem.

Por fim, com o arcabouço a respeito dos DBs devidamente estruturado, será alvo de análise a trajetória do mecanismo em solo brasileiro, o que compreende as suas primeiras utilizações práticas pelo Poder Público, a formação de jurisprudência a respeito e, finalmente, a incorporação do mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 PRESSÁGIOS DE NOVOS RUMOS NO ÂMBITO DA GESTÃO CONTRATUAL E DE CONFLITOS: A CRONOLOGIA INTERNACIONAL QUE ORIGINOU OS *DISPUTE BOARDS*

Como já se evidenciou, os projetos de infraestrutura, aqui consubstanciados pela construção civil, fazem parte do ideário nacional. É por meio de tais projetos, e do papel de engenheiros, arquitetos e empreiteiros, que se constroem as cidades, os monumentos, as pontes e, sobretudo, parte da cultura e da identidade dos Estados.

Tamanha sua importância que não se torna espantoso afirmar que os *dispute boards* foram concebidos justamente para atender os anseios da indústria da construção civil¹⁷⁸ e muito tem a agregar nesse contexto.

¹⁷⁸ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37.

Para melhor compreender a dinâmica por trás dos *dispute boards*, necessário se faz tecer algumas observações sobre a historicidade do instituto. Por isso, torna-se preciso transportar o leitor para a década de 1940, no mesmo ambiente marcado pelas construções civis.

Isso porque, como aponta Arnold Wald¹⁷⁹, até a década de 40 os contratos de construção civil possuíam estruturas mais simples, contemplando cadeias de fornecimento limitadas. Consequentemente, não se verificava uma preocupação latente com o desenvolvimento de mecanismos complexos para a solução de disputas decorrentes das obras. Em termos mais simplórios, as partes envolvidas eram satisfatoriamente atendidas por negociações, ou até mesmo por decisões dos próprios engenheiros e arquitetos responsáveis pela obra¹⁸⁰.

Muito embora este tipo de solução fosse suficiente para atender às necessidades da época, já se desenhava, ali, certo desequilíbrio, pois, como também elucida Wald, o engenheiro, geralmente contratado pelo dono da obra, era responsável por resolver as controvérsias, especialmente aquelas surgidas com os empreiteiros¹⁸¹, o que ocasionava nítido conflito de interesses e sobreposição de uma parte em detrimento da outra¹⁸².

Foi apenas a partir da década de 50 que a situação ganhou novos contornos. Impende rememorar que a Segunda Guerra Mundial, que durou entre os anos de 1939 e 1945, deixou severas consequências nos mais diversos âmbitos da sociedade. Além das milhões de vidas ceifadas¹⁸³, a infraestrutura, em nível global, transformou-se em escombros¹⁸⁴, ensejando o início de um profundo processo de reconstrução.

¹⁷⁹ WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140.

¹⁸⁰ WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140.

¹⁸¹ WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140; DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

¹⁸³ Segundo a Organização das Nações Unidas [ONU], estima-se que mais de quarenta milhões de civis e cerca de vinte milhões de soldados perderam a vida durante a Segunda Guerra Mundial. *Vide* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial. **Notícias**, 10 de maio de 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/126610-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-lembram-os-mortos-da-segunda-guerra-mundial#:~:text=Schneider%20FUN%20Photo-,O%20%C3%BAltimo%20final%20de%20semana%20marcou%20o%20Tempo%20de%20Recorda%C3%A7%C3%A3o,russos%20tamb%C3%A9m%20perderam%20a%20vida>. Acesso em: 06 nov. 2023.

¹⁸⁴ Com relação à infraestrutura, estima-se que 50% das construções das cidades com mais de cem mil habitantes foi destruída ou danificada. *Vide* LIMA, Mario Afonso Massiere y Correa de Moraes. Dos escombros à liderança: a reconstrução alemã no pós-guerra e suas bases econômicas para as décadas seguintes. **Revista Neiba**, Cadernos Argentina-Brasil, n. 7, v. 1, p. 1-10, 2018, p. 3. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/neiba/article/view/41011/28493>. Acesso em: 06 nov. 2023.

A partir dali, o mundo assistiu e experimentou a uma mudança de paradigma tanto no direito, quanto na sociologia, na economia e, é claro, no âmbito da construção civil.

Com o mundo todo a ser reconstruído, na década de 50 os projetos de construção se tornaram maiores e mais complexos¹⁸⁵. Em aspecto mais amplo, a indústria da construção civil tornou-se mais competitiva¹⁸⁶¹⁸⁷. Isso se justifica ao passo em que os contratos, antes simplificados, passaram a receber estruturas mais sofisticadas; os engenheiros, antes imersos apenas nos processos técnicos da construção, passaram a ter de se preocupar, também, com as novas exigências socioeconômicas, ambientais, governamentais e de interesse público¹⁸⁸.

A soma de tais fatores acabava por comprometer a estabilidade financeira das construtoras, já que, para garantir boa posição dentro da competitividade do mercado, era preciso trabalhar com margens de lucro baixas e, ainda, bancar o auxílio permanente de advogados e consultores para auxiliá-los nesse novo espectro de exigências¹⁸⁹.

Em decorrência disso, Arnold Wald destaca:

Diante desse novo cenário, os problemas oriundos dos contratos de construção também se tornaram mais complexos. Os conhecimentos técnicos dos engenheiros e dos arquitetos, que antes bastavam para a resolução dos problemas, se mostraram insuficientes, diante da nova gama de matérias a serem enfrentadas, e a contribuição de profissionais de outras áreas se fez cada vez mais necessária. As relações na indústria da construção se tornaram mais sensíveis, e novas formas de resolução de disputas tiveram que ser encontradas¹⁹⁰.

Ou seja, as mudanças sociais e estruturais ocorridas no cenário pós-Guerra faziam jus a mecanismos de solução de controvérsias mais eficientes, capazes de atender aos novos anseios da indústria.

Afinal, o Poder Judiciário, já naquela época, apresentava indícios de crise em razão do abarrotamento de processos, da morosidade, de seu alto custo e da ausência de especialização

¹⁸⁵ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 57.

¹⁸⁶ WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140.

¹⁸⁷ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 11.

¹⁸⁸ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 11; MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 57.

¹⁸⁹ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

¹⁹⁰ WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140.

técnica em demandas complexas por parte dos julgadores¹⁹¹. De igual forma, a arbitragem, embora apresentasse grandes vantagens em comparação ao processo judicial e fosse comumente utilizada à época, também demandava alto custo e ocasionava, não raras as vezes, a paralisação da obra. Acresce-se, ainda, que pelo fato de ser, arbitragem e processo estatal, mecanismos adversariais, há o óbice causado pela inviabilidade de manutenção de uma boa relação entre as partes para a continuidade dos negócios¹⁹².

Além dos motivos elencados, Fernando Marcondes enfatiza que, no Reino Unido e refletindo em toda a comunidade internacional da construção, a busca por novos mecanismos de solução de conflitos também se dava em razão da preocupação com a ambiguidade do papel do engenheiro consultor, por se tratar de figura que decidia as disputas surgidas dos contratos, mas, ao mesmo tempo, ser contratado pelo dono da obra, bem como integrar diretamente as controvérsias, o que gerava uma insatisfação e desconfiança dos *players*¹⁹³.

Para Kleber Zanchim e Rafael Alves, todos esses desafios delineados no âmbito da resolução de disputas foram potencializados por “[...] um novo cenário de complexidade e aumento de custos nos contratos de infraestrutura, que acabou abrindo as portas para mecanismos em tese mais eficientes de composição¹⁹⁴”.

Foi em meio a tais circunstâncias que, em 1960, se concebeu a experiência embrionária do mecanismo que mais tarde viria a ser denominado *dispute boards*¹⁹⁵. Durante a construção da barragem hidrelétrica *Boundary Dam*, em Washington (Estados Unidos), um grupo de profissionais técnicos, a pedido das partes envolvidas no projeto, formaram uma “junta técnica consultiva” (denominada *Joint Consulting Board*), a fim de que acompanhassem a execução da obra e emitissem decisões não vinculantes sobre controvérsias que eventualmente pudessem surgir¹⁹⁶.

¹⁹¹ WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140.

¹⁹² SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37; WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 11.

¹⁹³ MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 128.

¹⁹⁴ ZANCHIM, Kleber; ALVES, Rafael. Dispute Boards e Projetos de Infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando. **O Direito da Construção no ambiente internacional: contribuições para a consolidação de uma *lex constructionis***. São Paulo: Almedina, 2019, p.344.

¹⁹⁵CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 11.

¹⁹⁶CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 11; SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute**

Na ocasião, a junta consultiva composta por profissionais técnicos apresentou bom funcionamento e a construção da *Boundary Dam* foi considerada exitosa¹⁹⁷. Inclusive, sequer houve registro de litígios posteriores à construção, pois todos foram solucionados durante a vigência contratual¹⁹⁸. Em conjunto, esses dois fatores contribuíram para que o mecanismo, em seu estado embrionário, começasse a ganhar contornos mais concretos.

Anos mais tarde, em 1972, o *U.S. National Committee on Tunneling Technology* desenvolveu um estudo com o objetivo de refinar as práticas de contratação adotadas nos contratos de construções subterrâneas, identificando as consequências, dificuldades e efeitos adversos ocasionados por litígios surgidos nesse ambiente¹⁹⁹.

Com os resultados obtidos, foi publicado um relatório, no ano de 1974, intitulado *Better Contracting for Underground Construction*, o qual analisou a experiência satisfatória ocorrida anos antes na construção da *Boundary Dam* e recomendou a adoção de comitês neutros para a gestão dos contratos de construção civil²⁰⁰. Assim, o ideário dos *dispute boards* deixou para trás as células embrionárias que o revestia e foi tomado por uma estrutura robusta, capaz de sofisticar e dinamizar a gestão de obras complexas.

Tanto é assim que no ano de 1975, sob a influência dos estudos realizados pelo *National Committee on Tunneling Technology*, assistiu-se ao primeiro registro oficial de aplicação do *dispute board*. Na ocasião, houve a formação de um comitê de revisão de disputas²⁰¹, para acompanhar a execução do contrato responsável pela construção da segunda parte do *Eisenhower Tunnel*, no Colorado, Estados Unidos²⁰².

Boards: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37; DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputa (Dispute Boards) nos Contratos da Administração Pública.** São Paulo: Almedina, 2022, p. 31.

¹⁹⁷SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações.** São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37.

¹⁹⁸MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas.** São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 59.

¹⁹⁹DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual.** 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

²⁰⁰SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações.** São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37.

²⁰¹Felipe Varela Mello ressalta que o comitê foi formado em sua modalidade de revisão, em razão de obstáculos legislativos locais da época, que vedavam uso de formas vinculantes de solução de disputas e, por isso, o comitê se limitava a proferir recomendações sem caráter vinculante e assistências informais. *Vide:* MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas.** São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 59.

²⁰²DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual.** 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023; WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 140; VAZ, Gilberto. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 165-171, jul./set. 2006, p. 167.

Dessa vez, em caráter oficial, foi possível comprovar a potencialidade dos *dispute boards*, que contribuiu para o sucesso da obra. Mais uma vez, o fluxo contratual pôde seguir livremente, sem que houvesse litígios posteriores ao projeto²⁰³. É por esta razão que a *Dispute Resolution Board Foundation* enfatiza os detalhes do caso:

Comparado com os processos anteriores de resolução de litígios, o procedimento de *dispute board* foi um sucesso esmagador. O Conselho tratou de três disputas significativas, ainda assim a relação proprietário-empreiteiro permaneceu cordial durante o período de construção e todas as partes ficaram satisfeitas com o tempo e o custo final do projeto²⁰⁴.

Não por acaso, o projeto *Eisenhower* se tornou exemplo de sucesso, apto a inspirar a gestão contratual e de conflitos em outros projetos, e primordial para o impulsionamento das vantagens do *dispute board* a nível global²⁰⁵, não estando restrito aos Estados Unidos.

A magnitude territorial, inclusive, não tardou a se ampliar. Em 1980, aproximadamente cinco anos após o bem-sucedido projeto *Eisenhower*, foi a vez dos *dispute boards* ser utilizados para a construção da barragem e usina hidrelétrica Francisco Morazán – *El Cahon*, em Honduras, considerada uma das maiores obras da América Latina²⁰⁶. Mais uma vez, o *dispute boards* demonstrou a sua potencialidade, visto que todos os conflitos surgidos ao longo da construção foram solucionados amigavelmente e, após o encerramento do contrato, não restou nenhuma pendência a ser resolvida, seja pela via judicial, seja pela via arbitral²⁰⁷.

O caso ainda ficou marcado por se tratar da primeira experiência de financiamento do Banco Mundial com o uso da cláusula de *dispute boards*²⁰⁸. Segundo narra Cyril Chern, o financiamento da obra pelo Banco Mundial se deu, sobretudo, pelos esforços empenhados pelo norte-americano Al Mathews que, em razão de sua experiência com o mecanismo, garantiu que o DB poderia ser importante para gerir eventuais controvérsias que surgissem no decorrer da execução contratual²⁰⁹.

²⁰³ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas**. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 59.

²⁰⁴ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023. Tradução nossa.

²⁰⁵ CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 11.

²⁰⁶ CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 11.

²⁰⁷ SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, n. 3, a. 2, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 106-107. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

²⁰⁸ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 12.

²⁰⁹ CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 11.

Diante da repercussão positiva do caso, Fernando Marcondes enfatiza que, desde então, Honduras passou a utilizar o *dispute boards* com frequência, apontando que, até o ano de 1999, o país havia formado mais de 400 (quatrocentos) painéis e solucionado mais de mil controvérsias pelo *board*²¹⁰.

Com o embalo das experiências positivas do *dispute board* em grandes – e importantes – obras, dentro e fora dos Estados Unidos, o mecanismo passou, rapidamente, a ser adotado em diversos outros projetos de infraestrutura, voltados à construção civil, ao redor do mundo. Nos anos 90, por exemplo, os DBs foram adotados no projeto do aeroporto internacional de Hong Kong (China)²¹¹, no Eurotúnel no Canal da Mancha (Reino Unido/França)²¹² e na Hidrelétrica Ertan, também na China²¹³²¹⁴.

As exitosas experiências iniciais dos *dispute boards* logo se transformavam em entusiasmo com esse mecanismo que, aos poucos, deixava de ser apenas promissor para ser, de fato, efetivo. A possibilidade dos *dispute boards* promoverem uma gestão dinâmica aos contratos complexos de infraestrutura, e de evitarem que as controvérsias originassem posteriores processos judiciais ou arbitrais, logo saltou aos olhos de instituições financeiras, como o Banco Mundial e a Federação Internacional de Engenheiros Consultores [FIDIC].

Sob a ótica de tais instituições, a previsão dos *dispute boards* nos contratos por elas financiados resultaria na minimização dos riscos do negócio e na promoção de segurança ao mercado, de maneira que ambas passaram a recomendar o uso do mecanismo²¹⁵.

²¹⁰ MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017, p. 107.

²¹¹ O Aeroporto Internacional de Hong Kong foi oficialmente inaugurado no ano de 1998. Segundo Cyril Cherm, trata-se de um dos maiores projetos da indústria de infraestrutura, envolvendo mais de quinze bilhões de dólares e mais de 220 contratos de construção civil envolvidos. Neste caso, o *dispute boards* foi composto por seis membros e um profissional específico para analisar os contratos principais, de maneira que permitiu a conclusão da obra. *Vide*: CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 59.

²¹² Arnoldo Wald relembra que a construção do Eurotúnel, no Canal da Mancha, ficou reconhecida pelas dificuldades técnicas e financeiras envolvidas na construção, tendo em vista a magnitude da obra – debaixo do Canal da Mancha – e a falta de previsão de custos. Além disso, o projeto não havia previsto, com antecedência, o cumprimento de determinadas exigências governamentais quanto à segurança. Por isso, a utilização do *dispute boards* foi um sucesso e o mecanismo, inclusive, permitiu que os prazos fossem respeitados. *Vide*: WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 141.

²¹³ Com relação à Hidrelétrica Ertan, na China, a experiência foi igualmente positiva. A complexidade da obra, por se tratar de uma hidrelétrica subterrânea, pôde ser bem executada com o respaldo dos *dispute boards*, pois aproximadamente quarenta conflitos foram solucionados pelo *board* durante a obra, de maneira que nenhum de seus aspectos precisou ser, posteriormente, levado à arbitragem ou ao juízo estatal. *Vide*: CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 56

²¹⁴ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

²¹⁵ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas**. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 61; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. *In*: FIGUEIREDO, Augusto Barros de;

Em linhas breves, com relação ao Banco Mundial, os *dispute boards*, no início dos anos 90, já eram sugeridos e apreciados pela instituição. Após o sucesso do projeto *El Cajon*, mais precisamente no ano de 1995, o Banco Mundial, em edição atualizada do documento intitulado “*Procurement of Works*”, previu, expressamente, a utilização obrigatória dos *dispute boards* nos contratos financiados pela entidade.

Já a respeito dos contratos FIDIC, Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto e Ricardo Medina Salla explicam:

Nos contratos FIDIC, disponibilizou-se, no ano de 1995, um conjunto de condições especiais aplicáveis aos contratos do tipo ‘design-build’, que trouxe, pela primeira vez, a determinação de que as disputas deveriam ser submetidas a um *dispute adjudication board* ou a um *dispute adjudication expert*. Finalmente, em 1999, o FIDIC revisou suas várias formas de contrato e, nesta nova edição, o *dispute board* foi incluído como o principal meio de saneamento de disputas. Em seu modelo ‘*Conditions of Contract for Construction*’, comumente conhecido como ‘*Red Book*’, estabeleceu-se que o *dispute board* deveria ser constituído desde o início da execução do contrato. Por sua vez, nos modelos ‘*Condition of Contract for Plant and Design-Build*’, ou ‘*Yellow Book*’ e o ‘*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*’. ou ‘*Silver Book*’, incluiu-se como regra a constituição diferida do *dispute board*, ou seja, o comitê somente seria formado quando uma disputa real surgisse e demandasse a intervenção de terceiros para deslindá-la²¹⁶.

Seguindo o fluxo, no ano de 1997, foi a vez do Banco Asiático de Desenvolvimento e o Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento adotarem os *dispute boards* nos projetos por eles financiados²¹⁷, corroborando o crescimento do mecanismo e o próspero caminho percorrido na cronologia dos fatos.

Paralelamente a todo esse crescimento, em 1996 foi criada a *Dispute Resolution Board Foundation* [DRBF], organização sem fins lucrativos, sediada em Seattle (Estados Unidos), que visa propagar o uso dos DBs e servir como fonte de informação e incentivo ao mecanismo. Além disso, a organização é responsável por fornecer um manual que aborda a teoria e a prática dos DB, com ênfase nos dados estatísticos coletados dos procedimentos mundialmente realizados, aspecto que auxilia os *players* a empregarem condutas e técnicas mais eficientes.

SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 38.

²¹⁶ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 39.

²¹⁷ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

Não bastasse, câmaras arbitrais do mundo todo passaram a incorporar o *dispute boards* no rol de mecanismos cuja administração é realizada por tais instituições²¹⁸.

Evidentemente, tamanho sucesso não poderia ficar longe do solo brasileiro. No ano de 2004, iniciou-se a primeira experiência brasileira com os *dispute boards*, utilizados para a construção da Linha Amarela do metrô da capital metropolitana São Paulo, obra financiada pelo Banco Mundial. Por se tratar de um caminho bastante específico, esta experiência será melhor abordada no tópico 2.6 após a apresentação dos demais aspectos teóricos e práticos dos DBs.

De qualquer maneira, revisitando a história por trás dos *Dispute Boards* é possível concluir que o mecanismo é resultado das necessidades, inicialmente, do setor de construção civil. Contudo, diante de suas vantagens, logo passou pela aceitação de diversos outros setores e se propagou pelo mundo, sobretudo em razão de promover uma melhor (e mais eficiente) gestão contratual e dos conflitos. Assim, uma vez delineada a historicidade do instituto, é hora de atribuir tecnicidade à discussão, por meio da delimitação de seu conceito e de suas características principais.

2.2 DISPUTE BOARDS COMO MECANISMO DE GOVERNANÇA CONTRATUAL E GESTÃO DE CONFLITOS: NOTAS SOBRE SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS

Foram as necessidades e os anseios do setor da construção civil responsáveis por gerar e acompanhar o crescimento, do até então embrionário, inovador mecanismo de gestão contratual e solução de disputas.

“*Dispute boards*”, “*dispute resolution board*”, “*dispute settlement panel*” são algumas das nomenclaturas²¹⁹, encontradas tanto na literatura nacional, quanto na literatura internacional, para se referir a esse novo mecanismo. No Brasil, comumente denomina-se “Junta de Conflitos”, “Comitê de Resolução de Controvérsias”, “Comitê de Resolução de Disputas”, “Conselho de Conflito”, em tradução às expressões de língua inglesa²²⁰. Inclusive, a ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Ellen Gracie Northfleet, ao prefaciá-la obra voltada aos *dispute boards*, sugere que a nomenclatura brasileira ao mecanismo não faça

²¹⁸ No Brasil, todas as mais importantes instituições arbitrais incorporaram os DB em seus regulamentos e em seu rol de procedimentos à disposição dos *players*. É o caso do Centro de Arbitragem e Mediação – CAM CCBC e da CAMARB, por exemplo. Internacionalmente, a Câmara de Comércio e Indústria de Paris e a International Chamber of Commerce [ICC] são referências na área.

²¹⁹ Citam-se apenas algumas das nomenclaturas, a título de exemplo, reconhecendo-se, contudo, que diversas outras podem também ser (ou vir a ser) utilizadas para o mesmo fim. Isto é, ao citar tais exemplos reconhecidos mundialmente não se pretende esgotar, nem mesmo propor taxatividade, às possibilidades.

²²⁰ A Lei nº 14.133/2021, que instituiu a nova “Lei de Licitações e Contratos Administrativos” trouxe a nomenclatura “Comitê de Resolução de Disputas”.

referência à noção de disputa ou de conflito, mas, sim, à de solução, pelo que propõe a utilização do termo “Comitês de Solução²²¹”.

Para Felipe Varela Mello, são diversos os fatores que influenciam na denominação adotada para se referir ao mecanismo, apontando, como exemplo, aspectos da cultura local, da língua do país, da linguagem instituída para o âmbito da gestão de conflitos em cada localidade, entre outros²²². Complementando este raciocínio, entende-se que a adaptação do termo para as especificidades locais é fator importante para que a utilização dos DBs seja propagada.

Nesse sentido, muito embora se reconheça a importância da diversidade de denominações, adota-se, neste trabalho, a nomenclatura clássica²²³ *dispute boards*, entendendo – e eventualmente adotando - todas as demais como sinônimos, a fim de facilitar a compreensão de suas características gerais.

Uma vez traçadas as premissas sobre a denominação, deve-se voltar os olhos para a conceituação dos *dispute boards*, a fim de entendê-lo sob a perspectiva técnico-jurídica. Inicia-se pela afirmação clássica de que o *dispute board* é, acima de tudo, uma “criatura do contrato²²⁴”.

Tal afirmação é categórica e bastante utilizada pelos estudiosos da área para definir o mecanismo. Isso porque é por meio de uma cláusula específica, disposta em contrato, que as partes, em pleno exercício de sua autonomia de vontade, pactuam sobre a formação e sobre o funcionamento do *dispute board* como mecanismo de prevenção e solução de controvérsias²²⁵.

Decorrente disto, tem-se que o *dispute board* é um mecanismo de solução e prevenção de conflitos, restrito ao âmbito contratual, por meio do qual as partes escolhem profissionais imparciais, de sua confiança e com especialização na matéria do litígio, para que acompanhem o contrato em tempo real e resolvam as controvérsias que eventualmente surjam no decorrer de

²²¹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Prefácio. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 25.

²²² MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 66-67.

²²³ Entende-se como denominação clássica, tendo em vista ser aquela adotada por Cyril Chern na obra “Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure”, reconhecidamente a mais significativa, em âmbito internacional, a respeito do tema. De igual forma, essa também é a nomenclatura utilizada pelo Dispute Resolution Board Foundation [DRBF] em seu manual de boas práticas procedimentais. *Vide*: CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards**: Practice and Procedure. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015; DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

²²⁴ CHAPMAN, Peter H. J. The Use Of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects. **The Turkish Commercial Law Review**, v. 1, n. 3, oct. 2015, p. 220. Disponível em: http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR_3-web-051.odf. Acesso em: 03 jul. 2023.

²²⁵ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 19.

sua execução. O objetivo é que o contrato seja plenamente executado e chegue ao final sem deixar rastros de pendências, promovendo-lhe menor onerosidade²²⁶.

De maneira pragmática, o *Dispute Resolution Board Foundation* [DRBF] estabelece que o *dispute board* pode ser definido como um comitê composto por profissionais experientes e imparciais, constituído no início de um projeto para acompanhar sua execução, auxiliando os contratantes nos impasses que eventualmente surjam, bem como encorajando-os a evitar os conflitos e, quando não for possível, assistindo-os na respectiva solução, para torná-la definitiva²²⁷.

Gilberto José Vaz, em uma definição bastante difundida na literatura técnica brasileira, define o *dispute board* como sendo:

Uma junta de profissionais capacitados e imparciais formada, em geral, no início de um contrato para acompanhar seu progresso e resolver disputas que, eventualmente, venham a surgir ao longo de sua execução. Essa junta emite recomendações e/ou decisões em face de disputas que são a ela submetidas, apresentando-se, com cada modelo de Dispute Board adotado, uma equação diferenciada pela obrigatoriedade das partes²²⁸.

Ainda na linha de propostas de conceituações mais didáticas, Arnaldo Wald entende que:

Os dispute boards (DB) 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, trazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhe foram outorgados pelas partes²²⁹.

Vale destacar, também, a definição proposta por Suzane de França Ribeiro e Tânia Lobo Muniz, no sentido de que:

O *Dispute Board* é um método consensual de solução de conflitos entre as partes, admitido em contratos de execução não imediata, consubstanciado por

²²⁶ RIBEIRO, Suzane de França. **Dispute Board sobre a perspectiva contratual: da *lex constructionis* à legislação brasileira.** Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2020, p. 44-45.

²²⁷ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual.** 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

²²⁸ VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os *dispute boards* no direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo, v. 3, n. 10, p. 140-173, 2006, p. 166.

²²⁹ WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação,** São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

um comitê, formado por um ou mais especialistas independentes, escolhidos pelos contratantes, no sentido de acompanhar a execução do contrato²³⁰.

É certo que a historicidade do *dispute board* tenha contribuído para que sua aplicação se dê majoritariamente no âmbito dos contratos de infraestrutura, sobretudo naqueles que versam sobre construção civil. Afinal, foi nesse ambiente que o mecanismo foi concebido e a ele se atrela de maneira bastante eficaz. Também é em tal cenário que o presente trabalho se estrutura.

No entanto, é importante ressaltar que as funcionalidades do DB logo fizeram com que o mecanismo expandisse sua atuação e ganhasse destaque em outros setores que, assim como a construção civil e a infraestrutura, também lançassem mão de contratos complexos e de longa duração. É por esta razão que o *dispute board* possui cada vez mais relevância no âmbito do agronegócio e em disputas societárias, por exemplo^{231 232}.

Embora as definições apresentadas sejam suficientes para a compreensão geral dos DBs, é preciso distanciar-se da superfície para alcançar pontos mais aprofundados sobre o mecanismo, em que se fixam seus verdadeiros diferenciais em comparação aos demais mecanismos (como o processo estatal, a mediação, a negociação e a arbitragem) à disposição dos *players*.

