

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA  
Casa Civil  
Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos  
Secretaria de Transportes

Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI

**Assunto: Consulta pública sobre minuta de resolução do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos que aprova cláusula modelo de solução de controvérsias**

Referência: Processo nº 00130.000607/2019-22

**1. SUMÁRIO EXECUTIVO**

1. A presente Nota Técnica apresenta a minuta de resolução que *“Aprova cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - PPI”*, com vistas a sua submissão a consulta pública.

2. Tendo em vista que a proposição foi elaborada e discutida amplamente no Poder Executivo, em reuniões e trocas de minutas comentadas entre esta Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos da Casa Civil da Presidência da República (SPPI/CC/PR), os ministérios setoriais que coordenam as políticas de infraestrutura, as agências reguladoras e a Advocacia-Geral da União, mostra-se técnica e democraticamente adequada, alinhada às melhores práticas da Administração Pública participativa, a submissão da minuta à apreciação e à crítica da sociedade, dos agentes econômicos e dos profissionais interessados.

3. Recebidas contribuições da sociedade civil, prestadas as devidas respostas e promovidos os ajustes decorrentes do acolhimento das contribuições, a proposição estará apta a ser submetida, na sequência, à deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI), se assim for julgado conveniente e oportuno.

4. Pelas razões expostas nesta manifestação, opinamos pela abertura de consulta pública, nos termos do art. 29 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, do art. 31 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei Federal de Processo Administrativo, e do art. 18 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

**2. RELATÓRIO**

5. Trata-se de processo instaurado mediante Despacho (SEI 1296370), que fundamenta o impulsionamento da elaboração de minuta de resolução, a ser aprovada pelo CPPI, que recomenda a adoção de mecanismos adequados de resolução de controvérsias nos contratos de parceria de empreendimentos a serem qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI).

6. O despacho descreve a realização de uma série de rodadas de diálogos com o setor financeiro, com a advocacia privada especializada no direito regulatório e com as concessionárias e entidades representativas do setor aeroportuário. Entre outros pontos debatidos, informa que *“[u]ma crítica corrente entre os participantes privados foi a incompletude das cláusulas de solução de disputas, notadamente da convenção de arbitragem, presente nos contratos de parceria”*.

7. Assim constou da fundamentação do ato instaurador, que impulsionou a elaboração da proposta objeto deste processo:
2. Tendo isso em vista, a equipe técnica da SPPI idealizou uma solução alinhada ao incentivo inerente do modelo *soft law*: a aprovação de resolução do CPPI contendo uma cláusula padrão de solução de disputas, recomendatória e facultativa, a ser adotada nos contratos de parceria em empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI. De forma indutora, espera-se que referido marco contratual venha a ser utilizado pelos gestores públicos. Propõe-se que a minuta passe pelo escrutínio dos agentes, órgãos e entidades públicos, que seja submetida à consulta pública do mercado e, por fim, venha a ser aprovada pelo colegiado máximo do PPI.
  3. Nesse intuito, a equipe da SPPI elaborou uma primeira versão de cláusula padrão com previsão de negociação, arbitragem, *dispute board* e judicial. Após debate e crítica interna, foram colhidas contribuições por trocas de e-mail e contatos telefônicos com órgãos e entidades públicos responsáveis pela elaboração, gestão e fiscalização de contratos de parceria no setor de infraestrutura, almejando uma redação padrão flexível que atendesse ao interesse de Ministérios e Agências Reguladoras, atendendo às demandas do setor privado.
8. A primeira versão preliminar elaborada internamente na SPPI abrangeu uma cláusula escalonada prevendo negociação, mediação, arbitragem e judicial residual (SEI 1296492).
9. A minuta foi compartilhada com os membros do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA/AGU), órgão incumbido da representação da União nas arbitragens em curso, dada a expertise da unidade. A proposição também foi enviada às equipes técnicas e jurídicas do Ministério da Infraestrutura, do Ministério de Minas e Energia, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), bem como à Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União (CCAF/AGU), à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República (SAJ/SG/PR) e aos técnicos do Tribunal de Contas da União.
10. Ademais, em outra oportunidade, a equipe da SPPI se reuniu com representantes da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), renomadas instituições arbitrais, com vistas a colher sugestões ao modelo em elaboração.
11. De todas estas reuniões e trocas de minutas, foi possível obter a colaboração dos seguintes órgãos e entidades, públicos e privados:
- a) Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União: troca de e-mails (SEI 1296488) e de minutas com críticas e comentários (SEI 1296489);
  - b) Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União: troca de e-mail encaminhando contribuições (SEI 1296493) e realização de reunião (SEI 1296508);
  - c) Agência Nacional de Transportes Aquaviários: troca de e-mail (SEI 1296498), encaminhando contribuições em minuta com críticas e comentários (SEI 1296496);
  - d) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis: troca de e-mail (SEI 1296497), encaminhando contribuições em minuta com críticas e comentários (SEI 1296504), bem como realização de reunião (SEI 1296507);
  - e) Agência Nacional de Transportes Terrestres: troca de e-mail (SEI 1296499), encaminhando contribuições em minuta com críticas e comentários (SEI 1296502), bem como realização de reunião (SEI 1296505);
  - f) Ministério de Minas e Energia: realização de reunião, para apresentação de contribuições orais (SEI 1296506);
  - g) Câmara de Comércio Internacional: realização de reunião para recebimento de contribuições (SEI 1296483), com a participação de membros da SPPI, do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura e da Procuradoria-Geral da ANP; e

h) Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil: trocas de e-mail (SEI 1296488) e realização de reunião para recebimento de contribuições e realização de apresentação institucional (SEI 1296489), com a participação de membros da SPPI, do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura e da Procuradoria-Geral da ANP.

12. De forma fundamentada, as contribuições foram acolhidas ou rejeitadas pela equipe da SPPI, tendo sido elaborada uma nova versão de minuta de proposição (SEI 1296509), acrescentando como mecanismo adicional o *dispute board*.

13. A nova versão (SEI 1296525) foi apresentada e debatida no evento "*Métodos alternativos de solução de conflitos*", realizado pelo PPI no dia 26 de junho de 2019, no âmbito do "*Workshop Melhorias Regulatórias - Agenda de Boas Práticas Regulatórias nos Setores de Infraestrutura*" (SEI 1296521, 1296522). Participaram da discussão 68 servidores das áreas técnica e jurídica de Ministérios (Economia, Infraestrutura, Minas e Energia, Transparência e Controladoria-Geral da União), de agências reguladoras (ANAC, ANATEL, ANTT, ANEEL, ANA, ANTT, Previc), do IPEA, da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União, nos termos da ata (SEI 1296524).

14. Na oportunidade, a SPPI fez uma apresentação da proposta (SEI 1296527) e coordenou mesa de discussão com a participação de Paula Butti Cardoso, coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, e Artur Watt Neto, Subprocurador-Geral de Exploração e Produção da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

15. Realizado o workshop e colhidas contribuições orais e por escrito naquela oportunidade, a equipe desta SPPI avaliou as sugestões, acolhendo-as ou rejeitando-as mediante fundamentação, e encaminhou a todos os participantes e demais interessados por e-mail (SEI 1306236), com uma versão com comentários (SEI 1306239) e outra versão "limpa" (SEI 1306243), abrindo novo prazo de uma semana para que os servidores que ainda não haviam avaliado a proposição pudessem apresentar novas contribuições.

16. Nesta nova rodada de contribuições, a proposição foi objeto de comentários e sugestões pelos seguintes órgãos e entidades:

- a) Agência Nacional de Aviação Civil: troca de e-mail (SEI 1322347), encaminhando contribuições em minuta (SEI 1322353);
- b) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis: troca de e-mail (SEI 1322357), encaminhando contribuições em minuta (SEI 1322359);
- c) Ministério de Minas e Energia: tramitação da minuta internamente por todas as secretarias e pela consultoria jurídica do órgão, com contribuições registradas nos autos nº 00740.000352/2019-10 (SEI 1322362);
- d) Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União: troca de e-mails com contribuições (SEI 1328496).