Para tanto, Igor Gimenes Alvarenga Domingues²³³ ressalta o diferencial do mecanismo, qual seja, sua utilização enquanto instrumento de governança contratual. Para o autor, o *dispute boards* não deve ser encarado como um mero método extrajudicial de solução de conflitos, pois seu objetivo principal é diminuir o risco de que as divergências dos contratantes criem óbices

²³⁰ RIBEIRO, Suzane de França; MUNIZ, Tânia Lobo. O instituto internacional do *dispute board* como elemento de estabilização dos contratos administrativos continuados de obras e infraestrutura no Brasil. In: MENEZES, Wagner (org.). **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes, 2019, v. 16, p. 603-614.

²³¹ “Se é claro o viés de *compliance* oferecido pela janela de transparência que se abre com a atuação dos DBs, é possível imaginar o valor que isso pode trazer a outros tipos de contrato que não os de infraestrutura e de construção ao enxergarmos o valor percebido pelo mercado em poder explorar essa possibilidade tão relevante para as empresas nos dias atuais. O que se pode pensar em relação ao direito societário, à área de recuperação fiscal, aos procedimentos de M&A e a outros tipos de relações jurídicas que também possam se beneficiar da técnica? É evidente que, à semelhança do que ocorre na chamada culinária fusion, em que o intercâmbio de ingredientes, a troca de experiências entre as culturas e mistura de técnicas não funcionam nas mãos de qualquer profissional, tais iniciativas somente alcançarão os resultados almejados nas mãos dos melhores profissionais, fazendo com que os limites de atuação se ampliem em proveito das boas relações contratuais e do mercado em geral.” Vide SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution [RBADR]**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. 65-95, jul./dez. 2019, p. 94.

²³² A respeito da aplicação do *dispute boards* em outros setores, além da indústria da infraestrutura e da construção civil, ver: BADDAUY, Leticia; PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes. Desenho de sistema de resolução de disputas nos contratos de integração vertical: diálogos entre CADEC, mediação, dispute boards e arbitragem. In: TSOUROUTSOGLU, Irini (org.) **Direito & Agronegócio: ambiente de negócios e competitividade: estudos em homenagem à Ministra Tereza Cristina**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

²³³ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 23.

capazes de impactar no cumprimento das obrigações previstas em contrato²³⁴. Daí decorre que a atuação do DB, como mecanismo de gestão, tem o potencial de acarretar maior fluidez a execução do contrato.

No mesmo sentido, Leonardo Toledo da Silva e João Paulo Pessoa revelam que:

Os Dispute 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 projeto²³⁵.

Complementando a definição acima, Karin Hlavnicka Skitnevsky²³⁶ enfatiza que o surgimento de divergências entre as partes é inevitável, independentemente do tipo de contrato, do seu tempo de duração e do custo envolvido, de maneira que o uso do *dispute board* é uma opção não só para a solução, como também para a prevenção de controvérsias. Isso se justifica ao passo em que, sendo um mecanismo de gestão contratual e que os membros que compõem o *board* são escolhidos pelas partes, há maior confiança nas decisões e a tomada de posições mais colaborativas entre os envolvidos no projeto.

Portanto, a partir das conceituações e dos raciocínios apresentados, denota-se que o *dispute boards*, em contraste aos demais mecanismos de gestão e solução de conflitos, apresenta um importante diferencial, que explica suas exitosas experiências: o seu caráter preventivo e de governança contratual, não se limitando a solucionar as disputas. Na realidade, os membros do *board*, ao acompanharem a execução do contrato em tempo real, são capazes de atribuir maior transparência à obra, assim como de prevenir o surgimento de conflitos que poderiam obstaculizar o contrato. Ainda assim, se algum conflito vier à tona, o *board* pode solucionar a disputa. Ou seja, a um só tempo, o mecanismo previne e soluciona conflitos.

Por tal razão, Toshihiko Omoto dispõe que a melhor forma de resolver uma controvérsia é, justamente, evitando que ela se torne uma disputa formal. O autor enfatiza, então, que o primeiro dever do *dispute board* é evitar que desentendimentos se transformem em disputas

²³⁴ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 23.

²³⁵ SILVA, Leonardo Toledo da; PESSOA, João Paulo. Os Dispute Adjudication Boards (“DAB”) em Contratos Públicos e Privados e o Problema das Decisões Judiciais Liminares. *In*: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 425.

²³⁶ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 9.

formais. Proferir decisões e/ou emitir recomendações, para Omoto, se configura como um dever secundário do mecanismo²³⁷.

Ainda no sentido preventivo do DB, e com enfoque no setor da construção civil, Antônio Luis Pereira de Sousa dispõe:

O DB é o único ADR que objetiva prevenir disputas na construção, por um painel de três profissionais experientes da indústria da construção, especialistas naquele tipo de obra, que conheçam bem contratos de construção, interpretação de documentos contratuais que dominem o idioma contratual. Esses profissionais devem estar habilitados a atuar com métodos consensuais de solução de conflitos, e na condução de seus deveres devem ser imparciais, independentes e sem conflitos de interesses, além de ter a confiança das partes. Os DBs se manifestam em *real time* (tempo real), podendo emitir uma recomendação não vinculante, ou uma decisão vinculante, e suas recomendações podem influenciar positivamente o gerenciamento do projeto²³⁸.

Ocorre que, para desfrutarem das potencialidades do DB, as partes devem adotar a modalidade do mecanismo que melhor se adeque às necessidades do projeto em execução. Isto, pois, o *dispute boards* pode assumir caráter de recomendação (*dispute review board*), de decisão (*dispute adjudication board*), ou mesmo reunir as duas possibilidades de maneira simultânea (*combined dispute board*), a depender das especificações contratuais, as quais serão analisadas de maneira particularizada no próximo tópico.

2.3 MODALIDADES, NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES DOS *DISPUTE BOARDS*

A começar pelo *dispute review board* (ou comitê de revisão), que se trata de uma modalidade de *board* responsável por prestar assistência informal e, ainda, emitir recomendações sobre determinada controvérsia, quando requisitado pelas partes²³⁹.

²³⁷ TOSHIHIKO, Omoto. Dispute boards, resolution and avoidance of disputes in construction contracts. **Proceeding of TC302 Symposium Osaka 2011: International Symposium on Backwards Problem in Geotechnical Engineering and Monitoring of Geo-Construction**, 2011, p. 122-132. Disponível em: https://repository.kulib.kyoto-u.ac.jp/dspace/bitstream/2433/173838/1/23G-04_1_14.pdf. Acesso em: 08 nov. 2011.

²³⁸ SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution [RBADR]**, Belo Horizonte, a. 2, n. 3, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 110. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

²³⁹ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 32; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 68.

Neste caso, a resposta emitida pelos *experts* tem caráter opinativo, cujo propósito é de recomendar questões específicas, de maneira que, a princípio, não há caráter vinculante e definitivo²⁴⁰ às partes sobre tais recomendações.

Para que fique claro o escopo, Karin Hlavnicka Skitnevsky ressalta que a recomendação deve ser entendida como uma exposição do entendimento dos *experts* escolhidos pelas partes, a respeito de alguma questão momentaneamente debatida²⁴¹. Segundo a autora, a função da recomendação é, principalmente, evitar conflito entre as partes, configurando-se como forma de aconselhá-las para que adotem a solução mais adequada para determinada situação. Isto é, não há qualquer obrigação no sentido de que as partes adotem ou acatem o mesmo posicionamento²⁴².

No entanto, a despeito de não haver obrigatoriedade no que diz respeito ao acato das recomendações, Skitnevsky entende que as partes devem, de pronto, aceitar as recomendações, pois, assim, estão validando o princípio da autonomia da vontade, tendo em vista que elas próprias pactuaram a cláusula de *dispute boards*²⁴³.

Esse entendimento é, também, partilhado por Suzane de França Ribeiro, que entende ser cordial que as partes reconheçam a validade da recomendação e acolham o posicionamento dos *experts*, pois, apesar de ter natureza informativa/opinativa, a autora entende que merece ser considerada em razão da natureza contratual²⁴⁴.

Nesse caso, quando alguma das partes discorda da recomendação emitida pelo *boards*, deverá manifestar sua insurgência com relação ao posicionamento dos *experts*, dentro de um prazo previamente determinado²⁴⁵. Felipe Varela Mello ressalta que a discordância deve ser formalizada por meio de notificação dirigida ao *boards*, à parte contrária e à câmara privada (se aplicável), contendo os motivos da insatisfação²⁴⁶.

²⁴⁰ ZANCHIM, Kleber; ALVES, Rafael. Dispute Boards e Projetos de Infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando. **O Direito da Construção no ambiente internacional**: contribuições para a consolidação de uma *lex constructions*. São Paulo: Almedina, 2019, p.349-350.

²⁴¹ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 32-33.

²⁴² SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 32-33.

²⁴³ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 32.

²⁴⁴ RIBEIRO, Suzane de França. **Dispute Board sobre a perspectiva contratual**: da *lex constructions* à legislação brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2020, p. 48.

²⁴⁵ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 33.

²⁴⁶ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 106-107.

No entanto, caso não impugnada pelas partes, por meio da formalização de notificação contendo as razões da discordância, a recomendação passa a ser considerada de caráter obrigatório e, portanto, deve ser cumprida pelas partes.

Para Cyril Chern:

O dispute review board apresenta sua recomendação em forma de decisão que estará baseada nas informações que lhe foram fornecidas de uma controvérsia específica; a recomendação não é obrigatória, caso uma das partes não esteja satisfeita com ela. [...] Caso uma das partes apresente certa insatisfação com a recomendação dentro do prazo, deverá levar a questão à Arbitragem ou ao Judiciário, conforme estabelecido em contrato. O que ocorrerá no período entre essas fases deve ser considerado como crítico. Ficam esperando pela decisão do tribunal arbitral ou do Judiciário; as partes podem voluntariamente seguir com a decisão, mas não estão obrigadas a fazê-lo²⁴⁷.

A partir de tais características, compreende-se que o *dispute review board* se trata de uma modalidade bastante simplista, de modo que seu caráter curto e menos custoso pode representar uma grande vantagem à disposição das partes. De outro lado, a parte insatisfeita pode, por vezes, protelar e obstaculizar o cumprimento das recomendações emitidas pelo *boards*, minimizando a sua potencialidade. Como bem aponta Felipe Varela Mello, em países ligados ao *common law* e à tradição do acordo, como China e Estados Unidos, o DRB pode ser de grande valia; na contramão, países como o Brasil, estruturados a partir de uma cultura litigante, corre-se o risco de que o *dispute boards* seja utilizado tão somente como uma etapa antecedente à arbitragem ou ao processo judicial²⁴⁸.

De todo modo, entende-se que, apesar de não vinculativa, a recomendação do *board* é de grande valia às partes, pois é elaborada por especialistas no assunto da controvérsia, e visam preservar a relação contratual firmada entre os envolvidos.

Diferentemente do que ocorre no DRB, no *dispute adjudication board* [DAB] os *experts*, além de prestarem assistências informais às partes, profere decisões vinculantes e obrigatórias às partes, dirimindo os conflitos que lhe forem submetidos²⁴⁹. Por assim ser, tão logo proferida a decisão pelo *board*, cabe às partes, em observância ao princípio da autonomia

²⁴⁷ CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015, p. 22.

²⁴⁸ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas**. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 109.

²⁴⁹ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 69.

da vontade e ao *pacta sunt servanda*, aceitar o seu teor, de imediato, e cumprir o que for determinado²⁵⁰.

Cyril Chern defende que o *dispute adjudication board* profere decisão a respeito de uma determinada controvérsia e apresenta uma solução obrigatória. Em cumprimento ao contrato, o autor enfatiza que as partes devem aceitar a decisão sem demora, assim que a receberem²⁵¹. Alinhado a este posicionamento, Christopher Koch também enfatiza que as partes estão contratualmente obrigadas a dar cumprimento à decisão, de maneira imediata²⁵².

Neste ponto, deve-se ponderar um importante aspecto que diz respeito à obrigatoriedade da decisão proferida pelo *board*. Melhor dizendo, há uma distinção imprescindível a ser feita. Isso porque afirmar que a decisão proferida pelos *experts* possui caráter vinculante e obrigatório não significa afirmar que está revestida de caráter jurisdicional. Na realidade, por ser mecanismo de natureza contratual²⁵³, não jurisdicional, as decisões proferidas pelos membros do DB são obrigacionais, fazendo lei entre as partes, tendo em vista o princípio do *pacta sunt servanda*.

Daí decorre que eventual descumprimento da decisão pelas partes contratantes implicará em violação do contrato, sanções contratuais motivadas pelo inadimplemento e possibilidade de se pleitear a execução da decisão junto ao Poder Judiciário²⁵⁴.

Significa dizer, portanto, que não há caráter jurisdicional a revestir a decisão proferida pelo *board* de adjudicação. Sintetizando o assunto, Kleber Zanchim e Rafael Alves arrematam:

Mas o que significaria exatamente esse caráter vinculante do DAB? Na maioria das legislações nacionais – como é o caso da legislação brasileira – a decisão dos membros de um *Dispute Board* não tem caráter jurisdicional, apenas contratual, de tal forma que a decisão dos *experts* vale tanto quanto qualquer outra obrigação contratual, que também vincula e deve ser cumprida pelas partes (*pacta sunt servanda*). Nesse sentido, descumprir uma decisão do *Dispute Board* é o mesmo que descumprir uma obrigação contratual. No momento de desenhar e organizar o *Dispute Board*, as partes podem, inclusive,

²⁵⁰ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 35.

²⁵¹ CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards**: Practice and Procedure. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015.

²⁵² KOCH, Christopher. Novo regulamento da CCI relativo aos *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 143-175, jul./set. 2005, p. 151.

²⁵³ Como explica Karin Hlavnicka Skitnevsky, “é no contrato, em uma cláusula específica, que as partes, valendo-se de sua autonomia contratual, contemplam a forma que irão constituir e usufruir o *dispute board* como meio válido de prevenção de controvérsias. [...] O princípio *pacta sunt servanda* estabelece que as cláusulas e condições contratuais firmadas pelas partes no momento inicial do contrato devem ser respeitadas até o término do contrato, ou seja, importante ressaltar que o pacto faz lei entre as partes” vide SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 19.

²⁵⁴ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 74.

prever multas ou outras penalidades para eventual descumprimento das decisões dos *experts*. Todavia, não podem as partes conferir caráter jurisdicional a essa decisão; apenas a lei poderia fazê-lo, respeitadas as garantias processuais da Constituição Federal²⁵⁵.

Ao ser proferida a decisão pelo DAB, caso a parte fique insatisfeita com o seu teor, é possível apresentar impugnação à decisão, dentro de período pactuado pelas partes ou pela instituição responsável por administrar o procedimento. Entretanto, Toshihiko Omoto relembra que, mesmo diante de uma impugnação, a decisão do DAB permanece obrigatória às partes, a menos que haja determinação judicial ou arbitral em sentido oposto²⁵⁶. Por tal razão, Felipe Varela Mello afirma ser comum que os contratos sejam redigidos com previsão de multa para casos de descumprimento da decisão do *boards*, como maneira de desestimular a judicialização do conflito pela parte insatisfeita²⁵⁷.

Apesar da possibilidade de se impugnar a decisão proferida pelo DAB, Karin Hkavnicka Skitnevsky defende, em posicionamento adotado neste trabalho, que tal ato acaba por desnaturalizar o mecanismo, no seguinte sentido:

[...] Dependendo da conduta das partes, poderá a decisão do *dispute adjudication board* ser contestada, o que descaracteriza o método como validamente aplicável em evitar os meios tradicionais de solução de conflitos, ou, contrariamente, deverá a decisão ser fielmente cumprida de forma inquestionável, por entenderem as partes que o *board* ou *expert* atuaram da forma mais certa ao analisarem a questão duvidosa levantada por elas, durante o curso do contrato²⁵⁸.

Assim sendo, para concluir as breves notas a respeito do *dispute adjudication board*, tem-se que tal modalidade possui caráter vinculante, não jurisdicional, mas, sim, contratual, de maneira que as partes devem acatar a decisão e cumpri-las imediatamente, sob risco de descaracterizar o mecanismo.

Por fim, há de se abordar o chamado *Combined Dispute Board*, uma modalidade híbrida de *board*, que contempla as duas anteriores. Uma vez instituído o CDB, as partes poderão solicitar aos *experts* que emitam recomendações e/ou que apreciem e decidam determinado

²⁵⁵ ZANCHIM, Kleber; ALVES, Rafael. Dispute Boards e Projetos de Infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando. **O Direito da Construção no ambiente internacional**: contribuições para a consolidação de uma *lex constructions*. São Paulo: Almedina, 2019, p.344.

²⁵⁶ TOSHIHIKO, Omoto. Dispute boards, resolution and avoidance of disputes in construction contracts. **Proceeding of TC302 Symposium Osaka 2011**: International Symposium on Backwards Problem in Geotechnical Engineering and Monitoring of Geo-Construction, 2011, p. 124. Disponível em: https://repository.kulib.kyoto-u.ac.jp/dspace/bitstream/2433/173838/1/23G-04_1_14.pdf. Acesso em: 08 nov. 2011.

²⁵⁷ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 110-111.

²⁵⁸ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 36.

conflito. Além disso, os membros do *board* podem prestar assistência informal, caso as partes solicitem.

Para Skitnevsky, essa modalidade pode ser explicada nos termos abaixo:

O *combined dispute board* tem a capacidade de aconselhar e decidir, conforme os poderes que lhe são outorgados em cada caso específico. A cláusula de *dispute board* prevista no contrato contemplará a maneira que o *board* deverá atuar, de acordo com a vontade das partes²⁵⁹.

A autora finaliza atribuindo destaque às vantagens oferecidas pela referida modalidade:

Deve-se considerar, segundo Cyril Chern, o *combined dispute board* como o mais aceitável dentre os tipos de *board*, principalmente quando se trata de partes não muito familiarizadas com o conceito de *dispute board*. Esse entendimento é valioso, pois garante flexibilidade e aumenta a segurança das partes que vão receber dos *experts* o relatório contendo seus entendimentos sobre o tema da controvérsia²⁶⁰.

Isto é, na perspectiva de Chern, corroborada por Skitnevsky, o *combined dispute board* seria o mais indicado, especialmente para *players* que não são familiarizados com o conceito do mecanismo, pois, assim, poderiam selecionar se determinada divergência no decorrer do contrato seria alvo de recomendação ou de decisão do *board*, entregando-lhes uma versão completa do que o DB pode oferecer.

De todo modo, segundo o posicionamento de Felipe Varela Mello, com o qual se concorda neste trabalho, não há que se falar em uma modalidade de *board* que se sobressaia com relação às outras, mas, sim, em qual delas as partes podem ter seus interesses melhor atendidos²⁶¹.

Introduzidas as principais modalidades que pode assumir o *dispute boards*, é preciso ressaltar, ainda, uma importante lição prelecionada por Cyril Chern²⁶², no sentido de que não há uma melhor ou uma pior escolha a respeito da modalidade do board. A opção por um *board* de recomendação, de adjudicação ou em seu formato misto dependerá das circunstâncias do caso concreto (complexidade da demanda, necessidade das partes, custos, entre outras variáveis).

²⁵⁹ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 37.

²⁶⁰ CHERN, Cyril. Cher on *dispute boards*: practice and procedure. 2015. *apud* SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 36.

²⁶¹ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 113.

²⁶² CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards**: Practice and Procedure. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015.

Após a minuciosa análise das modalidades que o *boards* pode assumir, deve-se examinar, agora, suas espécies. Trata-se de uma classificação doutrinária que versa, especificamente, sobre o momento em que o DB é instruído. Neste aspecto, os *dispute boards* podem ser classificados em permanentes ou *ad hoc*.

O *dispute boards* permanente (*standing dispute board* ou *full-term DB*) é instaurado no momento da celebração do contrato, por cláusula específica, ou após, por documento aditivo, e permanece ativo durante toda a vigência contratual. Veja-se que esta espécie de DB é instituída independentemente de haver, ou não, conflito a ser dirimido²⁶³.

O *board* permanente, uma vez instituído, acompanha a execução contratual em tempo real e, via de regra, se extingue somente após a resolução dos conflitos submetidos pelas partes aos *experts* e o encerramento da execução das obrigações contratuais²⁶⁴. Nada obsta, porém, que as próprias partes convençam sobre a extinção do *boards*, a qualquer momento, sem a necessidade de justificativa específica, pois, como se sabe, a instauração do *boards* é um ato de vontade dos contratantes, assim como pode ser o seu encerramento.

O *dispute boards ad hoc*, por sua vez, é instituído pelas partes durante a vigência do contrato, de forma temporária, apenas para solucionar uma ou mais controvérsias. Tão logo solucionada, o *board* é desfeito.

Em que pese as duas espécies de instituição de *boards*, vale destacar que a modalidade *ad hoc* sofre bastante crítica por parte da doutrina e dos profissionais da área. Isso porque, embora seus custos sejam menores (já que o DB é constituído para uma controvérsia específica) do que um DB permanente, o fato é que a modalidade *ad hoc* pode não exprimir a gama de vantagens promovidas pelo mecanismo. Nestes termos, Karin Hlavnicka Skitnevsky traduz:

[...] A legitimidade da junta estará enfraquecida e será desperdiçado o potencial profilático do *board*, uma vez que o acompanhamento de todo o processo não mais ocorrerá, somente estará diante de informações mais recentes e poderá verificar a questão no local da obra; assim sendo, os membros do *board* ou o *expert* estarão mais sujeitos a equívocos²⁶⁵.

²⁶³SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 70; MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas**. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 114.

²⁶⁴SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 70.

²⁶⁵SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 39.

Além do mais, como bem aponta Igor Gimenes Alvarenga Domingues, a modalidade *ad hoc* faz com que o DB perca sua característica de governança contratual, limitando-se a método de solução de controvérsias. Em outras palavras, o DB *ad hoc* faz cair por terra o grande diferencial do mecanismo, qual seja o potencial de prevenir conflitos e de atuar como instrumento de gestão contratual²⁶⁶.

Assim sendo, é preciso que as partes, ao optarem pela utilização dos *dispute boards* atentem-se à espécie do mecanismo que mais se adequa às necessidades do projeto envolvido, para que não se coloque em risco a eficiência do *boards*.

Tecidas tais ressalvas, o fato é que após a instituição dos *boards*, os *experts* devem iniciar os trabalhos, pelo que se torna necessário abordar o funcionamento prático do mecanismo, o que será tratado no próximo tópico.

2.4 MÃOS À OBRA: ASPECTOS PRÁTICOS E PROCEDIMENTAIS ACERCA DA ATUAÇÃO DOS DBS

Nos tópicos anteriores, foram abordados os aspectos imprescindíveis para a compreensão dos *dispute boards* nos campos teóricos e doutrinários. Não se pode desprezar, contudo, suas diretrizes de ordem prática, as quais, inclusive, são responsáveis por determinar o sucesso do procedimento. Por tal razão, dedica-se o presente tópico às considerações a respeito da utilização e da experiência prática com a atuação do *board*.

Em se tratando de um instrumento contratual, estruturado à vontade das partes, deve-se considerar que o funcionamento prático do DB não decorre, tampouco se limita, à rigidez normativa ou a um espectro de regras universais. Pelo contrário. São mutáveis e versáteis os fatores que determinam como um procedimento de DB deve ser conduzido pelos *experts*.

De maneira exemplificativa, a prática do *board* pode variar de acordo com a modalidade escolhida (*dispute review board*, *dispute adjudication board* e *combined dispute board*), com a espécie definida (DB permanente ou *ad hoc*) e, ainda, com as necessidades das partes e/ou com o regulamento institucional aplicável (como o regulamento FIDIC, do Banco Mundial, da ICC, dentre outros). A miríade de possibilidades procedimentais torna dificultosa a missão de traduzir, em voz uníssona, o funcionamento de um *board*. Há determinadas características, contudo, que se fazem presentes de forma constante no cotidiano das obras, nacionais e internacionais, merecendo ênfase e detalhada descrição nesta oportunidade.

²⁶⁶ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputa (Dispute Boards) nos Contratos da Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 37.

Como já mencionado, o *dispute boards* é instituído no momento da elaboração do contrato a ser firmado entre as partes, ou por meio de documento específico (aditivo contratual) formalizado em momento posterior. No mesmo momento, celebra-se um termo de instauração do *board* que, segundo Skitnevsky, terá efeito em uma das três hipóteses mencionadas: (i) em data definida pelas partes no contrato; (ii) após as partes assinarem o termo de instauração e (iii) independentemente do termo de instauração, no momento em que as partes firmarem acordo para o início da atuação do *board*²⁶⁷.

Definidas as questões iniciais, partes devem se ater à escolha dos membros que irão compor o *board*. Trata-se de momento crucial para garantir a higidez do acompanhamento contratual que se dará na sequência pelos *experts*. Diz-se “momento crucial”, pois, muito embora os DBs lancem mão de um procedimento flexível, pautado pela informalidade e pelo ambiente amistoso, isto não pode – e não deve – ser confundido com ausência total de rigor procedimental e de riscos à isonomia entre as partes e ao contraditório²⁶⁸, garantias que devem, a todo momento, ser preservadas.

Além do mais, o procedimento em si, ou os *experts* não podem ser considerados como protagonistas durante a execução dos contratos, pois o objetivo é conduzir as partes para que a obra flua de maneira regular, sem interrupções e entraves técnicos que possam interromper o cronograma²⁶⁹.

Justamente por tais motivos é que o momento de composição do *board* demanda cautela das partes contratantes. Embora não haja normas específicas que determinem os pré-requisitos para que um profissional possa integrar *board*, a experiência prática aponta características essenciais para o desenvolvimento da função.

Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto e Ricardo Salla Medina contribuem a este respeito, sugerindo que as partes, ao ponderarem sobre a escolha dos membros do DB, considerem os seguintes requisitos: “(i) qualificação técnica; (ii) habilidades interpessoais; (iii) conhecimento sobre o tipo de projeto ou obra e (iv) disponibilidade²⁷⁰”.

²⁶⁷ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 25.

²⁶⁸ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 95.

²⁶⁹ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 141.

²⁷⁰ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 96.

Na mesma linha, Skitnevsky reforça que os *experts* devem ser: “(i) objetivos ao apreciarem os temas; (ii) neutros; (iii) imparciais; (iv) isentos de preconceitos; e (v) isentos de conflitos de interesses²⁷¹”.

Após análise dos atributos interpessoais e técnicos, as partes devem indicar quais profissionais constituirão o *board*. Em geral, os *boards* são compostos por três membros, mas isto não é uma regra definitiva²⁷². Cada parte é responsável pela indicação de um membro e os dois indicados, em conjunto, definem o terceiro, que atuará como presidente do comitê²⁷³.

Silva Neto e Salla elucidam a importância da atuação do presidente do *board*, que atuará como figura central do comitê para fins de balizar a formalidade e maleabilidade na condução dos trabalhos e zelar pela preservação dos princípios e garantias processuais²⁷⁴. Ademais, é o presidente que conduz, ajusta e supervisiona a programação das tarefas atinentes ao *board*, como visitas às obras, audiências e gestão dos prazos. Por isso, os autores recomendam que o papel seja desempenhado por profissionais com formação jurídica e sólida experiência²⁷⁵ com a matéria objeto do contrato e com os mecanismos adequados de solução de controvérsias²⁷⁶.

Ainda sobre a composição do *board*, Fernando Marcondes se alinha ao posicionamento de que o DB seja composto por dois engenheiros e um advogado, todos eles com experiência

²⁷¹ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 26.

²⁷² Chapman enfatiza a questão de que o *board* composto por três membros, apesar de usual, não se trata de uma composição obrigatória. Para demonstrar seu raciocínio, afirma que, em projetos de pequeno porte, em que não há justificativa para gastos consideráveis com três profissionais na composição do comitê, um DB composto por apenas um *expert* pode ser constituído. De outro ângulo, o autor traz exemplos de casos de alta complexidade, envolvendo aspectos multi-disciplinares e de uma vasta gama de contratos, os quais fazem jus a um comitê composto por mais de três membros. Como exemplo, cita a obra o Túnel da Mancha, em que o DB foi composto por cinco profissionais. Já na obra que deu origem ao novo Aeroporto de Hong Kong, Chapman ressalta que o DB foi composto por seis membros e por coordenador responsável por cobrir todos os principais contratos envolvidos. *Vide* CHAPMAN, Peter H. J. The Use Of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects. **The Turkish Commercial Law Review**, v. 1, n. 3, oct. 2015, p. 220. Disponível em: http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR_3-web-051.odf. Acesso em: 03 jul. 2023.

²⁷³ SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, n. 3, a. 2, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 125. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

²⁷⁴ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 95.

²⁷⁵ Segundo Fernando Marcondes, “em sua maioria, os membros de DBs costumam ser engenheiros com mais de trinta anos de experiência – muitos deles já aposentados – e advogados com pelo menos mais de duas décadas de convivência íntima com o setor de construção” *vide* MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 136.

²⁷⁶ SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 95.

no cenário de obra^{277 278}. Para Marcondes, a prática internacional reforçou a necessidade de mesclar as *expertises*, pois, ao mesmo tempo em que se revela importante a presença de um profissional que domine técnicas processuais e evite decisões contrárias à lei, também se mostra pertinente a presença de profissionais técnicos, como engenheiros e arquitetos, habituados com os detalhes envolvidos nos projetos²⁷⁹.

Não se olvida que as possibilidades de composição do DB são diversas, mas Robert Farrer adverte que não se mostra recomendável a formação de um *board* exclusivamente por advogados, uma vez que tais profissionais, que não compreendem integralmente os aspectos técnicos envolvidos no projeto, tendem a dedicar seu tempo a discussões contratuais e processuais, fugindo do escopo proposto pelo próprio conceito dos *dispute boards*²⁸⁰.

Ainda sobre a composição do DB, vale consignar que, uma vez indicado para o *board*, o membro deve, observando os prazos fixados pelas partes ou pela instituição privada gerenciadora do procedimento, declarar sua aceitação, sua disponibilidade, sua independência e sua imparcialidade, bem como informar às partes e aos demais *experts* sobre fatos que eventualmente possam suscitar dúvidas a respeito de sua imparcialidade e independência durante o tempo de duração do *board*²⁸¹.

Assim que aprovados e oficialmente nomeados todos os membros a compor o *board*, Silva Neto e Medina apontam dois caminhos possíveis: (a) se o procedimento não for administrado por instituição privada específica para este fim, as partes devem formalizar contrato diretamente com os *experts*, convencionando questões relativas à remuneração e ao procedimento e regras que deverão ser observadas; (b) por outro lado, se o procedimento for

²⁷⁷ MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 136.

²⁷⁸ Ao encontro do posicionamento de Fernando Marcondes, o autor Robert Farrer relata que a constituição de um DB por dois engenheiros designados pelas partes e o terceiro membro sendo um advogado é uma formação muito encontrada em arbitragens e possui ótimos resultados. Para Farrer, “dois engenheiros com conhecimento do tipo de empreendimento, aptos a tratarem de seus aspectos técnicos, tendo um como *chairman* um advogado com experiência em métodos alternativos de solução de disputas, e com capacidade de elaborar documentos formalmente adequados. Essa formação normalmente conduz a decisões mais justas, rápidas, de menor custo e, dificilmente, contestadas” *vide* FARRER, Roberto. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). **Comitê de resolução de Disputas (CRD) nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre os *Dispute Boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 75-84, p. 83.

²⁷⁹ MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 136.

²⁸⁰ FARRER, Roberto. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). **Comitê de resolução de Disputas (CRD) nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre os *Dispute Boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 75-84, p. 83.

²⁸¹ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 149.

administrado por instituição ou câmara privada, as regras a respeito da remuneração e do procedimento a ser seguido estarão previstas no respectivo regulamento adotado pelas partes²⁸².

A partir da oficialização da instituição do *board*, passa-se ao primeiro grande momento de sua atuação. Trata-se da primeira reunião realizada entre as partes e os membros do comitê, um verdadeiro marco do início das atividades do DB e da atuação dos *experts* como parte da equipe de gerenciamento do projeto²⁸³. Esta reunião, em razão de seu caráter peculiar, é denominada *kick-off* ou *kick-off meeting*²⁸⁴.

A reunião de *kick-off*²⁸⁵ é decisiva para, desde o princípio, estabelecer um ambiente amistoso entre as partes, aproximando-as e alimentando, desde cedo, a relação que deve ser pautada pela confiança. Além disso, é neste momento que os membros dos *boards* e as partes podem acordar sobre a periodicidade das reuniões e das visitas técnicas à obra, bem como outros fatores que se fizerem necessários²⁸⁶.

De maneira breve, passa-se a descrever algumas das atividades realizadas pelo *board* no decorrer da execução do projeto. Periodicamente, as partes e os membros do comitê realizam reuniões ordinárias. Tais reuniões podem ocorrer de forma mensal, a cada 120 (cento e vinte) dias, ou em período a ser designado pelos envolvidos, a depender da complexidade do contrato e da duração do projeto.

Nas reuniões ordinárias, espera-se que as partes apresentem ao DB a evolução do projeto e do cronograma inicialmente definido, abordando as dificuldades e apontando as dúvidas que

²⁸²SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 108.

²⁸³ SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, n. 3, a. 2, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 127. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

²⁸⁴ SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, n. 3, a. 2, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 127. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

²⁸⁵ Silva Neto e Salla enfatizam que a reunião de *kick-off* não deve ser confundida com uma audiência de instrução. Para os autores, o objetivo do primeiro encontro é de estabelecer confiança, amistosidade e o calendário das atividades do *board*. Ressaltam, ainda, que a presença dos advogados das partes nesse momento não é necessária e que o DB pode, inclusive, vetar a participação dos representantes, se entender necessário. Isso se dá para evitar a beligerância. A exceção é para as obras públicas, que, em razão da necessidade de fiscalização e controle, normalmente os advogados participam, até mesmo por exigência da administração pública. Embora o DB também possa vetar a participação dos procuradores públicos, os autores entendem que isto poderia dificultar a boa relação que se pretende construir ao longo da execução contratual. *Vide*: SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 110.

²⁸⁶SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 110.

eventualmente surjam no caminho²⁸⁷. Felipe Varela Mello reforça a importância de encorajar que as partes contratantes levem ao conhecimento do *board*, em tais reuniões, possíveis focos de conflito, a fim de que possam ser solucionados de forma livre e dialógica, sem precisar, necessariamente, submetê-las formalmente ao comitê²⁸⁸.

Nada impede, porém, que diante de uma necessidade excepcional, as partes, por requerimento formal e justificado, requeiram reunião extraordinária. Fernando Marcondes afirma que a convocação do DB de forma extraordinária ocorre quando a espera pela próxima reunião ordinária seja capaz de causar atrasos no cronograma do projeto ou danos severos à sua execução²⁸⁹.

Além das reuniões, ordinárias e extraordinárias, não se pode olvidar o que Skitnevsky define como sendo uma “das funções vitais do método²⁹⁰”. A visita técnica, realizada no local de execução do projeto, permite que os membros do *board* construam familiaridade com as suas nuances e, sobretudo, condições de se atualizarem sobre os detalhes do projeto em tempo real, característica que os possibilita agir de maneira ágil e eficiente²⁹¹. Ao final da visita, recomenda-se que o comitê emita um relatório com a descrição das informações obtidas no encontro, ressaltando eventuais comentários dos *experts*²⁹².

Um detalhe relevante enfatizado por Skitnevsky é o de que, durante as visitas técnicas, não devem as partes apresentar aos membros do *board* quaisquer argumentos, como se estivessem em uma reunião ordinária, ou em uma audiência²⁹³. Dito de outro modo, o *board* não deve se reunir com apenas uma das partes, sob pena de macular sua imparcialidade.

Por fim, a respeito das visitas técnicas e das reuniões ordinárias, Felipe Varela Mello conclui:

É vital que o comitê receba regularmente relatórios periódicos sobre o andamento do projeto, assim como os leia, digira e os mantenha a seu alcance

²⁸⁷SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 110.

²⁸⁸MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas**. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 155.

²⁸⁹MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 134.

²⁹⁰SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 28.

²⁹¹SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 28.

²⁹²SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 28.

²⁹³SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 28.

para referência posterior caso surja alguma disputa. A total familiaridade com o projeto é também essencial para o melhor aproveitamento das visitas ao local do projeto²⁹⁴.

Ainda em termos procedimentais, as partes podem convocar o DB para se manifestar, de modo preventivo, para emitir opinião ou assistência informal a respeito de determinada dúvida ou aspecto que se fizer relevante²⁹⁵. A opinião, contudo, não vincula às partes, tampouco é utilizada como prova.

Já diante de uma divergência ou de um conflito propriamente dito, caso as partes, com ou sem o auxílio do *board*, não consigam chegar à autocomposição, podem remeter a controvérsia para análise dos *experts*, a fim de obter recomendação ou decisão, a depender da modalidade prevista em contrato²⁹⁶.

Após a submissão, o *board* analisará a questão, inaugurando a fase postulatória do procedimento, podendo determinar a realização de audiência para melhor elucidar as questões envolvidas. Na sequência, o comitê se reúne separadamente, em prazo determinado contratualmente, para proferir recomendação ou decisão, que será entregue às partes.

Cumprida a missão interventiva e heterocompositiva do *board*, caso alguma das partes contratantes não concorde com a decisão, poderá buscar sua respectiva reforma, por meio do Poder Judiciário ou da arbitragem, conforme previsto contratualmente.

Dessa forma, evidencia-se que o procedimento do *dispute board* mescla a técnica com as habilidades interpessoais dos *experts*. É, sem dúvida, um procedimento cujas características, ora autocompositivas, ora heterocompositivas, remetem o leitor às associações com outros mecanismos de solução de conflitos, como a negociação, a mediação e a arbitragem. No entanto, o *dispute board* é único em sua espécie, de modo que não deve ser confundido com os demais métodos à disposição das partes. Assim sendo, dedica-se, no próximo tópico, a delinear as semelhanças e as diferenças do DB com a negociação, a mediação e a arbitragem.

2.5 “PARECE, MAS NÃO É”: PARALELOS ENTRE *DISPUTE* BOARDS, NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

²⁹⁴ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 158.

²⁹⁵ SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, n. 3, a. 2, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 129. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

²⁹⁶ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 28; MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 154.

Espécie peculiar que, ao longo dos anos, despertou a atenção dos cientistas, o ornitorrinco chama atenção por suas características exóticas, que o diferencia no reino animal. Não poderia ser diferente. É um mamífero, mas bota ovos. Esbanja seu bico e suas membranas, mas não é pato. Tem rabo de um castor, mas também possui ferrões venenosos. Sua existência é única e, justamente por isso, atrai simpatia e olhares curiosos, carregando a grandiosa missão de ter revolucionado a trupe animália.

Acontece que a excentricidade dos ornitorrincos em muito dialoga com o *dispute boards*. Afinal, os profissionais escolhidos pelas partes podem proferir decisões, mas isso não torna o DB sinônimo de arbitragem; pode haver autocomposição, mas não se confunde com conciliação; busca fortalecer o diálogo, mas não é mediação. Tal qual os ornitorrincos, os DBs, únicos em sua espécie, atraem olhares aguçados dos curiosos.

Tanto é assim que Roberto Hernández Garcia, de forma emblemática, afirma: “*dispute boards* não são mini-arbitragens, mini-mediações ou mini-*expert determinations*, mas uma inteligente mistura de todos esses métodos em um mecanismo único²⁹⁷”.

Ao examinar as modalidades dos *boards*, é natural que surjam dúvidas e comparativos deste mecanismo com relação aos demais métodos adequados de solução de conflitos, especialmente a negociação, a mediação e a arbitragem. Diante disso, torna-se necessário frisar as semelhanças e as diferenças que os mecanismos possuem entre si, para que não sejam confundidos e/ou tratados como se sinônimos fossem, porque não os são. Não se pretende, neste tópico, exaurir as semelhanças e as diferenças entre os mecanismos, mas, sim, apontar aquelas essenciais à particularização de cada um deles.

Natural, então, que se comece pela negociação, por se tratar de um mecanismo de solução de conflitos tão antigo quanto é a própria humanidade. De plano, evidencia-se a primeira grande diferença entre a negociação e o *dispute board*: neste há a composição de um comitê integrado por profissionais imparciais e independentes para conduzir o procedimento de recomendação ou de decisão; naquele, as partes, por si só, atuam como negociadoras, sem a necessidade de um interventor, pois, como bem apontam Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, todo indivíduo é um negociador e todo mundo negocia algo a cada dia²⁹⁸.

²⁹⁷ HERNÁNDEZ-GARCIA, Roberto. Why Dispute Boards are an excellent dispute-resolution tool during the COVID-19 crisis. **Under Construction – Summer 2020**, American Bar Association, 2020. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/construction_industry/publications/under_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/. Acesso em: 11 nov. 2023.

²⁹⁸ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 15.

Este breve raciocínio já remete o leitor à próxima diferença entre os mecanismos. Isto é, se a negociação é realizada pelas próprias partes, significa dizer que custo algum está envolvido nesta tarefa. De outro lado, no *dispute boards*, os *experts* são remunerados pela condução do procedimento, nos termos previstos contratualmente.

Além disso, como ressaltam Fisher, Ury e Patton, a negociação é “uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos²⁹⁹”. Veja-se, uma negociação acontece no cenário de divergência de interesses. Já no caso dos *dispute boards*, o comitê pode ser instaurado, em sua espécie permanente, antes mesmo de qualquer divergência e conflito entre as partes contratantes, pois seu objetivo é justamente preveni-los.

Por outro lado, não há como desconsiderar que a “negociação é a base de todos os ADRs³⁰⁰”, o que culmina na conclusão de que há relevantes aspectos de similitude entre os DBs e a negociação.

Nesse sentido, Tarsila Marques Fernandes esclarece que, para uma negociação bem-sucedida, é preciso que as partes ajam de maneira colaborativa, sem a realização de “truques ou armadilhas”, já que não se almeja colocá-las em posições de antagonistas, mas, sim, de parceiros que caminham rumo ao mesmo ponto³⁰¹. E é justamente no escopo colaborativo que reside o primeiro eixo de aproximação entre os mecanismos ora examinados. O “*dispute boards* é um organismo vivo³⁰²”, de modo que “a cooperação é inerente ao próprio instituto³⁰³”. Aliás, no DB, a cooperação entre as partes é buscada a todo tempo, por meio da troca de informações e na constante aproximação das partes contratantes, sendo este um ponto em comum com a negociação.

Não bastasse, o fato é que para se chegar a um resultado produtivo oriundo de uma negociação, as partes devem se ater às metodologias que facilitam sua obtenção. Para tanto,

²⁹⁹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 15.

³⁰⁰ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **Slides do Workshop de Treinamento CAM-CCBC DRBF**. 2018. Disponível em: <https://escoladecontas.tcm.sp.gov.br/images/conteudo-palestras/dispute-boards/o-que-e-dispute-board.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

³⁰¹ FERNANDES, Tarsila Marques. Introdução. In: MARASCHIN, Márcia Uggeri (org.). **Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard**. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2017, p. 14.

³⁰² POLI, Maria Juliana Candal; IEIRI, Marlon Shigueru. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p.435-457, p. 453.

³⁰³ POLI, Maria Juliana Candal; IEIRI, Marlon Shigueru. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p.435-457, p. 454.

menciona-se as técnicas da Escola de Negociação de Harvard, que introduziu a metodologia da negociação baseada em princípios, que se baseia no conceito de ganhos mútuos às partes (sistema ganha-ganha).

Este método adota grandes principais premissas que devem ser observadas pelas partes, a saber: (a) a necessidade de separar as pessoas dos problemas; (b) que as partes se concentrem em seus interesses, não em suas posições; (c) que busquem opções de ganhos mútuos e (d) que insistam em utilizar critérios objetivos na negociação³⁰⁴.

A pertinência dessas técnicas não se limita, porém, ao âmbito de uma negociação. Durante o procedimento do *dispute board*, todas elas podem – e devem – ser adotadas pelos *experts*, por se tratar de ferramentas diretamente relacionadas ao sistema ganha-ganha, essencial para a manutenção da relação contratual. Não obstante, Silva Neto e Salla enfatizam que uma das principais ferramentas do *boards* na prevenção de disputas é o estímulo à negociação direta entre as partes, o que costuma ocorrer dentro da atuação do comitê na assistência informal³⁰⁵.

Ou seja, embora haja diferenças na estruturação técnica dos instrumentos aqui analisados, as técnicas da negociação são muito-bem-vindas nos procedimentos de *dispute boards* e podem potencializar os seus resultados.

Já com relação ao comparativo entre *dispute boards* e mediação, deve-se ponderar, em primeiro lugar, que, na mediação, se está a tratar de um mecanismo exclusivamente autocompositivo de solução de conflitos, em que “um terceiro, imparcial, atua como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes³⁰⁶”. O mediador, portanto, não é revestido de poder decisório, pois sua tarefa é criar pontes para a retomada de diálogo entre as partes, para que elas possam alcançar uma solução. Isso se diferencia do *dispute board*, que pode funcionar ora como mecanismo autocompositivo, ora como mecanismo heterocompositivo, de forma que, nesta última hipótese, pode, sim, proferir decisões.

Em acréscimo, a atuação do mediador é no sentido de facilitar o diálogo entre as partes, a fim de que elas cheguem a uma solução para o conflito. Já nos DBS, a ideia é justamente atuar como mecanismo preventivo de conflitos, não só resolutivo.

³⁰⁴ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 31.

³⁰⁵ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. *Conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 55.

³⁰⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem – Mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 93.

Apesar disso, tanto o mediador, quanto o membro do DB têm em comum justamente o atributo de atuar enquanto facilitador do diálogo, auxiliando as partes a manterem um ambiente colaborativo, propício à continuidade da relação.

Não significa dizer, porém, que a figura do membro do DB se confunde com a do mediador, porque isto não ocorre. O membro do DB, esclarece-se, não se submete aos dispositivos da Lei Federal nº 13.140/2015 (Lei de Mediação).

Além disso, nos procedimentos de mediação, é bastante comum que seja utilizada a técnica de *caucus*, por meio da qual o mediador se reúne separadamente com cada uma das partes^{307 308}. Trata-se de um momento de suma importância na mediação, tendo em vista que, na ocasião, estreitam-se os laços de confiança entre a parte e o mediador, o que resulta, muitas vezes, no compartilhamento de informações sensíveis e essenciais para que o mediador conduza esses pontos de maneira adequada, atendendo os interesses de ambas as partes³⁰⁹.

De forma oposta, nos *dispute boards* “essas reuniões privadas não seriam bem-vindas, pois poderiam vulnerar a necessária neutralidade do comitê para emitir uma decisão ou uma recomendação³¹⁰”. Para que o DB se mantenha imparcial e hígido, mostra-se imprescindível que os *experts* guardem equidistância das partes e jamais mantenha reuniões privadas com qualquer uma delas³¹¹.

Por outro lado, para fins de garantir maior fluidez comunicativa e criatividade no desenvolvimento de possíveis caminhos que auxiliarão na interação com as partes, é interessante que os membros do *board*³¹², desde que observando sua imparcialidade, utilizem

³⁰⁷ “Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas”. BRASIL. **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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

³⁰⁸SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution [RBADR]**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. 65-95, jul./dez. 2019, p. 80.

³⁰⁹ LOSS, Juliana; AGUIAR, João Benício; DYMA, Maria Fernanda. *Dispute Board* e Mediação na prevenção de disputas: prevenção, solução e mitigação de custo das disputas. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 481.

³¹⁰ SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 56.

³¹¹ MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 138.

³¹² LOSS, Juliana; AGUIAR, João Benício; DYMA, Maria Fernanda. *Dispute Board* e Mediação na prevenção de disputas: prevenção, solução e mitigação de custo das disputas. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA,

outros mecanismos comuns aos procedimentos de mediação. Como exemplo, citam-se: *rapport*, parafraseamento, escuta ativa, e *brainstorming*³¹³.

Ainda em comparativos procedimentais, tem-se que os procedimentos de mediação, em regra, são céleres e de baixo custo. Por outro lado, os procedimentos de DB, sobretudo em sua espécie permanente, são de longa duração e mais custosos, pois envolvem casos de maior complexidade e de sofisticação de sua especialidade.

Balizando as diferenças e as semelhanças, concorda-se com o posicionamento de Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto³¹⁴, no sentido de que, se os membros do *board* vislumbrarem potencialidade para a solução de disputa com o auxílio de um mediador, devem sugerir às partes a utilização da mediação, de forma apartada do procedimento de *dispute board*, pois, apesar das semelhanças, não se confundem.

Analisados os mecanismos autocompositivos, passa-se, agora, para o exame do mecanismo heterocompositivo de solução de disputas, neste caso, a arbitragem. Neste cenário, ao comparar a arbitragem com o *dispute boards* em sua modalidade adjudicatória, as similitudes podem levar, erroneamente, o leitor tratá-los como mecanismos sinônimos. Contudo, trata-se de mecanismos diversos, cujas divergências devem ser enfatizadas.

Segundo José Francisco Cahali, o instituto arbitral pode ser assim conceituado:

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a

Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 480.

³¹³ Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto elenca cada um dos conceitos por trás de tais técnicas. “Rapport é uma palavra de origem francesa que diz respeito a uma relação de empatia com o interlocutor. Portanto, trata-se de uma técnica que visa ganhar a confiança das partes, propondo um diálogo aberto e construtivo a fim de influenciar as partes a alcançarem a autocomposição; “A técnica do parafraseamento consiste na reformulação, pelo mediador, de frases ditas pelas partes a fim de sintetizá-las ou reformulá-las sem alterar seu conteúdo. O mediador se esforça em facilitar o entendimento do seu real significado às próprias partes, que ficam livres para captar novos significados nas proposições”; Já sobre a escuta ativa, o autor dispõe que “Nessa técnica, o mediador observa as linguagens verbal e não verbal das partes e tenta compreender informações relevantes, estimulando-as a expressar suas emoções e instigá-las a ouvir uma à outra e tentando estimular a validação dos seus sentimentos e o seu engajamento a fim de apoiá-las na busca pela melhor solução para o conflito”; Por fim, quanto ao *brainstorming*, ressalta que “Semelhantemente à técnica utilizada frequentemente no marketing, no *brainstorming* o mediador incentiva a criatividade das partes e busca capturar ideias que sejam viáveis para o caso em questão.” Vide: SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution [RBADR]**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. 65-95, jul./dez. 2019, p. 80.

³¹⁴ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution [RBADR]**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. 65-95, jul./dez. 2019, p. 80.

intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial³¹⁵.

A conceituação apresentada por Cahali traz supedâneos para as distinções e semelhanças entre a arbitragem e os DBs. Em primeiro lugar, note-se que a arbitragem é um mecanismo adotado pelas partes na vigência de um conflito. Na contramão, como já se abordou, os DBs são instituídos, em regra, no início do contrato firmado entre as partes e, portanto, ainda diante da inexistência de controvérsias.

Outro ponto a ser considerado é que a arbitragem, positivada pela Lei Federal nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem – LArb), é revestida de força jurisdicional, como reforçam determinados dispositivos do Código de Processo Civil³¹⁶. Por outro lado, o DB não recebe força jurisdicional, pois sua natureza jurídica é contratual.

Segundo o artigo 18, da LArb³¹⁷, os árbitros, terceiros imparciais escolhidos pelas partes para dirimir o conflito, são considerados juízes de fato e de direito. Os membros do DB, por sua vez, desempenham função em caráter *sui generis*, a depender da modalidade em que foram alocados. Ora fomentam a autocomposição, ora atuam como julgadores (heterocomposição).

Também segundo a LArb, a sentença arbitral é irrecorrível e possui força de título executivo judicial. Por outro lado, a decisão do DB, embora vincule as partes contratualmente, não possui força de título executivo judicial, em razão da ausência de caráter jurisdicional sobre o mecanismo. Na realidade, as decisões do DB geram aditivo contratual e, por essa razão, podem ser revistas seja pelo Poder Judiciário, seja por um Tribunal Arbitral.

De forma geral, a arbitragem costuma ser um mecanismo de alto custo às partes. Esta é uma diferença e, ao mesmo tempo, uma vantagem do *dispute board*, pois o valor do procedimento tende a ser menor que o de uma arbitragem, considerando que é diluído ao longo dos anos de execução do projeto e que o mecanismo objetiva prevenir conflitos e garantir a fluidez da obra.

³¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 125.

³¹⁶ Do Código de Processo Civil, promulgado no ano de 2015, extraem-se os seguintes textos: “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.”; “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral [...]”. *vide* BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 nov. 2023.

³¹⁷ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” *vide* BRASIL. **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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

Ressalta-se, por fim, uma diferença entre os perfis de árbitros e *experts* integrantes dos *boards*, como mencionado por Felipe Varela Mello:

Nos *dispute boards*, os membros do *board* têm experiência e familiaridade com métodos consensuais de solução de conflitos, além de boas habilidades sociais, em razão da função preventiva já mencionada. Nos tribunais arbitrais, tais atributos não são exigidos. Durante o procedimento, assim como na arbitragem, os membros do *board*, quando acionados para resolver uma disputa, exercem cognição, designam audiência, tomam o depoimento das partes, ouvem testemunhas e podem determinar a produção de prova pericial. Apesar disso, diferente dos árbitros que recebem as informações após o litígio, o comitê está constantemente recebendo informações acerca da execução do projeto via relatórios periódicos, além de frequentarem reuniões ordinárias com as partes e realizarem visitas técnicas ao local de execução do projeto³¹⁸.

Na mesma esteira, comparando-se as funções dos árbitros com aquelas desenvolvidas pelos membros do DB, Silva Neto e Salla consideram que os *experts*, no âmbito de um *board*, possuem maior familiaridade com o projeto e, conseqüentemente, um rápido nivelamento de informações relacionadas ao contexto que engloba eventual disputa. Os árbitros, no entanto, não costumam ter a mesma profundidade de análise, pois têm contato apenas com os documentos acostados no procedimento arbitral, longe de uma atuação preventiva durante a execução do projeto³¹⁹.

Para Arnoldo Wald, apesar das diferenças, a arbitragem e o DB devem ser considerados mecanismos complementares³²⁰. Isso porque, em que pese a incontestável eficácia dos DB, pode ocorrer de uma das partes discordar da decisão ou recomendação emitida pelo comitê. Nestes casos, a parte insatisfeita com a decisão pode recorrer à arbitragem ou ao Poder Judiciário e, inclusive, utilizar as recomendações e decisões do DB como meio de prova.

Uma vez comparados os mecanismos adequados de solução de conflitos, observa-se que o *dispute board* se destaca por, tal qual os ornitorrincos, ser único em sua espécie e apresentar como diferencial o auxílio para que as partes solucionem seus conflitos em tempo real e, ainda, permitir que os *experts* conheçam os envolvidos do projeto, o que “traz mais cores para a compensação dos problemas ao considerar o fator humano e relacional da sua gênese³²¹”.