17. Tendo em vista o interesse dos agentes públicos que participaram das rodadas de debates em conhecer melhor o instituto do *dispute board*, bem como a novidade do instituto no âmbito da Administração Pública, a SPPI promoveu dois workshops adstritos ao tema do painel de disputas, ambos no dia 16 de setembro de 2019. Na ocasião, foram convidados quatro especialistas com experiência na área para apresentar as experiências nacionais e internacionais e as vantagens e riscos da adoção do *dispute board* pelo Poder Público (SEI 1473597, 1475151):

- a) Beatriz Vidigal Xavier da Silveira Rosa: engenheira de produção mecânica, com MBA em tecnologia e gestão de cogeração e geração distribuída, árbitra, mediadora, perita judicial e arbitral de engenharia e membro de painel de disputas, membro do *Dispute Resolution Board Foundation*;
- b) Luis Otávio Rosa: engenheiro civil, MBA em administração contábil e financeira, especialização em estratégia militar para gestão de negócios, perito judicial e arbitral de engenharia, tendo oferecido treinamentos em painel de disputas, membro do *Dispute Resolution Board Foundation*;

c) Maurício Brun Bucker: mestre em Engenharia Civil, engenheiro civil e advogado, pós-graduado em gerenciamento de empresas, presidente da SP Obras e membro do *Dispute Resolution Board Foundation*;

d) Fernando Marcondes: advogado, árbitro e membro de painel de disputas, especialista em Direito da Construção, membro do *Dispute Resolution Board Foundation*;

18. No período da manhã, o workshop foi oferecido para os técnicos do Tribunal de Contas da União (SEI 1473526), especificamente da Coordenação-Geral de Controle Externo de Infraestrutura (Coinfra), da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação), da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) e da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica). Sem antecipar qualquer entendimento ou representar a posição institucional do Tribunal, os técnicos apresentaram suas impressões preliminares a respeito do instituto e dos riscos, sob a ótica do controlador. Reitera-se ter se tratado de evento com caráter interativo e de intercâmbio de experiências, sem qualquer comprometimento ou vinculação para deliberações futuras a respeito da matéria.

19. No período da tarde, o evento foi voltado para Ministérios e agências reguladoras (SEI 1473529), com enfoque na aplicabilidade do instituto aos contratos de parceria de cada setor.

20. Concluídas as rodadas de eventos, de reuniões e de compartilhamento de contribuições por escrito, e estando já relativamente maduro o conceito da matéria que se pretende normatizar, a equipe da SPPI consolidou versão final da proposição (SEI 1533617, 1533620), cuja análise de mérito passamos a expor.

### 3. ANÁLISE

#### 3.1. Cabimento e adequação da consulta pública

21. A Administração Pública contemporânea, de viés democrático e participativo e que respeita as legítimas expectativas do cidadão-administrado, exerce sua intervenção nos domínios econômico e social com vistas à concretização do interesse público, mediante emprego de mecanismos de vocalização das demandas dos diversos segmentos que compõem a sociedade. O Estado opera, assim, como mediador legítimo na arena pública de embate de interesses e forças. Em reforço e complemento à legitimidade democrática conferida pelo voto, incumbe ao Poder Executivo veicular políticas públicas, elaboradas, aprimoradas, avaliadas e reformuladas com a participação da sociedade civil, pelos diversos instrumentos cabíveis.

22. Nesse contexto insere-se a consulta pública, procedimento ordenado para o recebimento de críticas e contribuições a atos administrativos e normativos dos quais resultem efeitos para a sociedade, em sua totalidade ou parte dela. Por este rito, a Administração Pública pretende intermediar interesses dos segmentos afetados pelos atos que por ela venham a ser praticados, em proteção à segurança jurídica, à razoabilidade e à proporcionalidade da ação administrativa.