³¹⁸ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 74-75.

³¹⁹ SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 42.

³²⁰ WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 146.

³²¹ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 54.

Traçados todos os aspectos teóricos e práticos, relevantes à compreensão do DB, não há dúvidas de que suas potencialidades promoveram, ao redor do mundo, um novo espectro no âmbito da gestão de conflitos. Naturalmente, o DB não poderia deixar de estampar o cenário brasileiro, em que tem percorrido relevante trajetória da incipiência à introdução no ordenamento jurídico pátrio. Mais do que isso, após consolidada a jornada dos DBs no arcabouço jurídico brasileiro, deve-se investigar a viabilidade da sua utilização, pelas lentes da eficiência, o que será objeto do capítulo a seguir.

3 A EFICIÊNCIA DOS *DISPUTE BOARDS* NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA: CONTRIBUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme evidenciado no capítulo anterior, o *dispute board* é uma *criatura do contrato* e, a partir daí, suas principais características foram apresentadas ao leitor. Por meio do DB, com sua natureza jurídica contratual, as partes contam com o acompanhamento da obra em tempo real pelo comitê, o qual pode emitir recomendações e/ou proferir decisões, a depender de qual modalidade do DB foi instaurada (recomendação, adjudicação ou misto).

Além disso, ressaltou-se que o DB, embora apresente algumas características em comum com outros mecanismos de solução de disputas, como a negociação, a mediação e a arbitragem, com eles não se confunde, diferenciando-se, justamente, pela potencialidade de oferecer o acompanhamento da obra em *real time* e, assim, prevenir conflitos.

Embora o DB seja realidade consolidada no cenário internacional, importa voltar os olhares para sua utilização no Brasil, mais especificamente nos contratos administrativos de infraestrutura, objeto deste estudo.

Afinal, se, por um lado, sua utilização ganha ainda mais força e respaldo legislativo no país, por outro lado questiona-se a eficiência desse mecanismo, em especial diante do vasto rol de possibilidades à disposição do poder público (como a arbitragem e a mediação, por exemplo). Para possibilitar essa investigação, torna-se preciso voltar os olhos para as contribuições da análise econômica do direito (AED), a fim de examinar a sua eficiência nos contratos administrativos de infraestrutura.

3.1 OS DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIROS: O CAMINHO DA DESCONFIANÇA À INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mediação, conciliação, arbitragem e *dispute boards*. Todos esses mecanismos, não de forma exclusiva³²², integram o cenário brasileiro dos chamados ‘meios adequados de solução de conflitos’. Mais do que isso, materializam o ideário do *multi-door courthouse*³²³ (ou, em

³²² A mediação, a conciliação e a arbitragem foram citadas neste trecho como exemplos de meios adequados de solução de conflitos, sem qualquer pretensão de enquadrá-los como exclusivos neste cenário. Além desses mecanismos, existem diversos outros, como a negociação, o design de sistema de disputas (DSD), as cláusulas escalonadas e *online dispute resolution* (ODR).

³²³ “A teoria do Tribunal Multiportas – *Multidoor Courthouse System* foi desenvolvida por Frank Ernest Arnold Sander no ano de 1976, em um documento de sua autoria denominado *Varieties of dispute processing* (Variedades do processamento de conflitos), na *Global Pound Conference*, ocorrida na cidade de Saint Paul, Minnesota,

tradução literal, Tribunal Multiportas), cujas raízes foram instituídas por Frank Sander, ainda nos anos 70, como uma proposta de sistema em que cada conflito “deve receber o tratamento que lhe for mais apropriado, seja pela heterocomposição, seja pela autocomposição³²⁴³²⁵”.

No Brasil, já havia indícios de que a implementação do Tribunal Multiportas seria parte natural e indissociável da sedimentação dos meios adequados de solução de conflito no ambiente jurídico. Tanto é assim que a Lei de Arbitragem foi promulgada no ano de 1996, refletindo os esforços da comunidade arbitral e os anseios do empresariado brasileiro³²⁶. No mesmo embalo, e representando uma possível “porta” à disposição dos jurisdicionados, no ano de 1995 foi promulgada a Lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Mas foi com a Resolução nº 125, de 29 de dezembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que a situação efetivamente ganhou novos contornos. Trata-se de importante iniciativa institucional do Poder Judiciário para o incentivo da utilização de mecanismos consensuais. Para Francisco José Cahali:

Consolidou-se no Brasil, então, com a Res. 125/2010 a implantação do chamado Tribunal Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação,

Estados Unidos da América, justamente para encontrar uma alternativa ao sistema judiciário Norte Americano, que se encontrava com grande dificuldade na resolução dos processos. Nesta conferência, Frank E. A. Sander propôs que formas alternativas de resolução de disputas fossem usadas para reduzir a dependência de litígios convencionais pela via judicial (a qual é centrada na figura do Órgão Julgador) e que sejam utilizadas outras opções de resolução de conflitos. [...] De acordo com essa teoria, para o estabelecimento de um sistema multiportas de solução de conflitos devem ser consideradas quatro bases fundamentais, quais sejam: i) a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos; (ii) a escolha do método a partir de uma triagem feita por um expert; (iii) adequada formação dos profissionais que irão manejar o conflito a partir destes métodos, incluindo advogados e mediadores/conciliadores; (iv) existência de uma política pública de conscientização sobre os benefícios de se adotar os meios alternativos, além da adequação da destinação de recursos, e economia a ser gerada no sistema judiciário com o incentivo à utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos – MASC”. *Vide* RAMIDOFF, Mário Luiz; BORGES, Wilian Roque. Teoria do Tribunal Multiportas: Aplicação da Mediação no Direito Brasileiro. **Gralha Azul**, Periódico Científico da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, p. 5-12, ago./set. 2020, p. 6.

³²⁴ PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes; COSTA, Patrícia Ayub. Online dispute resolution: dos tribunais físicos às plataformas digitais. *In*: BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; RIBEIRO, Suzane de França; MUNIZ, Tânia Lobo. **Gestão de Conflitos**: a contribuição da tecnologia para os mecanismos de resolução de conflitos. Londrina: Engenho das Letras, 2021, p. 67-88, p.70.

³²⁵ “Ressalta-se, porém, que a utilização desses mecanismos não se justifica como mera forma de remediar a crise do Poder Judiciário, tampouco como supedâneo ao congestionamento processual. Eles fazem parte de um movimento ainda maior, pautado na reconstrução da autonomia das partes e na busca pela cultura da pacificação” *vide* PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes; COSTA, Patrícia Ayub. Online dispute resolution: dos tribunais físicos às plataformas digitais. *In*: BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; RIBEIRO, Suzane de França; MUNIZ, Tânia Lobo. **Gestão de Conflitos**: a contribuição da tecnologia para os mecanismos de resolução de conflitos. Londrina: Engenho das Letras, 2021, p. 67-88, p.70.

³²⁶ *Vide* notas 164 e 165.

conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.), representa uma ‘porta’, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito³²⁷.

Desde então, o Brasil estruturou um verdadeiro microssistema responsável por respaldar e incentivar a utilização dos meios adequados de solução de conflito, destacando-se a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), a reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015), o próprio Código de Processo Civil de 2015 e o recente reconhecimento de todos esses mecanismos pela Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021).

Diferentemente do que acontece com suas “irmãs mais velhas” – arbitragem, conciliação e mediação –, a utilização do *dispute board* ainda é incipiente e, de certo modo, embrionária. Em consequência disso, até o momento não há lei federal que se destine a regulamentar o mecanismo, como acontece com a mediação e a arbitragem, por exemplo. Para Stinevsky, a ausência de regulamentação normativa, por lei específica, não seria necessária, tampouco se configuraria um óbice para a utilização do DB, pois:

Entendemos que o *dispute board*, por ser um método que viabiliza a prevenção de controvérsias, deve ter existência extrajudicial, sem a necessidade de fazer uso de leis, mas tão somente dos regulamentos definidos pelos envolvidos. [...] O *dispute board* é um método baseado em regulamentos. Por tal razão, a elaboração de lei específica para o *dispute board* não é necessária, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a autonomia da vontade como suficiente para tornar as decisões vinculantes e passíveis de execução por meio da natureza jurídica contratual que resguarda a viabilidade do *dispute board*, tendo em vista que as partes optaram por esse método, com a finalidade de resolver suas controvérsias e evitar o uso da arbitragem ou do Judiciário³²⁸.

No entanto, a própria autora reconhece que “os brasileiros não estão acostumados a cumprir uma decisão que não seja Judicial ou não esteja regulamentada em lei”, o que reforça a importância da legislação, sobretudo para garantir segurança jurídica às partes e aos eventuais investidores.

Feita esta ressalva, é preciso ressaltar que a ausência de lei federal específica sobre o *dispute board* no país, não significa, porém, que o DB careça de qualquer arcabouço normativo. Pelo contrário. Apesar de sua utilização e de seus registros doutrinários ser ainda tímidos no país, já há um contexto normativo relevante e que serve como prelúdio para as evoluções que estão por vir e que, por tal razão, merecem ser explicitados a seguir.

³²⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67.

³²⁸ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 66-67.

Para tanto, transporta-se o leitor para o início dos anos 2000, pouco tempo após a promulgação da Lei de Arbitragem no país e, portanto, época em que os meios adequados de solução de conflitos no país ainda eram vistos com cautela pelos *players* do mercado e pelos próprios juristas. Esse foi o plano de fundo na ocasião em que o Governo do Estado de São Paulo realizou o lançamento da licitação internacional para a construção da Linha 4 – Amarela, da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô³²⁹³³⁰, em 2003. A grandiosidade do projeto era facilmente perceptiva, por se tratar da primeira Parceria Público-Privada aplicada no país³³¹.

Na ocasião, o Governo do Estado de São Paulo, para fins de viabilizar a execução da obra, pleiteou o financiamento do Banco Mundial³³². Como já abordado no capítulo 2, em razão das exigências do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), os financiamentos realizados por bancos internacionais deveriam incluir a cláusula de *dispute boards* em todos os contratos de valor superior a U\$\$ 50 milhões³³³. Como a primeira fase do contrato firmado pela Administração Pública atingia a marca de R\$ 1,8 bilhões, o instrumento não só previu a obrigatoriedade da utilização de arbitragem como forma de resolução definitiva dos litígios, como também, pela primeira vez em contratos administrativos brasileiros, determinou a utilização do *dispute review board*, sistema bastante comum em ambiente norte-americano³³⁴.

³²⁹ Para conhecer as minúcias por trás da utilização do *dispute boards* no clássico caso da Linha Amarela do Metrô de São Paulo, deve-se consultar a seguinte referência: JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. In: TRINDADE, Bernardo Ramos Trindade (org.). **Comitê de Resolução de Disputas – CRD nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016.

³³⁰ JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. In: TRINDADE, Bernardo Ramos Trindade (org.). **Comitê de Resolução de Disputas – CRD nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 170.

³³¹ ESTADO DE SÃO PAULO. Governo do Estado de São Paulo. **Governo de São Paulo assina a primeira PPP do país**: Secretário dos Transportes Metropolitanos assina contrato da Parceria Público-Privada para Linha 4 do Metrô de São Paulo. 29 nov. 2006. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/governo-de-sao-paulo-assina-a-primeira-ppp-do-pais/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

³³² MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos**: Solução de Conflitos, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017, p. 111.

³³³ JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. In: TRINDADE, Bernardo Ramos Trindade (org.). **Comitê de Resolução de Disputas – CRD nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 170.

³³⁴ JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. In: TRINDADE, Bernardo Ramos Trindade (org.). **Comitê de Resolução de Disputas – CRD nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 171.

Em termos de legislação pátria, a exigência do Banco Mundial pela utilização do DB encontrou acolhida no conteúdo do artigo 42, da Lei Federal nº 8.666/1993, que dispõe:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

[...]

§ 5º. Para a realização das obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior³³⁵.

Como forma de melhor detalhar essa primeira experiência, Skitnevsky traduz:

O projeto da Linha Amarela continha três contratos, totalizando 1,55 bilhões de dólares, firmados em 1 de outubro de 2003 com a participação de uma Junta de engenheiros. A atuação do Dispute Board no projeto do Metrô contou com a participação dos Engenheiros Jorge Pinheiro Jobim, Rui Arruda Camargo e Roberto Ricardino que compunham a junta que atuava no decorrer do projeto por solicitação das partes. Foram emitidas 11 recomendações até o encerramento dos trabalhos, em 2015, por parte dos engenheiros nomeados. Os relatórios de recomendação eram apresentados pela Junta no prazo de 4 a 10 meses, dependendo da complexidade da disputa, com a finalidade de evitar a paralisação³³⁶.

Embora promissora e alvo de entusiasmo, ‘nem tudo foram flores’ nesta primeira experiência brasileira com os DB. Resgatando as memórias, Fernando Marcondes descreve que, durante a execução da obra, o contratante recorreu a arbitragem em todas as recomendações emitidas pelo *board* que contrariavam seus interesses³³⁷. Não bastasse, nas arbitragens, quando recebia decisões desfavoráveis, buscava o Poder Judiciário. Para o autor, isto foi um claro indício de que a implantação do DB nesse primeiro contato foi decorrente, exclusivamente, da

³³⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

³³⁶ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 67.

³³⁷ MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos**: Solução de Conflitos, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017, p. 111.

exigência do banco financiador e não para servir de instrumento de prevenção de conflitos às partes³³⁸.

Para Jobim, Ricardino e Camargo a ausência de lei federal específica sobre DB também foi um obstáculo nessa primeira experiência:

Percebeu-se que o principal obstáculo à aceitação e consequente utilização do instrumento deriva da inexistência de lei federal específica sobre CRB, colocando em posição desconfortável tanto o gestor da empresa pública como o da iniciativa privada. Ao gestor de órgão público, porque lhe falta respaldo jurídico perante os órgãos de controle, tornando lógica a sua decisão de priorizar o direito de recorrer à arbitragem, pois esta lhe traz o suporte da já citada Lei nº 9.307/1996. Já o gestor de entidade privada, ante a percepção de que é alta a probabilidade do gestor público não aceitar uma Recomendação, tende a enxergar o CRD como um custo adicional³³⁹.

Apesar dos entraves, a primeira utilização do DB nos contratos administrativos brasileiros é um grande marco, pois abriu, em definitivo, as portas para o mecanismo e, ainda segundo Marcondes, contou com a atuação séria e comprometida dos membros do *board*, que desempenharam a função com excelência³⁴⁰.

Com a bagagem já iniciada, era questão de tempo para que discussões relacionadas à possibilidade de utilização do *dispute board* no ordenamento jurídico brasileiro chegassem até o Superior Tribunal de Justiça [STJ] para a devida apreciação. E assim ocorreu.

No ano de 2016, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.569.422 – RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, acabou por reconhecer e validar os *dispute boards*, ainda que de forma tangencial. Diz-se tangencial, pois a questão principal para o julgamento do caso versava sobre a possibilidade da cláusula que determinava o procedimento avaliatórios de ações societárias pertencentes a uma das partes ser enquadrada, ou não, como cláusula compromissória. Ou seja, o *dispute board*, em si, não era o tema abordado na lide³⁴¹.

³³⁸ MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017, p. 111.

³³⁹ JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. *In*: TRINDADE, Bernardo Ramos Trindade (org.). **Comitê de Resolução de Disputas – CRD nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre a aplicação de *dispute boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 189.

³⁴⁰ MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017, p. 111.

³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.569.422-RJ (2015/0177694-9)**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe:20/05/2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1569422_25f89.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1700676674&Signature=oLBXr5KirqWOOdSRF8One%2B%2BbbLQ%3D. Acesso em: 22 nov. 2023.

Ainda assim, na ocasião, o Ministro Relator, ao adentrar no debate relacionado à distinção dos termos “árbitro x arbitrador, perito, etc.” fez menção expressa ao DB, para aproximar a distinção de tais termos com a gênese do próprio mecanismo³⁴².

Fazendo alusão ao atemporal texto escrito por Arnoldo Wald³⁴³, e, de tal maneira, demonstrando conhecimento refinado sobre o assunto, o Ministro assim dispôs em seu voto, que se sagrou vencedor:

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 Arnoldo 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 Boardes - 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. Sobre tais considerações, de extrema valia, como adiantado, trazer à colação o escólio de Arnoldo Wald, que, após tecer um detido estudo de Direito Comparado sobre os institutos sob comento (árbitro x arbitrador/arbitragem contratual e dispute boards), propõe uma interpretação aberta aos diversos métodos de heterocomposição dos conflitos de interesses, sempre com adstrição, necessariamente, ao princípio da autonomia da vontade³⁴⁴.

³⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.569.422-RJ (2015/0177694-9)**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe:20/05/2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1569422_25f89.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1700676674&Signature=oLBXr5KirqWOOdSRF8One%2B%2BbbLQ%3D. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁴³ O texto mencionado pelo ministro relator é “A arbitragem contratual e os *dispute boards*”, escrito por Arnoldo Wald no ano de 2005 e publicado na Revista de Arbitragem e Mediação. Seu conteúdo pode ser considerado clássico na literatura brasileira sobre o tema e foi, em diversos momentos, mencionado neste trabalho.

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.569.422-RJ (2015/0177694-9)**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe:20/05/2016. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1569422_25f89.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1700676674&Signature=oLBXr5KirqWOOdSRF8One%2B%2BbbLQ%3D. Acesso em: 22 nov. 2023.

Com o reconhecimento do STJ, o *dispute board* despertou a confiança dos *players* e movimentou defensores e entusiastas de sua utilização. Os avanços seriam, portanto, decorrência natural do breve caminho descrito até aqui.

Ainda em 2016, após o posicionamento do STJ, o Conselho da Justiça Federal [CJF], em decorrência da I Jornada de Prevenção e Solução de Litígios, emitiu três enunciados que dispõem sobre o uso do DB, a saber:

Enunciado 49. Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Enunciado 76. As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.

Enunciado 80. A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos³⁴⁵.

Em que pese os enunciados acima elencados não disponham de caráter normativo vinculante, sua importância está em dois fatores, em especial: (a) o primeiro, pois demonstra a magnitude do reconhecimento do uso do DB pelo STJ e (b) o segundo, porque os enunciados passam a orientar a posição dos magistrados e da doutrina, reforçando o compromisso com a solidificação do mecanismo³⁴⁶.

Alguns anos mais tarde, e já com a decisão do STJ repercutindo no ambiente jurídico, foi a vez do Tribunal de Justiça de São Paulo posicionar-se a respeito dos DBs. Como decorrência da experiência pioneira do *dispute board* no Brasil, referente ao projeto da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, em 2018 tornou-se pública a judicialização do caso.

Na ocasião, a Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de obrigação, cumulada com revisão de decisão proferida por comitê, em face do Consórcio TC Linha 4 – Amarela, que englobava as empresas Tiisa

³⁴⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL [CJF]. **Enunciados da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/912>. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁴⁶ MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do *dispute board* por empresas públicas e sociedades de economia mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 435-457.

Infraestrutura e Investimentos S.A. e COMSA S.A.³⁴⁷. Em exordial, o Metrô questionava decisão emitida pelo DB, que o determinou o pagamento de remuneração oriunda da prestação de serviços de retirada de solo contaminado da Vala a Céu Aberto Vila Sônia. Em primeiro grau, a tutela de urgência requerida pelo Metrô, com o objetivo de evitar o cumprimento imediato da recomendação vinculativa do DB, foi deferida pelo magistrado.

O Consórcio, por sua vez, interpôs o agravo de instrumento de nº 2096127-39.2018.8.26.0000, ocasião em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão que também remonta a historicidade sobre o tema, reformou a decisão de primeiro grau e, sobretudo, prestigiou os *dispute boards*, como se atesta no trecho abaixo:

As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que norteiam o contrato administrativo nº 4107521301. A concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos pela lei, isto é, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo (CPC, art. 300, 'caput'), apreciados pelo juiz de acordo com seu livre convencimento. Presentes tais requisitos, nada obsta o deferimento da tutela antecipatória, sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do 'dispute board'; mas a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado. [...] A decisão do CRD (fls. 714/759, aqui fls. 540/585), no entanto, aborda minuciosamente as questões que preocuparam o juiz, notadamente a (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo, sem nenhuma repercussão na solução do problema; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo, alegada pelo Metrô apenas meses após a conclusão dos trabalhos de deposição dos resíduos; e (iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica, isto em razão da escassez de empresas no mercado capazes de executar o serviço e sem insurgência do Metrô até 16-5-2017, quando finalmente manifestou oposição (aqui fls. 829/832)³⁴⁸.

Nesse embalo, não tardou para que legislações municipais começassem a despertar no horizonte do ordenamento jurídico pátrio. A pioneira foi a Lei Municipal nº 16.873, de 2018³⁴⁹,

³⁴⁷ A ação, em primeiro grau, tramitou sob nº 1014265-98.2018.8.26.0053, perante a 12ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP.

³⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000**. 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Des. Torres de Carvalho, DJe: 30/07/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/608545431/inteiro-teor-608545451>. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁴⁹ BRASIL. Estado de São Paulo. **Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018/detalhe/626c1d59141192368bbe69d0#:~:text=Reconhece%20e%20regulamenta%20a%20instala%C3%A7>

de São Paulo, responsável por reconhecer e regulamentar a instalação de DB em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Posteriormente, em 2021, a lei em questão foi regulamentada pelo Decreto nº 60/067/2021³⁵⁰.

A partir daí, uma série de legislações municipais acerca dos *dispute boards* foi promulgada, tais como: Lei Municipal nº 11.241/2020, de Belo Horizonte³⁵¹; Lei Municipal nº 12.235/2020, de Sorocaba³⁵²; Lei Municipal nº 12.810/2021, de Porto Alegre³⁵³. Cita-se, ainda, a Lei Estadual nº 15.812/2022³⁵⁴, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 56.423/2022³⁵⁵, que prevê a instituição do DB nos contratos administrativos continuados celebrados pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Significa dizer que o microsistema normativo do *dispute board*, nos últimos anos, está ganhando forma. Apesar disso, não há como desconsiderar que, até 2021, chamava atenção a ausência de disposição normativa federal a respeito do assunto. Mas a situação estava prestes a mudar definitivamente.

%C3%A3o.pela%20Prefeitura%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.&text=Decreto%20n%C2%BA%2060.067%2F2021%20%2D%20Regulamenta%20a%20Lei. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵⁰ BRASIL. Município de São Paulo. **Decreto nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021**. Regulamenta a Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos de obras públicas e de execução continuada celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60067-de-10-de-fevereiro-de-2021>. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵¹ BRASIL. Município de Belo Horizonte. **Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020**. Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/11241/2020#:~:text=Lei%20%2D%2011241%2F2020&text=Ementa%3A%20Regulamenta%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,contrato%20administrativo%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o%20co>ntinuada. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵² BRASIL. Município de São Paulo. **Lei nº 12.235, de 13 de outubro de 2020**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Administração Direta e Indireta do Município de Sorocaba e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sp/s/sorocaba/lei-ordinaria/2020/1224/12235/lei-ordinaria-n-12235-2020-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-administracao-direta-e-indireta-do-municipio-de-sorocaba-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵³ BRASIL. Município de Porto Alegre. **Lei nº 12.810, de 3 de março de 2021**. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute boards*) nos contratos administrativos celebrados pelo Município de Porto Alegre. Disponível em: https://www.camarapoa.rs.gov.br/draco/processos/134686/Lei_12810.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵⁴ BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. **Lei nº 15.812, de 17 de março de 2022**. Prevê a instituição de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pelo Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15812-2022-rio-grande-do-sul-preve-a-instituicao-de-comite-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pelo-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵⁵ BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. **Decreto nº 56.423, de 17 de março de 2022**. Regulamenta o disposto na Lei nº 15.812, de 17 de março de 2022, que prevê a instituição de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pelo Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/decreto-n-56423-2022-rio-grande-do-sul-regulamenta-o-disposto-na-lei-no-15-812-de-17-de-marco-de-2022-que-preve-a-instituicao-de-comite-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pelo-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 22 nov. 2023.

No ano de 2020, na I Jornada de Direito Administrativo, a aprovação do Enunciado 10 chamou atenção, ao dispor:

Enunciado 10. Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board³⁵⁶.

Tal enunciado misturou-se aos rumores de uma possível Nova Lei de Licitações, que poderia, enfim, contemplar e legitimar os mecanismos adequados de solução de conflitos, incluindo os *dispute boards*. Contudo, enquanto referida lei, já aprovada pelo Plenário do Senado Federal, dependia apenas da sanção pelo Presidente da República³⁵⁷, o Tribunal de Contas da União, no final de 2020, proferiu decisão que contrariava todo o contexto favorável ao DB que vinha sendo construído no país, seja nas legislações, seja na jurisprudência.

É que ao analisar os atos preparatórios da privatização das rodovias nos estados do Mato Grosso e do Pará, em projeto conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), o Tribunal de Contas da União (TCU), no acórdão 4037/2020, restringiu o uso de *dispute board* e condicionou a sua utilização à prévia regulamentação do mecanismo pela ANTT. Para os conselheiros do TCU, o DB não seria mecanismo previsto em lei federal, tampouco regulamentado pela ANTT, o que obstaculizaria o seu uso nas concessões em questão, tendo em vista que a ausência de norma poderia levar à questionamentos judiciais ou arbitrais por parte da concessionária, prejudicando a execução contratual³⁵⁸.

Para Ricardo Medina Salla e Gabriela Duque, a decisão do TCU é questionável, pois inexistente norma que exija qualquer tipo de regulamentação acerca do DB e, ainda, acaba por interferir, indevidamente, no campo decisório da ANTT³⁵⁹. Na mesma linha, Ane Perez ressalta o Brasil e o mundo caminham no sentido do uso dos DBs nos contratos de infraestrutura, de

³⁵⁶ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL [CJF]. **I Jornada de Direito Administrativo aprova 40 enunciados**. 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵⁷ PEREZ, Ane. Decisão do TCU sobre o uso de *dispute board* é um retrocesso. **Consultor Jurídico**, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ane-perez-decisao-tcu-uso-dispute-board/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4037/2020**. Processo nº 018.901/2020-4. Relator: Min. Benjamin Zymler. DJe: 08.12.2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/processo/018.901%252F2020-4.%2520/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0>. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁵⁹ SALLA, Ricardo Medina; DUQUE, Gabriela. **Uso dos *dispute boards* no Brasil está sob risco de retrocesso**. Toledo Marchetti Advogados, 7 mar. 2021. Disponível em: <https://www.toledomarchetti.com.br/destaques/artigos/conjur-uso-dos-dispute-boards-no-brasil-esta-sob-risco-de-retrocesso/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

modo que, se os órgãos de controle não acompanharem a evolução dos mecanismos de gestão contratual e de conflitos, prendendo-se aos formalismos, estes contratos “ficarão eternamente relegados às concepções ilusionistas e ultrapassadas do que se pode entender por interesse público³⁶⁰”.

Fazendo cair por terra qualquer desconfiança em relação à legalidade do mecanismo, em 1º de abril de 2021, foi publicada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), que revoga, na forma prevista do artigo 193 do referido diploma, a Lei de Licitações anterior (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e parcela da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011).

A nova lei, que modernizou a sistematização de contratos administrativos no país, trouxe consigo um grande espectro de inovação. Seu décimo segundo capítulo foi destinado para disciplinar os meios adequados de solução de conflitos, por meio dos artigos 151 a 154. Na íntegra, o texto normativo dispõe:

CAPÍTULO XII

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes³⁶¹.

De fato, com relação à mediação, à conciliação e à arbitragem nos contratos públicos, a os artigos acima não representam novidade. Afinal, a utilização de tais mecanismos na seara administrativa já era sedimentada na legislação. Porém, com relação ao *dispute board*, a Nova Lei de Licitações, sem dúvidas, representa um incontestável avanço. Trata-se da primeira vez que o mecanismo é, efetiva e expressamente, mencionado em lei federal.

³⁶⁰ PEREZ, Ane. Decisão do TCU sobre o uso de *dispute board* é um retrocesso. **Consultor Jurídico**, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ane-perez-decisao-tcu-uso-dispute-board/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁶¹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

Evidentemente, não se pretende, nesta ocasião, esmiuçar o conteúdo de cada um dos artigos que compõem o Capítulo XII da referida lei. O objetivo é, justamente, enfatizar a “coroação” do *dispute board*, após um longo caminho de desconfianças jurídicas.

Não se despreza o fato de que o legislador, apesar de ter mencionado o mecanismo de forma expressa, não se dedicou a regulamentá-lo nos detalhes. Os dispositivos são breves e até mesmo superficiais, funcionando como cláusulas gerais. Ainda assim, não se entende a conduta do legislador como errônea ou equivocada, pois o seu êxito está no incentivo e na propagação dos meios adequados de solução de conflitos, incluindo, enfim, o *dispute boards*, fator imprescindível para o caminho de sua solidificação no ordenamento jurídico pátrio.

Além disso, acredita-se que, se o legislador tivesse agido em sentido oposto, e detalhado a utilização dos *dispute boards*, de forma minuciosa, poderia acabar por engessar o procedimento e inviabilizar, tão cedo, sua utilização.

Daí decorre que, uma vez autorizado por lei federal e consolidado um microsistema normativo a respeito de sua utilização, cresce o espaço para que uma legislação específica sobre a sua utilização, assim como faz a Lei de Arbitragem, seja promulgada.

Não bastasse, a ANTT, como resposta às desconfianças do TCU, inseriu em sua Agenda Regulatória de 2023/2024³⁶², a regulamentação dos *dispute boards* em seus contratos. Para tanto, audiências públicas foram realizadas ao longo do ano de 2023, reunindo estudiosos e profissionais da área, para conferir segurança jurídica ao instituto e melhor dialogar com os órgãos de controle³⁶³. A expectativa é de que, em breve, a resolução da ANTT que disciplinará sobre a utilização dos DB esteja pronta e passe a vigorar.

Atualmente, são dois os projetos de lei federal que tratam especificamente do DB, quais sejam: Projeto de Lei nº 2.421/2021³⁶⁴ (antigo Projeto de Lei nº 206/2018), de autoria do

³⁶² BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres [ANTT]. Conteúdos do Portal AR: **Regulamentação acerca do Comitê de Resolução de Conflitos (Dispute Board) no âmbito das concessões de rodovias e ferrovias**. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/pagina-de-teste/-/asset_publisher/zhlGU1mXEzF5/content/regulamenta%25C3%25A7%25C3%25A3o-acerca-do-comit%25C3%25AA-de-resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o-de-conflitos-dispute-board-no-%25C3%25A2mbito-das-concess%25C3%25B5es-de-rodovias-e-ferrovias/3116054. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁶³ REISDORFER, Guilherme F. A audiência pública 6/23 e a perspectiva do uso de *dispute boards* pela ANTT. **JOTA**, 08 ago. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-audiencia-publica-6-23-e-a-perspectiva-do-uso-de-dispute-boards-pela-antt-08082023>. Acesso em: 26 nov. 2023; SAMPAIO, Guilherme Theo *et al.* Regulamentação do *dispute board* no âmbito da ANTT: um convite para o diálogo. **Consultor Jurídico**, 8 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-08/opiniao-regulamentacao-dispute-board-ambito-antt/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

³⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PLS nº 206/2018**. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01t5madh2kkgot13i7vq1vq5t695069424.node0?codteor=2042718&filename=Avulso+-PL+2421/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PLS+206/2018%29. Acesso em: 22 nov. 2023.

senador Antônio Anastasia, que visa a regulamentação da instalação do *board* em contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e Projeto de Lei nº 9.883/2018³⁶⁵, apensado ao Projeto de Lei nº 2421/2021, de autoria do deputado Pedro Paulo, que dispõe sobre a utilização do *dispute board* em contratos administrativos em âmbito nacional.

Ou seja, os ventos sopram para que, em breve, o *dispute boards* se junte às suas “irmãs mais velhas” e conte com lei federal própria, tornando-se, definitivamente, incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro e ferramenta indispensável aos contratos firmados pela Administração Pública.

De qualquer modo, enquanto se aguarda por cenas dos próximos capítulos, o fato é que já não há qualquer justificativa para sustentar eventuais desconfiâncias acerca da utilização dos DB em contratos administrativos brasileiros. Além de ser prática consolidada internacionalmente, exigida pelas instituições financeiras internacionais, também é reconhecida pelo STJ, regulamentada em diversas leis municipais e, finalmente, autorizada, de forma expressa, por lei federal.

Nem mesmo a desconfiância inicial do TCU é capaz de tornar o mecanismo descredibilizado no contexto dos contratos administrativos, pois, em primeiro lugar, o posicionamento do órgão de controle contraria todo o cenário legislativo e jurisprudencial estruturado no país, de modo que não tardará para que tal posicionamento evolua e acompanhe a tendência; em segundo lugar, pois as agências reguladoras não se calaram diante dos retrocessos evidenciados pelo TCU e, em resposta, têm empreendido esforços para fortalecer e regulamentar o mecanismo.

Embora a trajetória legislativa descrita seja de incontestável entusiasmo, os desafios não se cessam com a autorização do *dispute board* na Nova Lei de Licitações. A autorização do mecanismo por lei federal não garante, necessariamente, que sua utilização será realizada pela Administração Pública. Afinal, há uma miríade de mecanismos à disposição do gestor público. Muitos deles, inclusive, já passaram da fase embrionária em que ainda está o DB e, portanto, já estão, de maneira mais natural, inseridos no cotidiano da Administração Pública.

Para que o *dispute board* não se torne “letra morta” disposta nas legislações citadas neste tópico, e torne inócuo todo o esforço empreendido até o momento, é preciso identificar os seus indicadores de eficiência, a fim de fornecer subsídios para que a Administração Pública possa, efetivamente, se aproveitar de todas as potencialidades promovidas pelo mecanismo. Afinal, a

³⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL nº 9883/2018**. Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) em contratos administrativos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 22 nov. 2023.

eficiência está diretamente ligada à segurança jurídica, responsável por reduzir custos de transação e fortalecer às cadeias de incentivo. Tais conceitos são intrínsecos à Análise Econômica do Direito (AED), tornando-se necessário delinear os principais traços dessa metodologia para que se possa cumprir com os fins propostos por este estudo.

3.2 PARALELOS QUE SE ENTRELACAM: NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE O SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Nos estudos da Geometria Analítica, definem-se como retas paralelas aquelas coplanares, que jamais se interceptam e, portanto, não possuem pontos em comum. Estabelecendo uma analogia com o campo dogmático, o Direito e a Economia, se analisados à primeira vista e superficialmente, nada mais seriam se não retas paralelas.

Não se olvida que Direito e Economia lidam, ambos, com questões problemáticas envolvendo coordenação, estabilidade e eficiência no panorama social³⁶⁶. Entretanto, coplanares como aparentemente são, possuem perspectivas, metodologias e objetivos distintos.

Para Ivo T. Gico Jr., enquanto o direito é, de forma objetiva, “a arte de regular o comportamento humano”, a economia, a seu turno, “é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências³⁶⁷”.

Bruno Meyerhof Salama, em complemento, dispõe:

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade³⁶⁸.

Diante de óticas tão diferentes para se analisar os mesmos fenômenos é que a “relação entre economistas e juristas sempre foi marcada por diferenças não raro intransponíveis, tendo sido alvo de piadas e ácidas recriminações mútuas³⁶⁹³⁷⁰”. Juristas e economistas, em um

³⁶⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61, p. 49.

³⁶⁷ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26.

³⁶⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61, p. 49.

³⁶⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3.

³⁷⁰ “É conhecida, por exemplo, a aversão que John Maynard Keynes tinha por advogados: certa vez, durante a reunião de Bretton-Woods, o ilustre economista britânico teria afirmado que os advogados eram os únicos na face da terra que transformavam a poesia em prosa e a prosa em jargão. [...] Os economistas igualmente são alvo fácil

verdadeiro ringue de retas coplanares, desaguam em um perigoso efeito colateral que os leva à “incomunicabilidade dos discursos, um verdadeiro ‘diálogo de surdos³⁷¹’”, lutando pela sobressalência de um em detrimento do outro.

Porém, de forma diversa do que ocorre na Geometria Analítica, as retas que representam o Direito e a Economia são cortadas por uma transversal: ambas as ciências, jurídicas e econômicas, possuem como objeto de investigação as relações sociais e multifacetadas. Dessa maneira, “é preciso buscar uma conciliação dos métodos sem que o Direito abrace todas as características da economia, sob pena de se desnaturalizar³⁷²” e vice-versa.

A necessidade de transformar essas duas figuras antagonistas uma para a outra – Direito e Economia -, em colegas de palco, faz surgir um movimento denominado *Law & Economics*, ou, como é conhecido no Brasil, Análise Econômica do Direito (AED).

Neste ponto, torna-se necessário abordar a estruturação da AED, sem, contudo, a pretensão de exaurir o tema, mas, sim, de extrair substrato necessário e suficiente para conduzir o leitor ao objetivo deste estudo. Isto é, para que seja possível identificar se o *dispute boards* é mecanismo eficiente no âmbito dos contratos administrativos de infraestrutura, será necessário utilizar a estrutura da AED, que servirá como lentes para este fim.

Como bem enfatiza Luciano Benetti Timm, a AED teve suas raízes fixadas, inicialmente, nos Estados Unidos, no sistema da *common law*^{373 374}. Após a Segunda Guerra Mundial o movimento ganhou força, sobretudo em razão do papel desempenhado pela Universidade de Chicago. É que partir de 1958, em referida universidade, passou a ser

de piadas para os advogados. Uns alegam que economistas são como ‘profetas do passado’ ou ‘engenheiros de obras feitas’. Outros alegam que economistas são futurólogos que invariavelmente se equivocam em suas projeções do futuro. Todos conhecemos outras piadas com evidente sentido de diversão; no entanto, o conflito entre as duas profissões é sério e merece reflexão” *vide*: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3-4.

³⁷¹ ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil**: Uma releitura à luz da Teoria dos Sistemas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 49.

³⁷² ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil**: Uma releitura à luz da Teoria dos Sistemas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 57.

³⁷³ TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: breves notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁷⁴ Segundo Luciano Benetti Timm, “o esforço inicial da AED nos EUA foi então de demonstrar, para a verificação empírica de suas hipóteses teóricas, como o *common law* evoluíra de modo a promover a eficiência nas relações sociais. Ou seja, como o sistema de precedentes se desenvolveu espontaneamente de modo a reduzir custos sociais nas transações. A AED teria, dessa ótica, uma característica eminentemente descritiva” *vide* TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: breves notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

publicada uma nova revista, intitulada *Journal of Law and Economics*³⁷⁵³⁷⁶, por meio da qual os estudiosos poderiam difundir suas ideias no campo da juseconomia³⁷⁷.

Como ponto de partida do sucesso da revista e, sobretudo, enquanto alicerce estruturante desse novo movimento, em 1960 o britânico Ronald Coase publicou, no *Journal of Law and Economics*, o trabalho *The problems of social cost*. A magnitude de tal publicação modificou, em definitivo, os rumos dos estudos juseconômicos, pois se tornou o estudo mais citado no campo da AED e, tamanha sua relevância, rendeu a Coase, em 1991, o Prêmio Nobel³⁷⁸³⁷⁹.

Isso porque Coase “demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social³⁸⁰”. A partir daí, surge um dos marcos mais importantes para o movimento de AED, qual seja a elaboração do chamado *Teorema de Coase*³⁸¹. De forma breve e simplista, Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa dispõem que:

³⁷⁵ “Revela notar que, na década de 50, Arron Director, professor de Economia e lecionava a disciplina ‘*Economic Analysis and Public Policy*’ na Universidade de Chicago, foi considerado como o primeiro responsável a vincular o Direito e a Economia de forma interdisciplinar. Essa experiência resultou na implantação do primeiro programa de Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos, evidente que ainda não revestidas das características como ‘escola’ conhecida na atualidade. Em 1958, o referido professor fundou o *Journal of Law and Economics*, com o propósito de divulgar seu entendimento de que a regulação econômica não é função do Estado, mas, sim, do próprio mercado” *vide*: DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem**. A desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos na relações contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 225.

³⁷⁶ “O *Journal of Law and Economics* tem por objeto editorial a divulgação de pesquisas e artigos sobre temas como análise econômica da regulação e das empresas reguladas; economia política da legislação e do processo legislativo; direito e finanças; finanças e governança corporativas; e organização industrial” *vide* FERREIRA, Antônio Carlos; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito. *In*: COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Coleção Paulo Bonavides. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 32.

³⁷⁷ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 2; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

³⁷⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9; ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 63.

³⁷⁹ Importa ressaltar que, antes da publicação do *The problems of social cost*, o economista britânico Ronald Coase já se destacava no cenário econômico e nas relações entre Direito e Economia, pois, em 1937 publicou o artigo *The nature of firm*, cujo propósito era de conferir uma nova concepção de análise econômica, problemas relativos aos custos de transação e o desenvolvimento de uma teoria sobre a existência da empresa. *Vide*: DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem**. A desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos na relações contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 225.

³⁸⁰ ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. *In*: ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, E-book.

³⁸¹ “O Teorema de Coase não foi enunciado pelo próprio Ronald H. Coase, mas, na sua versão original, por George Stigler, inspirado pelo artigo *The problem of the social cost*, de Coase. O Teorema levou o artigo de Coase a ser um dos mais citados de todos os tempos tanto no direito quanto na economia. O Teorema foi expresso por Stigler da seguinte forma: ‘sob concorrência perfeita, os custos sociais e privados serão iguais’. *Vide* KLEIN, Vinicius. **Teorema de Coase**. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67.

[...] Há muitas formas de explicar este teorema, mas ele pode ser simplificado, com todas as desvantagens próprias às simplificações, à máxima de que indivíduos, a um custo de transação zero, podem negociar livremente para resolver seus problemas, sem necessitar da interferência do Direito, e o resultado será o mais eficiente. Este teorema é importante pois trata de muitos conceitos da economia que são aplicados ao direito – por exemplo, eficiência e custos de transação³⁸².

Evidentemente, Ronald Coase não esteve sozinho nesse movimento embrionário da AED. Guido Calabresi, da Universidade de Yale, e Trimarcchi também escreveram deixaram válidas contribuições. Este por ajustar ao direito continental europeu as regras estruturadas para o direito consuetudinário, a fim de demonstrar a possibilidade de se adotar critérios que induzissem as pessoas a buscarem eficiências alocativas³⁸³. Aquele por sinalizar a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil³⁸⁴.

A essa altura, na Escola de Chicago, Direito e Economia já eram interligados pelos escritos e ideários dos autores mencionados até aqui. Mas foi com Richard Posner que o *time ficou completo* e, definitivamente, abriu as cortinas para a Análise Econômica do Direito. É que em 1972, Posner publicou a obra *Economic Analysis of Law*, em que tratou a Economia como a ciência da escolha racional, diante da dicotomia dos recursos limitados *versus* desejos humanos³⁸⁵. Além disso, “foi o primeiro a submeter a maior parte dos ramos do direito a uma sistemática sob a perspectiva econômica³⁸⁶”. Mais do que isso:

Uma das ideias mais instigantes e controversas de Posner foi originalmente proposta neste material: ele defende que a eficiência – definida como a maximização da riqueza – poderia explicar a estrutura da *common law*, pois um precedente ineficiente era susceptível de ser questionado e rejeitado. Consequentemente, a *common law* tenderia a desenvolver soluções eficientes no longo prazo³⁸⁷.

Com a Escola de Chicago bem estruturada, o caminho não poderia ser diferente: ainda nos anos 80, Faculdades de Direito passaram a inserir AED em suas grades curriculares e,

³⁸² PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 3.

³⁸³ ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, E-book.

³⁸⁴ ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, E-book.

³⁸⁵ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Aspen Case Book Series, 1986, p. 3.

³⁸⁶ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 4.

³⁸⁷ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 4.

consequentemente, buscar corpo docente para lecionar a disciplina³⁸⁸. O aprimoramento do tema, sobretudo com base na problematização dos autores que impulsionaram a AED³⁸⁹, fez florescer novas escolas, com olhares multidimensionais sobre a relação entre Direito e Economia, como, por exemplo, a Escola Reformista (*New Haven*)³⁹⁰, os neoinstitucionalistas³⁹¹, os comportamentalistas³⁹² e a Escola de Escolha Pública (Virgínia)³⁹³.

Como bem aponta Vinicius Klein, a Análise Econômica do Direito não comporta um pensamento único e excludente, o que justifica e fundamenta a coexistência de diversas vertentes³⁹⁴. Para o autor, o que importa é que todas elas “buscam na economia conceitos capazes de melhor compreender o papel do direito no mundo real³⁹⁵”.

Embora a AED tenha se propagado internacionalmente, o fato é que, no Brasil, sua implementação foi – e ainda é – tímida e lenta, tendo se desenvolvido apenas nas últimas duas décadas³⁹⁶. No entanto, os estudos a este respeito, assim como a sua aplicação prática, estão em

³⁸⁸ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 5.

³⁸⁹ Para fins deste trabalho, mencionou-se, neste posto, Ronald Coase, Guido Calabresi, Trimarcci e Richard Posner.

³⁹⁰ “A escola de New Haven de análise econômica de direito possui uma relação próxima com a abordagem advinda da Public Choice, tomando como objeto a aplicação de conceitos da AED ao direito público e as instituições estatais. [...] A abordagem de *New Haven* se caracteriza por um forte antagonismo em relação à Escola de Chicago. Percebe-se, em New Haven, o rechaço completo à tese normativa eficientista defendida por Chicago. Embora a eficiência (que é entendida da maneira diversa da maximização de riqueza) constitua uma preocupação, é considerada holisticamente, ou melhor, é colocada em posição de subordinação à questão da justiça e equidade. *Vide*: ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 113.

³⁹¹ “Além de Coase, destaca-se a importância, na abordagem, das obras de Douglass North e Oliver Williamson, este último criador do termo ‘nova economia institucional’ em 1975. [...] Em síntese, a NEI se vale de uma abordagem fortemente indisciplinar, combinando economia, direito, teoria da organização, ciência política, sociologia e antropologia para o entendimento das instituições da vida política e social, adotando, no entanto, como linguagem central, a economia” *Vide*: ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 120.

³⁹² “A Economia Comportamental pode ser empregada para revisar a AED em sua vertente descritiva, fornecendo um novo modelo de agente, mas também seu aspecto normativo, levando a sério as intercorrências que afetam a formação de preferências dos indivíduos, tornando a questão dos objetivos a serem perseguidos pelo Direito um tema muito mais complexo”. *Vide*: ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 126.

³⁹³ “A publicação de *The calculus of consent – logical foundations of constitutional democracy*, de James M. Buchanan e Gordon Tullock consolida a *public choice*. A escolha pública se desenvolve confrontando as visões prevalentes na época de seu surgimento (década de 50) sobre instituições políticas e sobre o governo, que possuíam um caráter otimista. Pregava-se, então, a teoria do interesse público, que postulava que o Estado deve assumir a centralidade no processo de tomada de decisões em nome da sociedade, com a importante função de corrigir as falhas de mercado e lidar com a questão da externalidade. *Vide*: ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 101.

³⁹⁴ KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 179.

³⁹⁵ KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 179.

³⁹⁶ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 8.

crescimento no país, ganhando espaço, por exemplo, na busca por meios mais eficientes de gerir os recursos públicos, assim como na criação de incentivos para que os indivíduos evitem a judicialização e optem por métodos autocompositivos de solução de conflitos, entre outros aspectos³⁹⁷.

Nesse aspecto, uma vez demonstrada a importância histórica da AED, impende-se delinear suas premissas conceituais, a fim de que, na sequência, se possa realizar a aplicação de tal método para examinar a eficiência dos *dispute boards* nos contratos administrativos de infraestrutura.

3.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS

Logo de início, cabe estabelecer um importante pressuposto, que norteará as premissas conceituais e metodológicas apresentada nas próximas linhas. A Análise Econômica do Direito não se refere a um ramo, tampouco a um microsistema do Direito. Na verdade, a AED nada mais é do que uma metodologia, uma ferramenta, que permite interpretar o sistema jurídico a partir de seus efeitos sociais, valendo-se, para tanto, de conceitos e teorias construídas pela Economia³⁹⁸.

No mesmo embalo, Luciano Benetti Tim salienta que a AED, enquanto metodologia, se utiliza de ferramentas da ciência econômica, sobretudo aquelas relacionadas à Microeconomia, para entender o Direito e solucionar problemas jurídicos³⁹⁹.

É nesse contexto que Ivo Gico Jr., ainda no campo introdutório, ressalta que:

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências⁴⁰⁰.

A partir dessa proposta de definição, o autor elenca que a AED, enquanto movimento da juseconomia, filia-se ao consequencialismo, conceito intrinsecamente ligado ao objetivo

³⁹⁷ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 8-17.

³⁹⁸ MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law System**. Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing, 2013, p. 5.

³⁹⁹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018.

⁴⁰⁰ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26, p. 17.

desta pesquisa. Isto é, os estudiosos da AED defendem que as regras que regem e às quais se submete a sociedade, ou seja, o direito, devem ser “elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo)⁴⁰¹”.

Para Luciano Benetti Timm, afirmar que a AED é um método consequencialista significa dizer que o raciocínio jurídico, consubstanciado pela solução do caso, incorpora o efeito, a consequência da decisão na argumentação⁴⁰². Isto é, que as decisões judiciais e as normas jurídicas, por exemplo, podem suas consequências práticas⁴⁰³⁴⁰⁴.

Timm ainda complementa seu raciocínio e ressalta que, em síntese, a AED se fundamenta a partir de dois ângulos diferentes de análise⁴⁰⁵. Esses ângulos, para Ivo Gico Jr., correspondem às tentativas dos juseconomistas em tentar responder duas questões basilares: (i) a primeira, sobre quais as consequências de determinado arcabouço jurídico e/ou de uma determinada regra; (ii) a segunda, sobre qual regra jurídica deve ser adotada em determinada situação⁴⁰⁶.

Daí decorre que a primeira pergunta se refere a chamada AED positiva, que auxiliará a “compreender o que é a norma jurídica, qual sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes de sua adoção⁴⁰⁷”. Ou seja, nesta hipótese, trabalha-se com a “tentativa

⁴⁰¹ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26, p. 18.

⁴⁰² TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: Breves Notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018, p. 14. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁰³ “Com a incorporação de valores e mesmo princípios no texto legal, passou a ser quase impossível que o juiz deixe de ponderar sobre consequências quando da solução de casos em disputa. Pense-se por exemplo na discussão sobre acesso a medicamentos sem ponderar os efeitos orçamentários, ou mesmo a concessão de tratamentos não contemplados (e portanto não custeados) no âmbito dos planos de saúde privados” *vide*: TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: Breves Notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018, p. 14. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁰⁴ Tanto é assim que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [LINDB] prevê: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único: A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajusta, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão, que nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.” *Vide*: BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁰⁵ TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: Breves Notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018, p. 14. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁰⁶ GICO JR., Ivo. **Análise econômica do Processo Civil**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 11.

⁴⁰⁷ GICO JR., Ivo. **Análise econômica do Processo Civil**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 11.

de descrição da realidade⁴⁰⁸”, demonstrando-se como as normas jurídicas evoluíram, agregando eficiência à sociedade, bem como diminuindo os custos da transação.

Por outro lado, a AED normativa “auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente e escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) predefinido⁴⁰⁹”. Além disso, nessa modalidade, a AED normativa “emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos⁴¹⁰”.

Importa mencionar ainda que, a partir da perspectiva de Timm, com a qual se concorda, não há um único método, nem uma única forma de se analisar as relações entre Direito e Economia⁴¹¹. Tanto é assim que são diversas as escolas e vertentes que tornam possível essa aproximação. Diante disso, o que se busca são as bases comuns que os juseconomistas utilizam para trabalhar a AED em áreas específicas⁴¹².

Assim sendo, uma vez compreendidos os ângulos de análise da AED, o próximo passo diz respeito à ênfase aos seus aspectos metodológicos propriamente ditos, sem, contudo, ter a intenção de exauri-los. Neste ponto, pretende-se apresentar o ferramental da AED necessário – tanto em conceito, quanto em profundidade – para que se possa alcançar o objetivo desta pesquisa.

Como ponto de partida, Bruno Meyerhof Salama elenca os cinco conceitos, e aspectos metodológicos, centrais no âmbito da AED, quais sejam: (a) escassez; (b) maximização racional; (c) equilíbrio; (d) incentivos e (e) eficiência⁴¹³. Sintetizando a relação entre tais conceitos, Patrícia Ayub da Costa explica:

Resumidamente, diante de recursos escassos, os indivíduos fazem escolhas que atendam seus interesses pessoais, e para isto, calculam o que é necessário (incentivos são preços implícitos) para alcançar maiores benefícios e menores custos (eficiência), sendo o equilíbrio o padrão comportamental que se atinge quando todos os agentes estão maximizando seus interesses⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: Breves Notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018, p. 14. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁰⁹ GICO JR., Ivo. **Análise econômica do Processo Civil**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, p. 13-14.

⁴¹⁰ TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: Breves Notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018, p. 14. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴¹¹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Baueri: Manole, p. 301.

⁴¹² TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Baueri: Manole, p. 301.

⁴¹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é ‘Direito e Economia’? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54-55.

⁴¹⁴ COSTA, Patrícia Ayub. **Táticas de Guerrilha na Arbitragem Internacional: mecanismos de prevenção, controle e sanção**. Londrina: Thoth, 2023, p. 33.

Significa dizer que, de maneira geral, para fins de análise sob a ótica da AED, parte-se da premissa de que os recursos da sociedade são escassos. A partir daí, o agente racional necessita fazer escolhas, de modo que percebe as normas jurídicas como “grandes mecanismos de preço para suas condutas⁴¹⁵”. Via reflexa, “essa racionalidade o fará escalonar preferências, evitando as condutas de maior custo⁴¹⁶”.

Entender essa dinâmica, embora seja de extrema importância, não é suficiente por si só. Isso porque, antes de se passar à conceituação de “eficiência”, é preciso estabelecer outras importantes premissas conceituais da AED que se conectam umbilicalmente com este trabalho.

A primeira delas diz respeito aos custos de transação⁴¹⁷⁴¹⁸. Para Antônio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama, os custos de transação são aqueles referentes a realização de intercâmbios econômicos⁴¹⁹. Em outras palavras, são todos aqueles custos “associados a procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico⁴²⁰”. Portanto, o que se

⁴¹⁵ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Baueri: Manole, p. 301-302.

⁴¹⁶ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Baueri: Manole, p. 301-302.

⁴¹⁷ Para se dimensionar o que os custos de transação englobam, Márcia Carla Pereira Ribeiro apontam que são aqueles envolvidos para encontrar o que se precisa no mercado, bem como para obter informações sobre determinado parceiro comercial. Envolvem também custos para elaboração de contratos e para o monitoramento de seu cumprimento, como também os custos para que se cumpram, coercitivamente, as obrigações negligenciadas. *Vide*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org). **Análise Econômica do Direito**: principais autores e estudos de casos. Curitiba: CRV, 2019, p. 357-365, p. 358.