23. No presente caso, tem-se proposta de resolução contendo cláusula modelo, de caráter recomendatório, a ser inserida nos contratos de parceria de empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI, que cristaliza boas práticas de adoção de métodos adequados de solução de controvérsias. Uma vez que o tema envolve a atividade contratual do Poder Público, mostra-se adequada a prévia oitiva de potenciais interessados na aplicação da norma em apreço, notadamente concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos, arrendatários, escritórios de advocacia e de engenharia, bem como acadêmicos especialistas, sem prejuízo da participação de outro perfil de interessados.

24. Para além do fundamento jusfilosófico do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição), sob a ótica jurídica, a consulta pública encontra fundamento de validade no art. 29 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, no art. 18 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 – Regulamento da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, e, subsidiariamente, no art. 31 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei Federal de Processo Administrativo, ora citados:

**Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO)

**Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 – Regulamento da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**

CAPÍTULO V

DA SEGURANÇA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DAS NORMAS

Consulta pública para edição de atos normativos

Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º.

§ 2º A convocação de consulta pública conterà a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições.

§ 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.

§ 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no [Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017](#).

**Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei Federal de Processo Administrativo**

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

25. No intuito de atender à legislação transcrita, propomos que a minuta (SEI 1533617, 1533620) e a presente Nota Técnica sejam disponibilizadas na página oficial da SPPI na rede mundial de computadores, acompanhadas de mecanismo digital adequado para apresentação de contribuições pelos interessados (SEI 1533633), cuja identificação com dados cadastrais fica facultada a quem tiver interesse em fazê-lo.

26. Sugerimos, ainda, que seja conferido o prazo de trinta dias corridos para apresentação de contribuições, termo que se mostra razoável para integral leitura da proposição e elaboração fundamentada de sugestões de ajustes pelos potenciais colaboradores. Não vislumbramos outras condições específicas para participação do processo de consulta.

27. Entendemos não ser aplicável ao presente caso o disposto nos arts. 40 a 43 do Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017. Referido regulamento "*estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado*", de modo que os comandos apontados, relativos à consulta pública para edição de atos normativos, incidem apenas sobre atos normativos que venham a ser levados à apreciação do Senhor Presidente da República, o que ora não se configura. Esta leitura é corroborada pela interpretação *a contrario sensu* do § 4º do art. 18 do Decreto nº 9.830, de 2019.

### 3.2. Apresentação da medida

28. O PPI congrega um conjunto de ações e instituições que têm como missão, entre outras, a proposição de medidas de aprimoramento regulatório com vistas ao desenvolvimento da infraestrutura no País.

29. Nesse contexto, a resolução objeto deste processo, a ser aprovada pelo CPPI, tem por intuito aperfeiçoar os mecanismos de solução de controvérsias previstos nos contratos de infraestrutura celebrados pela Administração Pública.

30. A proposta parte do diagnóstico de alta litigiosidade entre o Poder Público e o parceiro privado e do impacto deletério destes conflitos sobre o contrato, em prejuízo aos usuários finais dos serviços públicos. Em se tratando de avenças de longo prazo sujeitas às alterações das condições fáticas e jurídicas, a preservação e a boa execução dos contratos de parceria pressupõem que se confirmem margem significativa de alteração pelas partes, desde que não desnaturado o objeto licitado, e mecanismos adequados para resolução das controvérsias entre as partes, dirimidas muitas vezes de modo eficiente por métodos autocompositivos ou hétérocompositivos diversos da via judicial (OLIVEIRA, 2010, p. 80; MORAES, DE MORAES, 2012, pp. 62-63)

31. A resolução veicula, assim, duas propostas de cláusulas modelo, cuja adoção nos contratos de parceria ora se recomenda. A primeira, prevista no Anexo I, dispõe de mecanismos de adoção já habitual por algumas entidades públicas, quais sejam, a mediação, a negociação, a arbitragem e a via judicial residual. Tratam-se de instrumentos de maior aceitação na praxe regulatória, na literatura e na jurisprudência dos tribunais.