⁴¹⁸ Ainda a respeito dos custos de transação, convém ressaltar definição proposta por Rachel Sztajn e que comumente estampa artigos e trabalhos sobre AED no Brasil: “Custos de transação é expressão que, também, vem da ciência econômica e cuja relevância, na tomada de decisões pelos agentes econômicos, demonstra-se crescente. Custos de transação são aqueles em que se incorre, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação. Incluem-se nessa concepção de custo de transação o esforço com a procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade do bem desejado, a segurança do cumprimento das obrigações pela outra parte, isto é, do adimplemento certo, seguro e, a tempo, passa pelas garantias que o agente venha a requerer para caso de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito, e abrange, até mesmo, o trabalho com a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas essas tratativas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes; compreende, enfim, cuidados e o tempo despendido entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação ou transação na linguagem dos economistas e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes.” *Vide*: SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 133, 2004, p. 7-31.

⁴¹⁹ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 19. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴²⁰ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 19. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

observa é que tais custos não são, necessariamente, ligados ao aspecto financeiro, mas aos “custos de informação, monitoramento, registro e execução de contratos e negócios⁴²¹”.

Para os fins aqui propostos, compreender os custos de transação se mostra relevante, pois, se elevados, “tendem a elevar também o custo social de determinada atividade, criando óbices ao seu exercício⁴²²”. Como atestam Pugliese e Salama, quanto maiores os custos de transação, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico⁴²³. Assim sendo, os custos de transação estão diretamente ligados à busca pela eficiência, objeto central deste estudo.

Outra premissa da AED imprescindível para esta pesquisa é a de “assimetria de informações”. Deve-se lembrar que os agentes que integram o mercado (aqui caracterizados pelos *players* que potencialmente se utilizariam dos *dispute boards* nos contratos administrativos) não possuem acesso irrestrito a todas as informações necessárias e que poderiam influenciar no negócio. Luciano Benetti Timm ressalta que as informações não disponibilizadas de maneira igualitária entre os agentes fazem com que se criem impedimentos ao equilíbrio de mercado e, portanto, culminam no aumento dos custos de transação⁴²⁴. Diante disso, tal conceito se torna importante, pois reflete diretamente nos índices de eficiência. Afinal, identificar como um mecanismo – no caso, o *dispute board* – se comporta diante da assimetria informacional inerente ao mercado é, também, atestar sua eficiência.

Por fim, convém destacar o papel das instituições e das organizações, segundo a teoria de Douglass C. North⁴²⁵. A análise do economista estadunidense parte da busca pela compreensão dos mecanismos que estruturam as relações sociais⁴²⁶, a partir de uma concepção institucionalista.

⁴²¹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Baueri: Manole, p. 301.

⁴²² TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Baueri: Manole, p. 301.

⁴²³ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 19. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴²⁴ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Baueri: Manole, p. 308-309.

⁴²⁵ Para leitura completa, consultar: NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

⁴²⁶ AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Instituições e cooperação social em Douglass North e nos intérpretes weberianos do atraso brasileiro. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 41, n. 3, p. 551-571, jul. 2011, p. 552. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ee/a/s8BKtk8sQs35SYbn7pKgcMM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2023.

Segundo define North, as “instituições são invenções humanas criadas para estruturar as interações políticas, econômicas e sociais ao longo do tempo⁴²⁷”. Mais do que isso. As instituições são as “regras do jogo” em uma sociedade⁴²⁸. Naturalmente, elas interferem nas economias e minimizam as incertezas ao estabelecer estrutura e regras à vida cotidiana.

Mas não pense o leitor que as “regras do jogo”, forma como North apelidou as instituições, são exclusivamente feitas através de leis. Fábio Nusdeo enfatiza que elas se manifestam essencialmente, sim, por um conjunto de normas, porém não necessariamente jurídicas ou escritas, o que abrange “os costumes, as crenças e a própria psicologia social de cada comunidade^{429,430}”.

Fábio Nusdeo explica que as instituições são imprescindíveis à vida em sociedade, contudo podem variar em termos de eficiência, já que algumas podem, de fato, estimular a atividade econômica e reduzir os custos de transações, enquanto outras se configuram verdadeiros empecilhos, seja pelo excesso de burocracia, seja por qualquer outro fator, o que aumentaria tais custos⁴³¹.

Se as instituições são as regras do jogo, os jogadores são, então, as chamadas “organizações⁴³²”. Trata-se das estruturas em que as interações sociais tomam forma⁴³³. Como dispõe North, as organizações são grupos de indivíduos vinculados por algum propósito comum, o que abrange órgãos políticos (como partidos, agências reguladoras, Senado), econômicos (como as empresas), sociais (igrejas, clubes) e educacionais (escolas, universidades)⁴³⁴.

Uma vez em campo, as regras do jogo (instituições) interagem com os jogadores (organizações) e é justamente esta interação que importa para esta pesquisa. Afinal, a ênfase do

⁴²⁷ NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 9.

⁴²⁸ NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 13-14.

⁴²⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 135.

⁴³⁰ Douglass C. North faz uma interessante analogia a este respeito, a saber: “São perfeitamente análogas às regras do jogo para a prática de um esporte coletivo. Ou seja, consistem em regras formais por escrito e também em códigos de conduta comumente tácitos que respaldam e suplementam as regras formais, como o preceito de não machucar intencionalmente um jogador da equipe adversária”. *Vide*: NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 15.

⁴³¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 135.

⁴³² NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 16.

⁴³³ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. *In*: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Baueri: Manole, p. 307.

⁴³⁴ NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 16.

estudo recai sobre as instituições (neste caso, o *dispute board* e seu arcabouço normativo), que são regras subjacentes do jogo, enquanto o enfoque nas organizações (Administração Pública) se volta primordialmente para o seu papel como agente da mudança institucional⁴³⁵.

Evidentemente, os conceitos delineados neste tópico, como premissas da AED, não serão analisados como fins em si mesmos. Na realidade, esse ferramental será amarrado ao arcabouço teórico de eficiência, no último tópico deste capítulo, para que, juntos, consigam identificar se a utilização dos *dispute boards* nos contratos administrativos se mostra eficiente.

Por tal razão, tratando-se do ponto chave deste estudo, passa-se à estruturação do conceito de eficiência, bem como à identificação dos seus impactos nos contratos administrativos.

3.4 OS CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA PROPOSTOS PELA AED E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A esta altura do texto, há de se estabelecer um novo – e necessário – diálogo com o leitor. É que, como já se mencionou, os conceitos vinculados a AED e trabalhados no capítulo anterior (custos de transação, assimetria informacional, organizações e instituições) não devem ser, agora, desprezados. É preciso que se aguarde o momento certo de sua utilização neste trabalho, de maneira que foram apresentados ao leitor com antecedência apenas para que pudessem ser melhor compreendidos e para que se proporcionassem cadência ao raciocínio.

Feita tal ressalva, este tópico se destina a desvendar o conceito de *eficiência*, tema que norteia o objetivo da pesquisa. Diferentemente dos demais aspectos da AED, a eficiência ensejou análise em tópico apartado por duas razões. A primeira, justamente por se tratar do centro deste estudo. A segunda, pois seus aspectos no Direito Administrativo merecem notas que diferenciem sua aplicação dos demais setores.

Dessa forma, inicia-se a análise por meio da afirmação de que *eficiência*⁴³⁶ é um termo que comporta múltiplos desdobramentos e diversas acepções. Porto e Garoupa apontam que embora referido vocábulo seja costumeiramente associado, na linguagem comum, ao

⁴³⁵ NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 16.

⁴³⁶ Eficiência não se confunde com eficácia e efetividade. “Enquanto a eficácia busca mensurar a distância entre os resultados obtidos e os objetivos de uma prática ou ação, a efetividade tenta aferir a capacidade de se produzir um impacto ou efeito, a eficiência pode ser vista em termos de economia no uso dos recursos, quando assume-se uma consistência no comportamento dos agentes econômicos nas suas tomadas de decisão.” *Vide*: BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 29-30.

dinamismo da iniciativa privada e do mundo dos negócios, seu significado, de maneira genérica, está ligado simplesmente à otimização de alguma medida de valor⁴³⁷.

Por este motivo, trata-se de um poderoso elo na relação entre Direito e Economia. Não poderia ser diferente, já que, no Direito, a eficiência figura como princípio do ordenamento jurídico e, na Economia, se destaca como um dos conceitos centrais para a sua compreensão.

No que tange ao contexto da AED, rememora-se que seu ponto de partida se localiza na figura do indivíduo, frente à escassez de recursos, que o leva a ter de tomar decisões racionais. Logo, o conceito de eficiência está ligado ao uso dos recursos escassos. Isto é, se o indivíduo, sobrepesando a relação custo-benefício, entre as opções possíveis, tem condições de maximizar a medida de valor e alocar os recursos disponíveis da melhor maneira possível⁴³⁸.

Para Bittencourt, o significado de eficiência na literatura econômica, tem sua estruturação consubstanciada a partir da definição proposta por Vilfredo Pareto, por meio da qual a eficiência econômica é configurada quando se verifica que “ao se melhorar a situação de um determinado indivíduo, ou família, ou classe social, necessariamente, corresponder-se-á uma piora na situação de outro indivíduo, ou família, ou classe social⁴³⁹”.

Complementando, Ivo Gico Jr. ressalta que no *Pareto-Eficiente* não há qualquer outra alocação de recursos que permita melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem^{440 441}.

Não é de se estranhar que a eficiência de Pareto tenha sofrido graves críticas, sobretudo por ser considerada individualista, já que apenas se ocupa do bem-estar individual, desprezando as desigualdades, e, ao mesmo tempo, limita-se a abraçar a percepção que cada indivíduo tem

⁴³⁷ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 62.

⁴³⁸ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 62; BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 29-30.

⁴³⁹ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 30.

⁴⁴⁰ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26, p. 25.

⁴⁴¹ “Vamos a um exemplo prático: um açude público com 800.000 litros/mês de capacidade de armazenamento, onde captam água a Fazenda A e a Fazenda B. A captação da Fazenda A é de 600.000 litros/mês e a captação da Fazenda B é de 200.000 litros/mês. Suponhamos que a necessidade do recurso ‘água’ é a mesma, ou seja, a Fazenda A e a Fazenda B têm o mesmo número de hectares para irrigar, mesmo número de animais para criar, o mesmo número de empregados para alimentar. Muito embora a situação não pareça ser justa para os operadores do direito, estamos diante de uma situação ‘Pareto Eficiente’. Não há como aumentar o benefício de qualquer uma das fazendas sem prejudicar a fazenda do outro.” *Vide*: DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39.

sobre o seu próprio bem-estar⁴⁴². Corroborando este posicionamento, Hugo A. Acciari reporta que o critério de Pareto pode ser considerado exigente em demasia ao tratar decisões sociais, pois, sob sua lente, bastaria que uma ação causasse um mínimo dano a alguém, ainda que gerasse enormes benefícios sociais, para que não se possa considerá-la eficiente⁴⁴³.

Isto posto, considerando as críticas à eficiência de Pareto, surge o chamado Teorema de Kaldor-Hicks, estruturado pelos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks, justamente em contraponto e aperfeiçoamento do método anteriormente descrito⁴⁴⁴.

No critério Kaldor-Hicks, estabeleceu-se a desnecessidade de o economista provar que o resultado da adoção de determinada medida não significaria o sofrimento de parcela da comunidade. Por outro lado, a premissa estabelecida pelos economistas é a de que as normas devem gerar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de maneira que os ganhos compensem as eventuais perdas sofridas⁴⁴⁵. Este é um critério que considera o *mundo real*, em que existem ganhadores e perdedores, sem que se vincule a eficiência ao utópico ideário de que todos tenham, necessariamente, estar em equilíbrio.

Por tal razão, Richard Posner defendeu a utilização do critério Kaldor-Hicks de eficiência como um parâmetro para a realização de políticas públicas ou para as decisões judiciais segundo critérios éticos, pois se situam na perspectiva da maximização de riqueza e, ao mesmo tempo, de resultados⁴⁴⁶.

A partir de tal conceito, que até hoje encontra guarida para sua aplicação, é que se transporta a análise ao Direito Administrativo. Como se destacou no início deste tópico, a eficiência é um importante elo entre o Direito e a Economia. Uma vez abordados os seus aspectos econômicos, faz-se necessário compreender, também, suas nuances jurídicas.

Como bem apontam Porto e Garoupa, a análise do custo-benefício e da eficiência não está livre de críticas. Dentre elas, os autores apontam duas das que mais se destacam: (a) a primeira, que traduz o argumento de que a análise custo-benefício seria estritamente monetária e, portanto, inadequada para a aferição do valor de determinados bens jurídicos, como o meio

⁴⁴² BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 31.

⁴⁴³ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

⁴⁴⁴ DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem**. A desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 242.

⁴⁴⁵ GONÇALVES, Oksandro. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **Reflexões acerca do Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito**. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014, p. 224-258, p. 245.

⁴⁴⁶ POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 108-111.

ambiente e a qualidade de vida e (b) a segunda, no sentido de que o parâmetro monetário seria meramente utilitarista⁴⁴⁷.

Tais críticas poderiam, à primeira vista e em uma leitura superficial, atingir o presente trabalho. Afinal, seu âmbito de aplicação é justamente a Administração Pública, setor responsável por operacionalizar a concretização dos direitos e garantias fundamentais que são asseguradas aos cidadãos. Mais especificamente, a pesquisa se volta aos contratos administrativos de infraestrutura, os quais possuem a importância de fomentar o ambiente socioeconômico do país. Debater a eficiência neste contexto seria, então, desnaturalizar sua importância e tratar a Administração Pública e seus contratos sob o viés meramente utilitarista?

A resposta, esclarece-se, é negativa. A eficiência, na Administração Pública brasileira não é preocupação recente. No primeiro capítulo deste trabalho, foram recapitulados os episódios históricos em que o Estado brasileiro, em meados dos anos 90, imerso em burocracias, atuava de maneira ineficiente, marcado pela lentidão de sua atuação e a dificuldade em concretizar direitos fundamentais e administrar a Justiça.

Exatamente neste período, se deu o advento da Emenda Constitucional nº 19/98⁴⁴⁸, ocasião em que a eficiência passou a integrar os princípios constitucionais a ser seguidos pela Administração Pública, sendo alçado no mesmo nível dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Para mudar o retrato histórico, o artigo 37 da Constituição Federal⁴⁴⁹ contempla que um dos princípios a serem seguidos pela Administração Pública é o da eficiência. Bittencourt ressalta que, enquanto princípio, a eficiência se soma aos demais e não pode se sobrepor a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de riscos à segurança jurídica e ao Estado de Direito⁴⁵⁰.

Maria Sylvia Zanella di Pietro explica que a eficiência, enquanto princípio constitucional que vincula a Administração Pública, pode ser observada sob dois ângulos complementares:

⁴⁴⁷ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 65.

⁴⁴⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controles de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁴⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. *vide*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁵⁰ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 32.

O princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público⁴⁵¹.

Ou seja, a eficiência, na realidade, é uma *conditio sine qua non* da Administração Pública. Para que seja possível viabilizar as garantias e direitos fundamentais, o administrador, diante de seus recursos escassos, deve buscar pela solução que melhor atenda ao interesse público. Corroborando este entendimento, Pugliese e Salama esclarecem:

Assim, a questão não é saber se eficiência poder ser igualada à justiça; não pode. A questão é saber como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios e incentivos postos pelo sistema jurídico. A análise dos incentivos postos pela legislação é onde pode começar a discussão do justo; não onde ela deve acabar. Grandes dilemas morais se prestam à determinação política e devem ser decididos por meio dos sistemas políticos adotados pela sociedade. Contudo, noções de justiça – e construções jurídicas – que não levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são incompletas. O desafio é, portanto, enriquecer o debate jurídico integrando a discussão da eficiência na discussão do justo⁴⁵².

Com isso, a Análise Econômica do Direito possibilita a realocação de recursos para gerar maiores benefícios com menores custos, buscando a maximização do bem-estar social e a concretude de direitos, princípios e, inclusive, paradigmas, como é o caso da relação entre Administração Pública Consensual e os meios adequados de solução de disputas.

Diante disso, assim como o Estado e a Administração nutrem, entre si, uma relação simbiótica, a Economia e a Administração Pública se comportam da mesma maneira. Evidentemente, a eficiência deve ser buscada pelo gestor público não só na compra e manutenção de recursos, como também na elaboração de contratos e nos sistemas de gestão de conflito à sua disposição. Por tal razão, cumprindo o objeto deste estudo, passa-se à análise da eficiência dos *dispute boards* nos contratos administrativos de infraestrutura.

⁴⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

⁴⁵² PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 18. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

3.5 A EFICIÊNCIA DOS DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA

Como se observou, a AED guia-se a partir de um agente racional diante de recursos escassos, a escolher a forma como alocará esses recursos, em um espaço em que as normas jurídicas funcionam como mecanismos de custos a balizar as suas condutas. Transpassando a metodologia da AED para o Direito Administrativo, reforça-se que os contratos administrativos devem ser considerados instrumentos para a concretização de interesses públicos, motivo pelo qual a sua inexecução ou a execução deficiente reverbera em danos para a própria sociedade⁴⁵³.

Desse modo, o agente racional, consubstanciado pela Administração Pública, deve se preocupar com a gestão dos contratos e com a solução adequada de controvérsias que podem surgir nesse cenário, devendo sobrepesar alguns fatores centrais fornecidos pela AED: a diminuição dos custos de transação, a redução das assimetrias informacionais e a interação entre instituições e organizações, tudo isto como forma de obter a maximização do bem-estar social e da concretude de direitos. Veja-se, então, que a eficiência nos contratos administrativos transcende o plano pecuniário da Administração.

Não se trata, contudo, de uma escolha fácil ou desprovida de desafios, principalmente em se tratando dos contratos administrativos de infraestrutura. É que realidade de tais contratos, marcada pela constante paralisação de obras e pela inexecução dos projetos, faz com que a busca de mecanismos de gestão, pelo administrador público, se torne ainda mais delicada.

Justamente no setor da infraestrutura, os *dispute boards* prometem imprimir maior dinamicidade e eficiência na gestão dos contratos e dos conflitos. Logo, muito embora o *dispute boards* esteja ganhando espaço no país e, por meio da Nova Lei de Licitações, tenha se afastado qualquer sombra de sua inconstitucionalidade, é preciso identificar se sua utilização é, de fato, eficiente ou referida previsão legal não considerou o consequencialismo jurídico e tende a cair em desuso. Isto é, diante dos diversos mecanismos à disposição da Administração Pública, pretende-se identificar se a escolha pelo *dispute boards* realmente é eficiente e possui uma rede de incentivos econômicos que justifique a sua utilização.

⁴⁵³ LOPES, Pedro Henrique Christofaro. **Análise econômica do direito e contratações públicas: o *performance bond* em contratos de obras públicas como instrumento para mitigar a assimetria de informações.** Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019, 147 f.

Portanto, passa-se à análise econômica dos *dispute boards*, que será realizada a partir das características institucionais do mecanismo, em alusão ao método utilizado quando o mesmo exame é feito com relação ao instituto arbitral⁴⁵⁴.

3.5.1 DBs *ex ante facto* e *ex post facto*: constatações sobre a eficiência a partir do momento da instauração do comitê

Em primeiro lugar, a eficiência de um *dispute board* passa, necessariamente, pelo momento de sua instauração. Isso porque admite-se que as partes optem pelo *dispute board* em dois momentos distintos.

O primeiro momento se dá logo no início do contrato e, portanto, *ex ante facto*, ou seja, antes do surgimento de qualquer conflito. Trata-se do *dispute board* permanente, cujas características foram delineadas no capítulo 2. De todo modo, apenas para lembrar, os DBs permanentes são responsáveis por acompanhar toda a vida do contrato, desde as visitas técnicas e acompanhamento de documentação, até a assistência informal às partes e gestão de conflitos⁴⁵⁵. O segundo momento, por sua vez, se dá diante do surgimento de um conflito. Trata-se do *dispute board ad hoc*, que, apesar de não acompanhar o contrato desde o seu início, normalmente demandam custos de instauração mais baixos do que a modalidade permanente⁴⁵⁶.

Diante disso, a pergunta que se faz é a seguinte: a redução de custos dos transação envolvidos na escolha pelo DB e o sistema de incentivos para que as partes, no âmbito de um contrato administrativo de infraestrutura, cumpram regularmente o cronograma da obra seriam iguais em um DB *ex ante facto* e em um DB *ex post facto*?

⁴⁵⁴ Os estudos da Análise Econômica da Arbitragem estão em crescimento no país. Como exemplos, citam-se: DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem**. A desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. Como ponto em comum, os estudos citados identificaram a eficiência da Arbitragem através da vinculação as vantagens do mecanismo e seus impactos econômicos e, de forma complementar, comparando o funcionamento da Arbitragem com o processo estatal.

⁴⁵⁵ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 70.

⁴⁵⁶ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 70.

A resposta, sem despender maiores esforços, é negativa e funciona como um excelente ponto de partida para a análise proposta. Embora os custos financeiros sejam, via de regra, menores com a instauração de um DB *ad hoc* e *ex post facto*, isto não significa afirmar que sua eficiência seria maior. Pelo contrário.

Instaurar um *dispute board* após o surgimento do conflito sinaliza, de antemão, a impossibilidade de se maximizar os ganhos por meio dos incentivos para o adimplemento contratual⁴⁵⁷. Em outras palavras, o objetivo central do contrato, qual seja sua plena execução, já teria sido perdido e ocasionado prejuízos tanto para a Administração Pública, quanto para seus investidores privados e a própria coletividade.

Além disso, o DB *ex post facto* sacrifica a principal vantagem do mecanismo, que é a de poder contar com um comitê de especialistas, escolhidos pelas partes, que acompanham toda a execução contratual em tempo real o que permite que, em caso de conflitos, eles possam ser solucionados de forma célere e altamente especializada⁴⁵⁸.

Não se descarta que um DB *ad hoc*, por ser menos custoso às partes, poderia ser utilizado, com certo grau de eficiência, em projetos de menor duração, complexidade e valor⁴⁵⁹. Contudo, este não é o caso dos contratos administrativos de infraestrutura que, além de sua longa e continuada duração, também envolvem teias contratuais complexas e valores que, facilmente, ultrapassam à casa dos bilhões de reais/dólares.

Por outro lado, o DB *ex ante facto*, a despeito de demandar custos financeiros maiores que a modalidade *ad hoc*, possui em mãos o condão de maximizar as chances de criar um ambiente em que as partes atuem de maneira colaborativa e, assim, se concentrem, juntas, na boa execução contratual. As partes, ao incluírem cláusula de DB logo no início de sua relação contratual, reconhecem “a possibilidade de surgimento de litígios no decorrer do contrato e se valoriza a busca da solução particular, em detrimento do recurso ao poder externo, no caso, ao Poder Judiciário⁴⁶⁰”.

Tem-se, ainda, que a inclusão da cláusula de DB no início do contrato permite que as partes reduzam os custos de eventuais disputas, já que o objetivo do comitê é justamente

⁴⁵⁷ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 21. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁵⁸ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 115.

⁴⁵⁹ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 115.

⁴⁶⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. **Análise crítica das cláusulas de dispute board**: eficiência e casos práticos. **Revista NEJ**, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 226. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

preveni-las, bem como que possam coibir comportamentos tidos como oportunistas no decorrer do projeto⁴⁶¹.

Corroborando o posicionamento teórico adotado neste trabalho, de que o DB permanente se traduz em maior potencialidade de eficiência do mecanismo, Michelle Cristina Santiago Fernandes, no ano 2019, realizou pesquisa empírica acerca da utilização dos *dispute boards* nos contratos brasileiros de construção. Para tanto, como campo amostral, entrevistou profissionais envolvidos com disputas no setor da construção⁴⁶²,

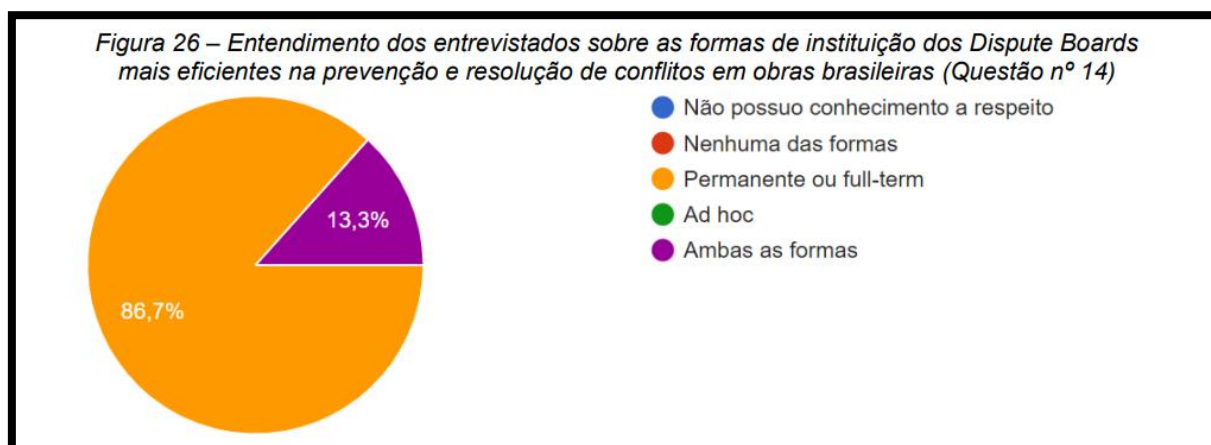
Ao questionar sobre a forma de instituição dos *dispute boards* mais eficientes na prevenção e resolução de conflitos em obras brasileiras, 86,7% dos entrevistados afirmaram que a forma de instauração permanente de DB é a mais eficiente. Os outros 13,3% dos entrevistados consideram que ambas as formas, permanente e *ad hoc*, são eficientes⁴⁶³. Chama atenção o fato de que nenhum dos entrevistados consideram que a instauração de DB *ad hoc* se traduz em maior eficiência. Para melhor visualização, apresenta-se, na íntegra, o gráfico elaborado por Fernandes:

⁴⁶¹ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 21. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁶² Segundo dados da própria pesquisa, embora o número exato de entrevistados não tenha sido disponibilizado para evitar a identificação dos profissionais, sabe-se que 36,7% atuam na área jurídica, enquanto 43,3% atuam no âmbito da Engenharia Civil. *Vide*: FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação – (Mestrado em Engenharia Civil) – Faculdade de São Paulo, Escola Politécnica, São Paulo, 331f, p. 149. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandesCorr19.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁶³ FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação – (Mestrado em Engenharia Civil) – Faculdade de São Paulo, Escola Politécnica, São Paulo, 331f, p. 149. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandesCorr19.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.

Gráfico 5 - Pesquisa empírica produzida por Fernandes sobre eficiência do DB permanente e *ad hoc*



Fonte: FERNANDES, 2019, p. 163⁴⁶⁴.

O resultado apontado por Fernandes, decorrente de pesquisa realizada com entrevistados que efetivamente atuam no setor, confirmam o entendimento da literatura. Isto é, para melhores condições de eficiência sobre o mecanismo como um todo, deve-se partir de sua instauração logo no início do contrato, pois sua função preventiva de conflitos, inexistente na modalidade *ad hoc*, acaba por diminuir os custos de transação e potencializar o sistema de incentivos que levam as partes ao cumprimento das obrigações contratuais.

3.5.2 A eficiência dos DBs a partir de suas características: relações entre incentivos econômicos, custos de transação e assimetria informacional

Como ponto de partida, delineou-se que a eficiência do DB começa a ser desenhada a partir de sua instauração. De maneira mais específica, o raciocínio que se estrutura é o de que não se pode esperar que um DB instaurado no início da execução contratual apresente a mesma eficiência que aquele instaurado apenas diante de determinado conflito. O que a literatura especializada e os números demonstram é que, inequivocamente, a modalidade permanente, *ex ante facto*, imprime maior grau de eficiência ao mecanismo.

Porém identificar que o DB *ex ante facto* é mais eficiente que o DB *ex post facto* não significa atestar que todo o procedimento, simplesmente por ter sido instaurado no início do

⁴⁶⁴ FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação – (Mestrado em Engenharia Civil) – Faculdade de São Paulo, Escola Politécnica, São Paulo, 331 f, p. 149. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandesCorr19.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.

contrato, será, seguramente e em quaisquer condições, eficiente. Por isso, é preciso analisar detidamente os demais fatores que compõem a realidade dos DBs nos contratos administrativos de infraestrutura. Para possibilitar este exame, além dos conceitos econômicos, serão realizados comparativos entre os demais mecanismos à disposição da Administração Pública, neste caso, a arbitragem e o Poder Judiciário.

Um dos requisitos imediatamente observados pelas partes interessadas em adotar o DB – ou que a ele estejam vinculadas em razão de determinações da FIDIC e/ou do Banco Mundial - em seus contratos é, certamente, os custos financeiros envolvidos na operação. Em se tratando de Administração Pública, essa preocupação se mostra ainda mais sensível, pois seus recursos são escassos e, além do mais, deve-se observar o planejamento orçamentário instituído para determinado período⁴⁶⁵.

Caio Gentil Ribeiro *et al.*, ao analisarem a aplicação dos DBs em contratos administrativos de concessão, listam como desvantagem “o custo de remunerar os membros do comitê desde o início da execução do contrato⁴⁶⁶”. No entanto, o *dispute board* não comporta uma análise de seu preço de maneira isolada. É preciso contextualizá-la com a própria realidade do mecanismo.

Dessa forma, Fernando Marcondes aduz que “o DB tem um custo baixíssimo, se comparado a arbitragem ou a um processo judicial⁴⁶⁷”. Essa informação é corroborada pelas estatísticas que, apesar de divergirem em algum grau, apontam para a mesma direção. Segundo a DRBF, os custos de manutenção de um DB, em relação ao orçamento do projeto, geralmente perfazem a faixa de 0,05% a 0,15% dos custos globais do contrato⁴⁶⁸. Charrett, por sua vez, afirma que os custos variam de 0,15% a 0,26% do orçamento total das obras⁴⁶⁹.

Considerando que, comumente, os custos de um DB são divididos igualmente entre as partes contratantes, inclusive como forma de estimular a colaboração e a lealdade dos *players*,

⁴⁶⁵ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 102.

⁴⁶⁶ RIBEIRO, Caio Gentil *et al.* Dispute boards nos contratos de concessão e PPP: aspectos gerais e temas controversos. **R. Proc. Geral Est. São Paulo**, São Paulo, n. 96, p. 228-248, jul./dez. 2022, p. 236. Disponível em: [file:///C:/Users/nathalia.dalbianco/Downloads/08_Revista_PGE_96_%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/nathalia.dalbianco/Downloads/08_Revista_PGE_96_%20(5).pdf). Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁶⁷ MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 126.

⁴⁶⁸ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁴⁶⁹ CHARRETT, Donald. **Dispute Boards and Construction Contracts**. The Victorian BAR Continuing Professional Development Program. 2009. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 29 nov. 2023.

e que os contratos de infraestrutura envolvem valores expressivos⁴⁷⁰, tem-se que as despesas de um DB representam, em verdade, custos de prevenção, pois evitam o surgimento de conflitos⁴⁷¹. Charrett ressalta que, para muitos *players*, o DB é um investimento, algo próximo a uma forma de *seguro*, que os protege contra possíveis e indesejáveis atrasos na obra e procedimentos ainda mais custosos de solução de disputas⁴⁷². Em última análise, o custo de um DB acaba sendo diluído no próprio contrato, pois a atuação do comitê impede a paralisação do projeto e, assim, mantém seu equilíbrio econômico-financeiro⁴⁷³.

Isto, sem dúvida, apresenta um importante fator no sistema de incentivos dos *dispute boards*, especialmente se comparado à arbitragem e ao Poder Judiciário. É que, por um lado, em um procedimento de DB, os custos são, como se verificou, diluídos no próprio contrato, pois a atuação do *board* possibilita a *não interrupção* do projeto. Em compensação, quando um caso é levado à arbitragem ou ao Poder Judiciário significa dizer que já há um conflito instaurado, muitas vezes com o projeto paralisado, de modo que as partes arcam, simultaneamente, com os prejuízos da interrupção desse projeto e com os custos institucionais envolvidos em uma arbitragem ou em um processo estatal, o que, evidentemente, aumenta os custos de transação envolvidos no negócio⁴⁷⁴.

A sistemática dos custos envolvidos na instauração de um *board* se torna ainda mais atrativa e eficiente para os seus contratantes quando analisada à luz do que o comitê pode oferecer ao projeto, em decorrência da condução do procedimento.

⁴⁷⁰ Para listar alguns exemplos: a construção do terceiro jogo de eclusas no Canal do Panamá envolveu, aproximadamente, US\$ 5,25 bilhões, entre os anos de 2007 e 2014. As ampliações da linha de metrô Sheppard, no Canadá, levou oito anos e custou, em média, US\$ 1 bilhão. *Vide*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. **Análise crítica das cláusulas de dispute board**: eficiência e casos práticos. Revista NEJ, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 229. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁷¹ CHARRETT, Donald. **Dispute Boards and Construction Contracts**. The Victorian BAR Continuing Professional Development Program. 2009. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁷² CHARRETT, Donald. **Dispute Boards and Construction Contracts**. The Victorian BAR Continuing Professional Development Program. 2009. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁷³ “In short, the cost of a DB will deliver a positive return on investment as a result of faster Project-delivery times, the minimization of cost overruns, the prevention of most disputes and a much lower cost of a resolution for unavoidable disputes” *vide*: DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁴⁷⁴ “Economicamente, pode se mostrar mais eficiente para os envolvidos evitar chegar-se a instalação de uma lide, quer venha a ser apresentada perante árbitros ou Poder Judiciário. Qualquer que seja a opção, haverá custos que serão somados aos demais custos de negociação, compondo os custos de transação” *vide* RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. **Análise crítica das cláusulas de dispute board**: eficiência e casos práticos. Revista NEJ, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 229. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

Nesse sentido, ao investigar a eficiência da arbitragem, em comparativo com a justiça estatal, Pugliese e Salama revelam que o instituto arbitral se sobressai com relação à prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, reduzindo os custos de transação envolvidos na própria gestão do conflito, tendo em vista, em primeiro lugar, a agilidade oferecida pela arbitragem⁴⁷⁵.

Os autores, em posicionamento corroborado por Luciano Benetti Timm⁴⁷⁶, constataam que o procedimento arbitral, por não estar sujeito à rigidez das burocracias judiciais, tampouco se submeter à recursos, diferentemente do que ocorre no processo estatal, oferece o ambiente e a infraestrutura necessária para que as decisões sejam tomadas com rapidez⁴⁷⁷.

Apontam ainda, em breve síntese, que a especialização dos árbitros e a imparcialidade deles também contribuem para a redução dos custos de transação. De um ângulo, porque a especialização dos árbitros culmina na “redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado” De outro ângulo, em razão de que a imparcialidade dos julgadores confere maior segurança, sobretudo nas relações comerciais internacionais, pois “existe um temor de que as cortes estatais favoreçam a parte nacional em detrimento da parte estrangeira⁴⁷⁸”.

De fato, não restam dúvidas de que a arbitragem, se comparada ao processo estatal, proporciona maior eficiência aos *players*. Mas quando os *dispute boards* se inserem como peças no tabuleiro da gestão contratual e de conflitos, o jogo se modifica e toma outros rumos, ainda mais dinâmicos, especialmente em se tratando dos contratos administrativos de infraestrutura.

Como mencionado por Márcia Carla Pereira Ribeiro e Caroline Sampaio de Almeida, os contratos que envolvem construção são incompletos, pois, no momento de sua pactuação, verifica-se a impossibilidade de se adiantar e descrever todas as possíveis contingências que

⁴⁷⁵ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 20. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁷⁶ “O fator tempo está no centro da composição de custos transacionais envolvidos na resolução de uma disputa. Nesse sentido, a opção pela via arbitral importa em uma economia direta de tempo, na medida em que procedimentos tendem a ser mais céleres do que na via judicial. Mais que isso, existe uma preocupação com a questão da celeridade que é inerente ao atual regramento e ao próprio conceito de arbitragem, talvez justamente por ser este um dos contrapontos mais claros à atividade jurisdicional” *vide*: TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. *In*: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Baueri: Manole, p. 312.

⁴⁷⁷ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 20. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁷⁸ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 20. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

podem, ou não, ocorrer durante sua execução⁴⁷⁹. Geralmente, tais contratos preveem sistemas de patilha de riscos, variações e resolução de controvérsias, mas, ainda assim, são permeados por incertezas⁴⁸⁰. E é nesse cenário que os *dispute boards*, por meio de seus membros e de sua atuação, ocasiona a um só tempo, a redução da assimetria informacional e dos custos de transação.

Sob o prisma da composição do comitê, assim como ocorre na arbitragem, os membros são escolhidos pelas partes, atuam de maneira imparcial e se destacam por ser altamente especializados na matéria do litígio, o que já coloca o DB também em vantagem com relação ao processo estatal. Mas, afinal, por que o DB seria, então, mais eficiente que um procedimento arbitral?

A primeira razão é que, em contraposição ao que ocorre na arbitragem, os membros do DB acompanham a execução da obra em tempo real, o que inclui a verificação de documentos, o andamento do projeto e a dinâmica estabelecida entre as partes⁴⁸¹. Esse acompanhamento em tempo real é o que permite que os conflitos sejam prevenidos, característica esta que funciona como mais um, e possivelmente o mais importante, redutor dos custos de transação, ao desestimular as potenciais razões que levariam à paralisação da obra.

Dito de outro modo, a atuação do DB, com o seu acompanhamento em tempo real, tem o condão de atenuar as imprevisibilidades intrínsecas ao próprio negócio (conduzido por um contrato incompleto por sua natureza), tornando-se este um importante atrativo tanto para os investidores, que se revestem de maior segurança, quanto para as partes, que redirecionam o seu foco para a maximização dos resultados pretendidos com o projeto. No âmbito dos contratos administrativos, esta última hipótese tem especial importância, tendo em vista que os projetos são estruturados à luz do interesse público e do fomento à economia.

A segunda razão se verifica ao passo em que, ao acompanhar a execução contratual em tempo real, os membros do DB e as partes estabelecem relação de confiança, estimulando o ambiente cooperativo. Como consequência do estímulo à cooperação, a tendência é que a assimetria informacional existente na relação entre as partes e os membros do *board* diminua,

⁴⁷⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. **Análise crítica das cláusulas de dispute board: eficiência e casos práticos**. Revista NEJ, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 229. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁸⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. **Análise crítica das cláusulas de dispute board: eficiência e casos práticos**. Revista NEJ, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 226. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁸¹ SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution [RBADR]**, Belo Horizonte, a. 2, n. 3, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 110. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

já que a própria dinâmica do procedimento torna possível que os *players* – e os membros do comitê – reconheçam os comportamentos recíprocos e prevejam as condutas dos envolvidos⁴⁸².

No entanto, a despeito do ambiente colaborativo e do caráter preventivo de controvérsias assumido pelo *board*, os conflitos podem, ainda assim, surgir e, mais uma vez, a eficiência do comitê deve ser colocada em perspectiva.

Nesta situação, se a celeridade é apontada como redutor dos custos de transação no comparativo entre a arbitragem e o processo estatal, no *dispute boards* isto é ainda mais intensificado. Note-se que, segundo dados compilados por Selma Lemes, no ano de 2022, o tempo médio de processamento de uma arbitragem institucional foi de 19,87 meses⁴⁸³. Já o DB, além de perdurar por todo o contrato, em caso de conflitos, a decisão (ou recomendação) é proferida pelo *board* no prazo médio de 30 dias⁴⁸⁴, o que se torna possível em razão do acompanhamento em tempo real já exercido por seus membros. Ou seja, a celeridade é um incentivo ainda maior quando analisada no âmbito dos *dispute boards*.

Evidentemente, a eficiência, neste ponto, não se traduz apenas pela celeridade, mas, sim, pela sua relação com a alta qualidade das decisões emitidas pelo *board*. Segundo levantamento de dados realizados por Igor Gimenes Alvarenga Domingues junto à DRBF, foi consultado um banco de dados com mais de 2800 projetos de infraestrutura que adotaram o DB, dentre os quais se constata que de 85% a 98% das recomendações ou decisões emitidas pelos especialistas não foram submetidas posteriormente à arbitragem ou à jurisdição estatal⁴⁸⁵.

Um suposto óbice à eficiência do mecanismo poderia surgir exatamente neste cenário. Márcia Carla Pereira Ribeiro e Caroline Sampaio de Almeida elencam como desvantagem do DB o fato de que, por vezes, as partes podem não solucionar definitivamente a controvérsia por força do DB, que, lembra-se, possui caráter contratual e levarem os conflitos à apreciação

⁴⁸² “Para que o ambiente de cooperação aconteça, é importante que os agentes visualizem a perspectiva de retomada de negócios com a mesma contraparte, que possam reconhecer-se quando do reencontro e que tenham acesso a informações sobre o comportamento recíproco até o momento” *vide* RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. **Análise crítica das cláusulas de dispute board**: eficiência e casos práticos. Revista NEJ, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 229. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁸³ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números**. 2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/Arbitragem-em-Numeros-2023-VF.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

⁴⁸⁴ Regulamento de Dispute Boards da CAM-CCBC: “5.2. The Final Rulling shall be issued within thirty days from the date of conclusion of the evidentiary phase or the measures under article 4.11 hereof. Such time-period may be extended by fifteen days at the Committee’s discretion, considering the complexity of the controversy”. *Vide*: CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ [CAM-CCBC]. **Dispute Boards Rules**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/dispute-boards/rules/>. Acesso em: 29 nov. 2023; CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL [CAMARB]. **Dispute Board Rules**. Disponível em: <https://camarb.com.br/en/dispute-board-db-or-board-of-consultants/regulation/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁸⁵ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 41.

jurisdicional, seja pela arbitragem ou pelo Poder Judiciário. Isto ocasionaria um custo adicional aos contratantes, a despeito daqueles que já foram despedidos para a instauração do comitê⁴⁸⁶. Todavia, nem mesmo nessas circunstâncias a eficiência do mecanismo está maculada.

Fernando Marcondes é claro ao destacar que, historicamente, as decisões e recomendações do DB registram um índice de reversão baixíssimo pelas instâncias jurisdicionais, quase próximo de zero⁴⁸⁷. Para o autor, isso se deve à *expertise* e idoneidade dos membros do comitê escolhidos pelas partes que, em razão de sua especialização, em regra, “deixa pouco – ou nada – para ser reparado pelos árbitros⁴⁸⁸”.

Além disso, Marcondes defende que:

Ainda que todas as decisões do DB fossem revertidas, ele funcionou muito bem, porque cumpriu a função dele: permitir que a obra siga e que a briga fique do lado de fora, viabilizar que o projeto chegue ao fim, com o menor número de traumas possível. E se essa decisão for posteriormente revertida, numa arbitragem ou em um processo judicial, a obra está terminada, está entregue à população: o metrô está funcionando, a represa está entregue, o hospital está entregue. Está tudo funcionando. Este é o objetivo do DB. A decisão vincula as partes, elas cumprem aquela decisão e, eventualmente, os advogados, do lado de fora, vão resolver em perdas e danos⁴⁸⁹.

Além disso, este estudo, ao abordar as estatísticas apresentadas pelo TCU, constatou que a grande maioria das obras paralisadas no país carrega esse *status* em razão de problemas técnicos⁴⁹⁰. Neste ponto, uma vez mais, o *dispute board* mostra sua eficiência no cenário descrito. É de se notar que tanto a arbitragem, quanto o Poder Judiciário se voltam à apreciação de avenças jurídicas havida entre as partes, de maneira que questões eminentemente técnicas não alcançam a profundidade e o tratamento devido.

Não se ignora que a arbitragem, assim como nos DBs, os julgadores escolhidos pelas partes podem dispor – e é recomendado que disponham – de *expertise* sobre o tema envolvido

⁴⁸⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. **Análise crítica das cláusulas de dispute board: eficiência e casos práticos**. Revista NEJ, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 231. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

⁴⁸⁷ MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017, p. 103.

⁴⁸⁸ MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017, p. 103.

⁴⁸⁹ CANAL ARBITRAGEM. Dispute Boards: Discussões Construtivas: Fernando Marcondes, Cristina Mastrobuono, Augusto Barros de Figueiredo e Maria Virgínia Mesquita. **YouTube**, jul. 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/results?search_query=dispute+boards. Acesso em: 30 nov. 2023.

⁴⁹⁰ Vide Gráfico 3 – Nota de rodapé nº 132.

na demanda⁴⁹¹. Ocorre que, ainda assim, no âmbito de uma arbitragem, a análise final é substancialmente jurídica. Diferenciando-se de tais mecanismos, nos *dispute boards*:

que correspondem a um comitê de prevenção de controvérsias formados por técnicos especialistas no objeto da contratação, assuntos que são puramente jurídicos e não envolvem qualquer discussão técnica não deveriam estar sujeitos ao mecanismo. Tal restrição ainda seria mais recomendável, caso o comitê não tivesse qualquer advogado em sua formação, já que se relegaria a profissionais que não são especialistas na matéria a função de dar decisões ou recomendações sobre isso⁴⁹².

Ora, se os grandes vilões dos contratos administrativos de infraestrutura são os problemas técnicos, que inviabilizam sua execução, nada mais eficiente do que contar com um mecanismo voltado justamente à tecnicidade. Essa eficiência reside no ponto em que o *dispute board*, em contraste aos demais mecanismos, consegue alcançar a raiz do problema, por meio de seu acompanhamento técnico.

Na análise realizada até aqui, a eficiência dos *dispute boards* no âmbito dos contratos administrativos ficou evidente. Mas há, também, de se mostrar o *outro lado* da história ao leitor. É que, apesar de a eficiência ser bastante clara a partir dos aspectos teóricos apresentados, existem circunstâncias fáticas e, sobretudo, relacionadas às condutas das partes contratantes e do próprio comitê, que podem modificar essa percepção.

Para delinear as penumbras que rondam a eficiência dos DBs, será tomado, brevemente, como guia o artigo *Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project*, desenvolvido pela pesquisadora Kathleen M. J. Harmon⁴⁹³. O objetivo

⁴⁹¹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Baueri: Manole, p. 311.

⁴⁹² SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 95.

⁴⁹³ HARMON, Kathleen M. J. Case study as to the effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. **J. Leg. Aff. Dispute Resolut. Eng. Constr**, n. 1, v. 1, p. 18-31, 2009.

de tal estudo é a investigação da eficiência do *dispute board* nas obras do *The Big Dig*⁴⁹⁴, que ocorreram nos Estados Unidos da América entre os anos de 1985 e 2005⁴⁹⁵.

A motivação para que Harmon realizasse referida pesquisa reside no curioso fato de que, embora o DB tenha sido utilizado durante a execução das obras, aproximadamente 1.700 conflitos não haviam sido solucionados após o encerramento dos contratos, o que perfazia a quantia de 57 milhões de dólares, levantando dúvidas quanto a eficiência do mecanismo⁴⁹⁶.

Para possibilitar tal análise, a autora investigou a eficiência do DB a partir da proposição de algumas perguntas. Dentre elas, destaca-se a que importa para este trabalho: *quais foram as barreiras para a eficiência do dispute board?*⁴⁹⁷

Surpreendentemente, Harmon constatou que os fatores relacionados a ineficiência do DB neste caso não estavam ligados ao mecanismo em si, mas ao comportamento das partes e na relação travada com o comitê. Por um lado, a autora dispõe que muitas das controvérsias não foram submetidas pelas partes ao comitê, o que, por si só, já interfere em sua eficiência⁴⁹⁸. Por outro lado, constata que os procedimentos conduzidos pelo comitê contrariavam a celeridade, dispondo de fases instrutórias extensas, audiências demoradas, culminando em recomendações que estavam na contramão dos valores esperados e instaurando dúvidas quanto à sua credibilidade⁴⁹⁹.

O estudo, embora aqui tenha sido traduzido em linhas gerais, deixa uma importante lição acerca da eficiência do *dispute board*: o mecanismo, em si, possui os aparatos necessários para promover a eficiência nos contratos administrativos de infraestrutura, tanto é assim que já foi

⁴⁹⁴ “Boston’s Central Artery/Tunnel Project, comumente chamado de Big Dig, foi o maior, mais técnico e desafiador projeto de autoestrada na história dos Estados Unidos. Maior do que o canal do Panamá, que o dique Hoover e que os projetos dos aquedutos do Alasca, ele foi construído no coração de uma das cidades mais antigas da nação. Em sua lista de desafios de engenharia estavam de início fazer o mais profundo túnel submerso para a conexão da autoestrada, a maior aplicação de pasta líquida de cimento na América do Norte, a peculiaridade de um solo congelado sem precedentes, um trabalho extensivo de mistura de solos em profundidade para estabilizar o terreno, a maior ponte suspensa por cabos e o maior sistema de ventilação de túnel do mundo.” GREIMAN, Virginia. Lições aprendidas no megaprojeto BIG DIG. **MundoPM**, dez. 2010/ jan. 2011, p. 56. Disponível em: <https://projectdesignmanagement.com.br/produto/licoes-aprendidas-do-megaprojeto-big-dig/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

⁴⁹⁵ HARMON, Kathleen M. J. Case study as to the effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. **J. Leg. Aff. Dispute Resolut. Eng. Constr**, n. 1, v. 1, p. 18-31, 2009, p. 18.

⁴⁹⁶ HARMON, Kathleen M. J. Case study as to the effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. **J. Leg. Aff. Dispute Resolut. Eng. Constr**, n. 1, v. 1, p. 18-31, 2009, p. 20.

⁴⁹⁷ HARMON, Kathleen M. J. Case study as to the effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. **J. Leg. Aff. Dispute Resolut. Eng. Constr**, n. 1, v. 1, p. 18-31, 2009, p. 20. Em idioma original, as demais perguntas foram: 1. Does the use of DRBs reduce bid prices? 2. Was the DRB successful? 3. What were the barriers to the DRB’s effectiveness? 4. Does the use of DRBs reduce the cost of resolving conflicts?”

⁴⁹⁸ HARMON, Kathleen M. J. Case study as to the effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. **J. Leg. Aff. Dispute Resolut. Eng. Constr**, n. 1, v. 1, p. 18-31, 2009, p. 21-23.

⁴⁹⁹ HARMON, Kathleen M. J. Case study as to the effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. **J. Leg. Aff. Dispute Resolut. Eng. Constr**, n. 1, v. 1, p. 18-31, 2009, p. 23-24.

utilizado em casos de igual relevância e obtiveram incontestável êxito, os quais, inclusive, foram ressaltados no capítulo 1 deste trabalho. Ocorre que, na prática, essa eficiência passa, necessariamente, pelo modo de conduta tanto das partes, quanto dos membros do comitê.

Logo, para que se valham da eficiência inerente às características do *board*, cabe as partes, desde o início de sua instauração, que ajam com cautela na escolha dos membros que acompanharão a integralidade da execução contratual, ponderando não só a *expertise* dos profissionais, como também suas condutas éticas e habilidades sociais⁵⁰⁰. Aos membros do comitê, cabe o incentivo às posturas colaborativas das partes, o acompanhamento diligente e imparcial da execução do projeto e a conduta alinhada às diretrizes práticas constantemente alinhadas pela DRBF⁵⁰¹. Especialmente em se tratando de Administração Pública, cuja atuação está sob os olhares dos órgãos de controle, a boa condução do DB se torna imprescindível.

Assim sendo, a análise proposta por este trabalho demonstrou que a amplitude dos *dispute boards* não deve se limitar à previsão legal que lhe foi conferida pela Nova Lei de Licitações. Os DBs, por reduzirem os custos de transação envolvidos nos negócios e balizarem as assimetrias informacionais, consagram-se como indispensável ferramenta de governança contratual e de gestão de conflitos, diante de sua comprovada eficiência, que, em última análise, pavimentam o caminho de uma Administração Pública Gerencial efetiva.

Portanto, nas palavras de Domingues⁵⁰², o gestor público e os órgãos de controle terão cada vez mais dificuldades para explicar as razões de não adotarem os *dispute boards* em seus contratos, preconizado por importantes órgãos e instituições focadas nos melhores modelos de contratações ao redor do mundo, como o Banco Mundial.

⁵⁰⁰ MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards**: meio de prevenção e resolução de disputas. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 144.

⁵⁰¹ DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023

⁵⁰² DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 63.

CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a investigar a eficiência dos *dispute boards* nos contratos administrativos de infraestrutura, utilizando-se do ferramental teórico da Análise Econômica do Direito (AED). Para que fosse possível instrumentalizar a proposta, por meio de revisão bibliográfica, a pesquisa foi estruturada em três capítulos, que correspondem, em termos técnicos, aos objetivos específicos do trabalho.

No primeiro capítulo, foram traçadas as relações entre o Estado e a Administração Pública, com ênfase nas mudanças sociopolíticas e socioeconômicas que culminaram na estruturação de um modelo gerencial de administração. A partir daí, dentre os modelos de contratos firmados pela Administração, a ênfase desta pesquisa recaiu sobre os que se referem à infraestrutura.

Isso porque, identificou-se que a infraestrutura, apesar de se tratar de setor imprescindível ao desenvolvimento socioeconômico do país, sofre os efeitos de uma herança histórica, reconhecida por nutrir *cemitérios de obras públicas*, na maioria das vezes paralisadas por razões técnicas.

Essa realidade preocupante ensejou a busca por mecanismos de gestão contratual e de conflitos que pudessem dinamizar a realidade descrita. Na ocasião, algumas possibilidades foram analisadas. No âmbito da gestão contratual, destacaram-se o dever de renegociar, o dever de mitigar o próprio prejuízo e o dever de informar. Todas elas, porém, demonstraram gargalos que inviabilizariam a prática pelo gestor público. No âmbito da gestão de conflitos, o Poder Judiciário, a negociação e a arbitragem foram abordadas, mas, igualmente, todos eles apresentaram dificuldades concretas de modificar a realidade que assombra os contratos de infraestrutura.

Foi nesse cenário que se introduziu o segundo capítulo, com a apresentação dos *dispute boards*. Inicialmente, foram resgatadas as origens históricas do mecanismo e a importância de instituições como FIDIC e Banco Mundial na propagação de sua utilização, por meio da exigência de cláusula de DB para viabilizar investimentos.

Já em termos de definição conceitual, foram apresentados como comitês compostos por profissionais experientes e imparciais, escolhidos pelas partes no início ou no meio de um projeto, para acompanhar sua execução em tempo real, assim como emitir recomendações ou proferir decisões, a depender da previsão contratual.

Na sequência, a análise se voltou às modalidades, à natureza jurídica e às espécies que podem assumir os *dispute boards*. Quanto às modalidades, brevemente, foram ressaltadas: (a)

o *dispute review board*, responsável por prestar assistência informal às partes e emitir recomendações, quando requisitadas, de modo que, caso as partes não se insurjam, tais recomendações passam a ser vinculantes; (b) *dispute adjudication board*, em que o comitê, além de prestar assistência informal às partes, profere decisões vinculantes e obrigatórias, dirimindo os conflitos que lhe foram submetidos e (c) *combined dispute board*, modalidade híbrida, que contempla as anteriores.

O final do segundo capítulo, com a preocupação de particularizar os *dispute boards* no âmbito da gestão de conflitos, ocupou-se de estabelecer paralelos, com as semelhanças e diferenças havidas entre os DBs, a negociação, a mediação e a arbitragem.

Com o mecanismo devidamente estruturado, abriram-se as cortinas para o terceiro capítulo. Logo de início foram recapitulados os caminhos percorridos pelos *dispute boards* em terras brasileiras, abrangendo desde a desconfiança com o novo mecanismo até a sua solidificação no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Nova Lei de Licitações e os indícios concretos de que, em breve, será objeto de lei federal específica.

Diante disso, como maneira de fomentar sua utilização, a proposta do terceiro capítulo foi no sentido de aproximar Direito e Economia, para identificar a eficiência dos DBs no âmbito dos contratos administrativos de infraestrutura. Nessa aproximação, foram apresentadas as estruturas da Análise Econômica do Direito, enquanto método que emprega o ferramental teórico econômico para a compreensão de fenômenos jurídicos e suas consequências.

Para que essa análise pudesse ser operacionalizada, foram estabelecidas as premissas conceituais, no âmbito da AED, necessárias para que se pudesse, posteriormente, examinar a eficiência dos DBs. Na ocasião, foram delineados os conceitos de custos de transação, assimetria informacional, bem como de organizações e instituições.

A eficiência, por sua vez, recebeu análise particularizada, para que se pudesse relacioná-la com o Direito Administrativo, sendo apontada como fator imprescindível para que a Administração Pública, com seus recursos escassos, consiga atender aos interesses públicos.

Colocadas à mesa as premissas da AED, bem como os contratos administrativos de infraestrutura, o último tópico deste trabalho teve como objetivo entrelaçá-los para uma verdadeira experimentação teórica em busca dos indicadores de eficiência.

A primeira parte da análise consistiu em identificar a eficiência do DB a partir do momento de sua instauração. Isto é, em verificar se o DB permanente o DB *ad hoc* gozam do mesmo grau de eficiência. A resposta do teste foi negativa. O arcabouço teórico conduziu a pesquisa até a conclusão de que a modalidade permanente, por acompanhar o contrato do início

ao fim, em tempo real, culmina na redução dos custos de transação e, portanto, apresenta maior eficiência do que a modalidade *ad hoc*, que acaba por sacrificar o viés preventivo do DB.

A segunda parte da análise, por sua vez, examinou a eficiência dos DBs a partir de suas características e de breves comparativos com a arbitragem e o Poder Judiciário.

Nesta hipótese, a eficiência do mecanismo pôde ser confirmada pelos seguintes critérios: (a) o DB apresenta um baixo custo de manutenção e de instalação, sendo, inclusive, diluído no próprio contrato, ao passo em que a atuação do *board* privilegia a não-interrupção do projeto; (b) a celeridade do *board*, bem como a atuação imparcial do comitê atuam como redutores de custos de transação; (c) o acompanhamento em tempo real promovido pelo comitê atua as assimetrias informacionais e incentiva a conduta colaborativa das partes, atribuindo segurança aos contratos de infraestrutura que são, por sua própria natureza, imprevisíveis; (d) a qualidade das decisões dos *boards*, que assim como a economia de tempo, funciona como incentivo, já que a maioria delas não são submetidas à apreciação de outro mecanismo e, quando são, apresentam índices baixíssimos de reversão; (e) o caráter técnico torna o DB o único mecanismo apto a alcançar as raízes dos contratos de infraestrutura paralisados no Brasil, já que o principal motivo de sua paralisação é, também, técnico.

Tais resultados permitiram, ainda, que a conclusão deste estudo aponte para a necessidade de, visando garantir a eficiência possibilitada pelas próprias características do mecanismo, as partes, assim os membros do comitê observarem as suas condutas, de modo a contribuírem para a manutenção do ambiente colaborativo, ético e transparente promovido pelo DB.

Ao final, a hipótese deste trabalho foi confirmada, concluindo-se que a utilização dos *dispute boards* atribui eficiência aos contratos administrativos de infraestrutura, prevenindo e solucionando os conflitos de forma célere e especializada, tornando-se, sobretudo, instrumento apto a elevar o setor da infraestrutura brasileira e promovendo-lhe um novo espectro de herança cultural, desta vez marcada pelo dinamismo das parcerias público-privadas e à contemplação do interesse público.

A presente pesquisa assume caráter fundamental para o programa de pós-graduação em Direito Negocial da UEL, pois contempla os desdobramentos dos negócios jurídicos públicos em uma Administração Pública Gerencial, fator imprescindível para o fomento da economia e do desenvolvimento social do país. De igual forma, a pesquisa também representa inovação e relevância na Linha de Pesquisa – Acesso à Justiça, pois os *dispute boards* ainda carecem de abordagem científica no país e no mundo, especialmente sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito. A junção dos dois temas é importante, pois a Administração Pública, em

sua faceta gerencial, necessita, cada vez mais e de forma prioritária, de subsídios advindos da Academia para que se possa aprimorar, de maneira eficiente, o sistema de gestão de conflitos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da Administração Pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Instituições e cooperação social em Douglass North e nos intérpretes weberianos do atraso brasileiro. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 41, n. 3, p. 551-571, jul. 2011, p. 552. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ee/a/s8BKtk8sQs35SYbn7pKgcMM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2023.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: Uma releitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: Uma releitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

BADDAUY, Leticia de Souza; PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes. Artigo 43 - Vacatio Legis. In: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (org.). **Lei de Arbitragem Comentada: Lei nº 9.307/1996**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 449-454.

BADDAUY, Leticia; PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes. Desenho de sistema de resolução de disputas nos contratos de integração vertical: diálogos entre CADEC, mediação, dispute boards e arbitragem. In: TSOUROUTSOGLU, Irini (org.) **Direito & Agronegócio: ambiente de negócios e competitividade: estudos em homenagem à Ministra Tereza Cristina**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

BAND JORNALISMO. **Quase 5 mil obras públicas estão paradas no Brasil**. YouTube, 13 maio de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3OdUCXNF1wc&t=452s>. Acesso em: 29 out. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado Social. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres [ANTT]. Conteúdos do Portal AR: **Regulamentação acerca do Comitê de Resolução de Conflitos (Dispute Board) no âmbito das concessões de rodovias e ferrovias**. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/pagina-de-teste/-/asset_publisher/zhlGU1mXEzF5/content/regulamenta%25C3%25A7%25C3%25A3o-acerca-do-comit%25C3%25AA-de-resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o-de-conflitos-dispute-board-no-%25C3%25A2mbito-das-concess%25C3%25B5es-de-rodovias-e-ferrovias/3116054. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Agência Senado. **Falta de dinheiro, falhas e projeto e omissão política geram 14 mil obras inacabadas**. 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/06/falta-de-dinheiro-falhas-de-projeto-e-omissao-politica-geram-14-mil-obras-inacabadas>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL nº 9883/2018**. Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) em contratos administrativos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PLS nº 206/2018**. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01t5madh2kkgot13i7vq1vq5t695069424.node0?codteor=2042718&filename=Avulso+-PL+2421/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PLS+206/2018%29. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. CGU pede informações sobre obras não concluídas com indícios de regularidades. **Notícias**, 18 set. 2001. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2001/09/cgu-pede-informacoes-sobre-obras-nao-concluidas-com-indicios-de-irregularidades>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controles de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Município de Porto Alegre. **Lei nº 12.810, de 3 de março de 2021**. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute boards*) nos contratos administrativos celebrados pelo Município de Porto Alegre. Disponível em: https://www.camarapoa.rs.gov.br/draco/processos/134686/Lei_12810.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Estado de São Paulo. **Decreto nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021**. Regulamenta a Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos de obras públicas e de execução continuada celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60067-de-10-de-fevereiro-de-2021>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Estado de São Paulo. **Lei nº 12.235, de 13 de outubro de 2020**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Administração Direta e Indireta do Município de Sorocaba e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sp/s/sorocaba/lei-ordinaria/2020/1224/12235/lei-ordinaria-n-12235-2020-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-administracao-direta-e-indireta-do-municipio-de-sorocaba-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Estado de São Paulo. **Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018/detalhe/626c1d59141192368bbe69d0#:~:text=Reconhece%20e%20regulamenta%20a%20instala%C3%A7%C3%A3o,pela%20Prefeitura%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.&text=Decreto%20n%C2%BA%2060.067%2F2021%20%2D%20Regulamenta%20a%20Lei>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_v011.pdf. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. **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.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 26 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Município de Belo Horizonte. **Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020.** Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/11241/2020#:~:text=Lei%20%2D%2011241%2F2020&text=Ementa%3A%20Regulamenta%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,contrato%20administrativo%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o%20continuada>. Acesso em: 22 nov. 2023.

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: 28 out. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Falta de dinheiro, falhas de projeto e omissão política geram 14 mil obras inacabadas. **Agência Senado**, 10 jun. 2022. Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/06/falta-de-dinheiro-falhas-de-projeto-e-omissao-politica-geram-14-mil-obras-inacabadas>. Acesso em: 29 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.569.422-RJ (2015/0177694-9).** Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe:20/05/2016. Disponível em:
https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1569422_25f89.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1700676674&Signature=oLBXr5KirqWOOdSRF8One%2B%2BbbLQ%3D. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União [TCU]. Acompanhamento de Obras Paralisadas. **Resumo dos dados selecionados.** 2023. Disponível em:
<https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8fbfd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffa6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>. Acesso em: 29 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4037/2020.** Processo nº 018.901/2020-4. Relator: Min. Benjamin Zymler. DJe: 08.12.2020. Disponível em:
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/processo/018.901%252F2020-4.%2520/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional das obras paralisadas.** Acórdão nº 1.079/2019 – TCU – Plenário. Rel.: Min. Vital do Rêgo. Data de sessão: 15 maio 2019. Disponível em:
[file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/nathalia.dalbiano/Downloads/Obras%20paralisadas_web%20(1).pdf). Acesso em: 29 out. 2023.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano: a democracia e a reforma da gestão pública**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. É o Estado capaz de se autorreformular? **Desigualdade & Diversidade** – Dossiê Especial, p. 11-20, 2011, p. 16. Disponível em: 11.36.Estado_capaz_autoreformar.pdf (bresserpereira.org.br). Acesso em: 07 set. 2023.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL [CAMARB]. Dispute **Board Rules**. Disponível em: <https://camarb.com.br/en/dispute-board-db-or-board-of-consultants/regulation/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ci. & Tróp.**, Recife, v. 34, n. 2, p. 297-324, 2010, p. 299-300. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/871/592>. Acesso em: 20 ago. 2023.

CANAL ARBITRAGEM. **Dispute Boards**: Discussões Construtivas: Fernando Marcondes, Cristina Mastrobuono, Augusto Barros de Figueiredo e Maria Virgínia Mesquita. YouTube, jul. 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/results?search_query=dispute+boards. Acesso em: 30 nov. 2023.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, a. 13, n. 51, p. 07-21, jul./ago./set. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do Estado de Direito. *In*: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo Direito Administrativo Brasileiro**: o Estado, as agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ [CAM-CCBC]. Dispute Boards Rules. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/dispute-boards/rules/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

CHAPMAN, Peter H. J. The Use Of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects. **The Turkish Commercial Law Review**, v. 1, n. 3, oct. 2015, p. 220. Disponível em: http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR_3-web-051.odf. Acesso em: 03 jul. 2023.

CHARRETT, Donald. Dispute Boards and Construction Contracts. The Victorian BAR Continuing Professional Development Program. 2009. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 29 nov. 2023.

CHERN, Cyril. **Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA [CNI]. **Grandes Obras Paradas: Como Enfrentar o Problema?** Brasília: CNI, 2018

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL [CJF]. **Enunciados da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/912>. Acesso em: 22 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Justiça em Números 2023**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2023.

COSTA, Patrícia Ayub. **Táticas de Guerrilha na Arbitragem Internacional: mecanismos de prevenção, controle e sanção**. Londrina: Thoth, 2023.

DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contraconrente, 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem**. A desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos na relações contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **A guide to best practices and procedures manual**. 2019. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 03 jul. 2023.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. **Slides do Workshop de Treinamento CAM-CCBC DRBF**. 2018. Disponível em: <https://escoladecontas.tcm.sp.gov.br/images/conteudo-palestras/dispute-boards/o-que-e-dispute-board.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2022.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

EL PAÍS. Panamá inaugura seu novo Canal como um ato de reivindicação patriótica.

Economia, 27 jun. 2016. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/26/economia/1466913941_375424.html. Acesso em: 13 nov. 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. Governo do Estado de São Paulo. **Governo de São Paulo assina a primeira PPP do país**: Secretário dos Transportes Metropolitanos assina contrato da Parceria Público-Privada para Linha 4 do Metrô de São Paulo. 29 nov. 2006. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/governo-de-sao-paulo-assina-a-primeira-ppp-do-pais/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

FARIA, Eduardo José. **O Direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica**: Direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARRER, Roberto. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? *In*: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). **Comitê de resolução de Disputas (CRD) nos contratos de construção e infraestrutura**: uma abordagem prática sobre os *Dispute Boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 75-84.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil. Dissertação – (Mestrado em Engenharia Civil) – Faculdade de São Paulo, Escola Politécnica, São Paulo, 331f, p. 149. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandesCorr19.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.

FERNANDES, Tarsila Marques. Introdução. *In*: MARASCHIN, Márcia Uggeri (org.). **Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard**. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2017.

FERREIRA, Antônio Carlos; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito. *In*: COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Coleção Paulo Bonavides. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FLAUSINO, Vagner Fabrício Vieira. **A arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada**. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

G1. Saiba quais são as 17 metas propostas pela ONU para o desenvolvimento sustentável do planeta. **Profissão Repórter**, 10 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/profissao->

reporter/noticia/2023/04/10/saiba-quais-sao-as-17-metas-propostas-pela-onu-para-o-desenvolvimento-sustentavel-do-planeta.ghml. Acesso em: 24 set. 2023.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26.

GICO JR., Ivo. **Análise econômica do Processo Civil**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

GLOBOPLAY. Fantástico. **‘O Brasil que eu quero’ termina com vídeos de 99,5% dos municípios do país**. 30 set. 2018. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/7054932/>. Acesso em: 28 out. 2023.

GOMES, Ataniela Rogéria Gonçalves. A gestão de contratos na Administração Pública. **Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, n. 10, n. 29, p. 100-fev. 2016, p. 103. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/386/506>. Acesso em: 13 nov. 2023.

GONÇALVES, Oksandro. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **Reflexões acerca do Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito**. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014, p. 224-258.

GREIMAN, Virginia. Lições aprendidas no megaprojeto BIG DIG. **MundoPM**, dez. 2010/ jan. 2011, p. 56. Disponível em: <https://projectdesignmanagement.com.br/produto/licoes-aprendidas-do-megaprojeto-big-dig/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. **VI Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável**. Brasil, 2022, p. 54. Disponível em: https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2022/06/rl_2022-completoweb-30_06_01.pdf. Acesso em: 26 out. 2023.

HERNÁNDEZ-GARCIA, Roberto. Why Dispute Boards are na excelente dispute-resolution tool during the COVID-19 crisis. **Under Construction – Summer 2020**, American Bar Association, 2020. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/construction_industry/publications/under_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/. Acesso em: 11 nov. 2023.

HUNGARO, Luis Alberto. As transformações da gestão pública e o governo por contratos: a contratualização das políticas públicas. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 2, p. 367-383.

HÜNNEKENS, Georg. **Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur**. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1995.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE [ICC]. **ICC Dispute Resolution Statistics: 2020**. 3 ago. 2021. Disponível em: <https://iccwbo.org/news->

publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-dispute-resolution-statistics-2020/?_cldee=c2FyYS5jYXN0cm9AaWNjLXBvcnR1Z2FsLm. Acesso em: 19 nov. 2023.

JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. *In: TRINDADE, Bernardo Ramos Trindade (org.). Comitê de Resolução de Disputas – CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de dispute boards no Brasil.* São Paulo: Pini, 2016.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas:** um estudo de caso. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018.

KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? *In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução.* 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. *In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução.* Belo Horizonte: Fórum, 2016.

KOCH, Cristopher. Novo regulamento da CCI relativo aos *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 143-175, jul./set. 2005.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números.** 2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/Arbitragem-em-Numeros-2023-VF.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública:** Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Mario Afonso Massiere y Correa de Moraes. Dos escombros à liderança: a reconstrução alemã no pós-guerra e suas bases econômicas para as décadas seguintes. **Revista Neiba**, Cadernos Argentina-Brasil, n. 7, v. 1, p. 1-10, 2018, p. 3. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/neiba/article/view/41011/28493>. Acesso em: 06 nov. 2023.

LOPES, Pedro Henrique Christofaro. **Análise econômica do direito e contratações públicas: o performance bond** em contratos de obras públicas como instrumento para mitigar a assimetria de informações. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019, 147 f.

LOSS, Juliana; AGUIAR, João Benício; DYMA, Maria Fernanda. *Dispute Board* e Mediação na prevenção de disputas: prevenção, solução e mitigação de custo das disputas. *In: In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações.* São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law System.** Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do *dispute board* por empresas públicas e sociedades de economia mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 435-457.
- MARCONDES, Antônio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- MARCONDES, Fernando. Dispute Board em Contratos de Construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, São Paulo, a. 12, n. 30, p. 100-114, abr./maio 2017.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista de Direito e Infraestrutura**, São Paulo, n. 9, p. 1-13, abr./jun. 2019, p. 1. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/179/131>. Acesso em: 30 out. 2023.
- MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. **Revista Brasileira de Infraestrutura [RBINF]**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, AASP, v. 29, n. 107, p 150-154, 2009.
- MEDEIROS, Edmundo Emerson de. **Infraestrutura energética: planejamento e regulação do setor elétrico**. São Paulo: MP, 2009.
- MELLO, Felipe Varela. **Dispute Boards: meio de prevenção e resolução de disputas**. São Paulo: Quartier Latin, 2023.
- MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. **Simbiose: significado**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=simbiose>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Obras inacabadas pelo país mostram o desperdício de dinheiro público**. 02 jul. 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=1vD_obSogxA&t=195s. Acesso em: 29 out. 2023.
- MIRANDA, Lara Caxico Martins. **Administração Pública Gerencial (EC 19/98): Autarquias especiais e a arbitragem em contratos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2018.
- MONTEIRO, André Luis; FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson. Is Brazil an Arbitration-Friendly Jurisdiction? **Kluwer Arbitration Blog**, 06 jan. 2019. Disponível em: [https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/06/is-brazil-an-arbitration-friendly-jurisdiction/#:~:text=In%20Brazil%2C%20courts%20are%20not,arbitral%20awards%20on%](https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/06/is-brazil-an-arbitration-friendly-jurisdiction/#:~:text=In%20Brazil%2C%20courts%20are%20not,arbitral%20awards%20on%20)

20the%20merits.&text=Brazil%20ratified%20the%201958%20New,awards%20made%20in%20another%20State). Acesso em: 19 nov. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração Pública. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 32-53, out./dez. 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MUNIZ, Petrônio. **Operação Arbitrer**: a história da Lei n. 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil. Salvador: Assembleia Legislativa, 2016.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva Ferreira. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **RIL Brasília**, a. 55, n. 218, abr./jun. 2018, p. 63-84.

NOHARA, Irene Patrícia Dion. Contratos administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**: licitação e contratos administrativos. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, E-Book.

NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Prefácio. *In*: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial. **Notícias**, 10 de maio de 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/126610-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-lembram-os-mortos-da-segunda-guerra-mundial#:~:text=Schneider%20FUN%20Photo-,O%20%C3%BAltimo%20final%20de%20semana%20marcou%20o%20Tempo%20de%20R ecorda%C3%A7%C3%A3o,russos%2C%20tamb%C3%A9m%20perderam%20a%20vida.> Acesso em: 06 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/9>. Acesso em: 24 set. 2023.

PEREIRA, Nathália Dalbianco Novaes; COSTA, Patrícia Ayub. Online dispute resolution: dos tribunais físicos às plataformas digitais. *In*: BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; RIBEIRO, Suzane de França; MUNIZ, Tânia Lobo. **Gestão de Conflitos**: a contribuição da tecnologia para os mecanismos de resolução de conflitos. Londrina: Engenho das Letras, 2021, p. 67-88.

PEREZ, Ane. Decisão do TCU sobre o uso de *dispute board* é um retrocesso. **Consultor Jurídico**, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ane-perez-decisao-tcu-uso-dispute-board/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLI, Maria Juliana Candal; IERI, Marlon Shiguero Ushiro. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 435-457.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Aspen Case Book Series, 1986.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 19. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 28 nov. 2023.

RAMIDOFF, Mário Luiz; BORGES, Wilian Roque. Teoria do Tribunal Multiportas: Aplicação da Mediação no Direito Brasileiro. **Gralha Azul**, Periódico Científico da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, p. 5-12, ago./set. 2020.

REIMUT, Jochimsen. **Theorie der Infrastruktur: Grundlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1966.

REIMUT, Jochimsen; GUSTAFSSON, K. **Infrastruktur: Grundlage der marktwirtschaftlichen Entwicklung**. In: SIMONS, Undo Ernest. **Infrastruktur: Theorie und Politik**. Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1977.

REISDORFER, Guilherme F. A audiência pública 6/23 e a perspectiva do uso de *dispute boards* pela ANTT. **JOTA**, 08 ago. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-audiencia-publica-6-23-e-a-perspectiva-do-uso-de-dispute-boards-pela-antt-08082023>. Acesso em: 26 nov. 2023; SAMPAIO, Guilherme Theo *et al.* Regulamentação do *dispute board* no âmbito da ANTT: um convite para o diálogo. **Consultor Jurídico**, 8 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-08/opiniao-regulamentacao-dispute-board-ambito-antt/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

RIBEIRO, Caio Gentil et al. Dispute boards nos contratos de concessão e PPP: aspectos gerais e temas controversos. R. Proc. Geral Est. São Paulo, São Paulo, n. 96, p. 228-248, jul./dez. 2022, p. 236. Disponível em: [file:///C:/Users/nathalia.dalbianco/Downloads/08_Revista_PGE_96_%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/nathalia.dalbianco/Downloads/08_Revista_PGE_96_%20(5).pdf). Acesso em: 29 nov. 2023.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. Análise crítica das cláusulas de dispute board: eficiência e casos práticos. *Revista NEJ*, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013, p. 226. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 29 nov. 2023.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. *In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org). Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos*. Curitiba: CRV, 2019, p. 357-365.

RIBEIRO, Suzane de França. **Dispute Board sobre a perspectiva contratual: da *lex constructions* à legislação brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2020.

RIBEIRO, Suzane de França; MUNIZ, Tânia Lobo. O instituto internacional do *dispute board* como elemento de estabilização dos contratos administrativos continuados de obras e infraestrutura no Brasil. *In: MENEZES, Wagner (org.). Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Arraes, 2019, v. 16, p. 603-614.

ROCHA, Igor Lopes; RIBEIRO, Rafael Saulo Marques. Infraestrutura no Brasil: contexto histórico e principais desafios. *In: SILVA, Mauro Santos. Concessões e Parcerias Público-Privadas: Políticas Públicas para Provisão de Infraestrutura*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada [IPEA], 2022.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?”. *In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito & Economia*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

SALLA, Ricardo Medina; DUQUE, Gabriela. **Uso dos *dispute boards* no Brasil está sob risco de retrocesso**. Toledo Marchetti Advogados, 7 mar. 2021. Disponível em: <https://www.toledomarchetti.com.br/destaques/artigos/conjur-uso-dos-dispute-boards-no-brasil-esta-sob-risco-de-retrocesso/>. Acesso em: 26 nov. 2023.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [USP], São Paulo, 2018.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution [RBADR]**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. 65-95, jul./dez. 2019.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. *In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37.

SILVA, Leonardo Toledo da; PESSOA, João Paulo. Os Dispute Adjudication Boards (“DAB”) em Contratos Públicos e Privados e o Problema das Decisões Judiciais Liminares. *In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

SOUSA, Antônio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, n. 3, a. 2, p. 71-156, jan./jun. 2020, p. 106-107. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 08 nov. 2023.

SPALDING, Alessandra Mendes; CAMBI, Eduardo. Consensualidade como novo paradigma da Administração Pública. *In*: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva; MACHADO, Edinilson Donisete; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. **Temas de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2023.

STOBER, Rolf. **Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs – und Umweltrechts**. Stuttgart: Kohlhammer, 1989.

SUPERINTERESSANTE. Como foi construído o túnel sob o canal da Mancha? **Mundo Estranho Tecnologia**, 04 jul. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-foi-construido-o-tunel-sob-o-canal-da-mancha>. Acesso em: 13 nov. 2023.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 133, 2004, p. 7-31.

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. *In*: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: breves notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 20, n. 40, p. 13-18, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/40/artigos/artigo01.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, jul./set. 2018.

TONIN, Maurício Morais. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019.

TOSHIHIKO, Omoto. Dispute boards, resolution and avoidance of disputes in construction contracts. **Proceeding of TC302 Symposium Osaka 2011**: International Symposium on Backwards Problem in Geotechnical Engineering and Monitoring of Geo-Construction, 2011, p. 122-132. Disponível em: https://repository.kulib.kyoto-u.ac.jp/dspace/bitstream/2433/173838/1/23G-04_1_14.pdf. Acesso em: 08 nov. 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO [TCU]. **Obras paradas**: Levantamento do TCU. 8 jul. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hBDUlo5jHD4>. Acesso em: 29 out. 2023.

TV BRASIL. **Caminhos da Reportagem**: Obras Inacabadas. YouTube, 11 maio de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lr-hJcJr7Y>. Acesso em: 29 out. 2023.

VALOR ECONÔMICO. **Câmara de Mediação da AGU resolveu R\$ 278 bi em litígios.** 05 set. 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/09/05/camara-de-mediacao-da-agu-resolveu-r-278-bi-em-litigios.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2023.

VAN LAAK, Dirk. **Infrastructures.** Docupetdia-Zeitgeschichte, v. 1, p. 5, 20 maio 2021. Tradução: Lucais Sewell. https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Disponível em: https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/deliver/index/docId/2215/file/docupedia_laak_infrastructures_v1_en_2021.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os *dispute boards* no direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo, v. 3, n. 10, p. 140-173, 2006.

WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação,** São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação,** v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse.** 2011. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

WILSON, Woodrow. O Estudo de Administração. **Cadernos de Administração Pública,** Rio de Janeiro, n. 16, p. 3-35, 1955.

WORLD BANK. Infrastructure: Achievements, Challenges and Opportunities. **World Development Report,** 1994 june, p. 13-34.

ZANCHIM, Kleber; ALVES, Rafael. Dispute Boards e Projetos de Infraestrutura. *In:* MARCONDES, Fernando. **O Direito da Construção no ambiente internacional:** contribuições para a consolidação de uma *lex constructions*. São Paulo: Almedina, 2019.

ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. *In:* ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia:** análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, E-book.