32. Por sua vez, o Anexo II prevê, adicionalmente aos métodos anteriores, o comitê de prevenção e resolução de divergências, também conhecido no cenário estrangeiro como *dispute resolution board*. Ainda pouco empregado nos contratos da Administração Pública brasileira, o mecanismo se volta à prevenção da escalada do litígio de ordem técnica e econômico-financeira em grau suficiente para a paralisação da boa execução do contrato.

33. Por fim, a resolução vem acompanhada de manual explicativo das cláusulas modelo, contido no Anexo III, que reflete em grande medida as informações prestadas na presente Nota Técnica e que auxiliarão na interpretação e na aplicação das disposições contratuais veiculadas na proposta.

34. Em todos os casos, a gestão do conflito e a participação da Administração Pública nos referidos procedimentos demandará uma reflexão quanto à necessidade de uma nova postura face ao conflito, diversa da lógica judicial tradicional.

35. Assim, recomendamos às entidades que optarem por adotar a cláusula modelo a instituição de grupo de trabalho, composto por servidores das áreas técnica e jurídica, para acompanhamento da gestão dos conflitos e oferecimento da melhor resposta, tempestiva e qualitativa, aos desafios trazidos por estas novas modalidades. Eventualmente, também será necessária a edição de atos normativos reposicionando ou delegando competências a este grupo de trabalho, dando condições para que sua atuação ocorra de forma ágil e com segurança jurídica.

### 3.3. Âmbito de aplicação da resolução

35.1. A resolução ora em apreço estabelece cláusula modelo de adoção recomendatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública que venham a apresentar proposta de qualificação de empreendimento no âmbito do PPI.

35.2. Em primeiro lugar, é importante destacar a natureza indutora desta proposta. A resolução não pretende vincular ou impor a adoção de método determinado de solução de controvérsias aos órgãos públicos que personificam o poder concedente em seu respectivo setor. Ao contrário, trata-se de uma norma de *soft law* flexível e de adoção facultativa pelos órgãos, a ser implementada de acordo com o interesse e a capacidade institucional em conduzir os respectivos procedimentos.

35.3. Ademais, é sempre preciso considerar a natureza do contrato de parceria e o perfil dos potenciais litígios relacionados ao empreendimento. O sistema multi-portas de solução de controvérsias se pauta pela adequação entre a controvérsia e o mecanismo a ser utilizado na sua solução, não sendo recomendada a previsão em contrato dos instrumentos de forma indistinta.

35.4. A cláusula modelo aprovada na forma da resolução admite alto grau de adaptabilidade às necessidades do órgão público concedente, sendo-lhe permitida a adoção de redação diversa em seus contratos a depender das suas necessidades.

35.5. Partindo de uma redação padronizada voltada ao contrato de parceria sob modalidade de concessão – note-se que emprega os termos “Poder Concedente”, “equilíbrio econômico-financeiro”, entre outros – a redação ora proposta deve ser objeto das adequações ao contrato em questão, no momento de sua modelagem. A título de exemplo, destacamos que o emprego da cláusula modelo para o setor de pesquisa e exploração de petróleo demandará adaptações substanciais, tendo em vista se tratar de atividade econômica sujeita a arranjo contratual muito distinto dos contratos de concessão de serviço público típicos.

35.6. Por estas razões, o corpo normativo da resolução é sintético e explicita seu caráter recomendatório. O art. 1º enuncia o objeto da norma. O art. 2º recomenda a adoção da cláusula modelo, ou redação semelhante, prevista no Anexo I para os contratos de parceria que venham a admitir negociação, mediação e arbitragem. O art. 3º, por sua vez, recomenda a adoção da cláusula prevista no Anexo II, quando o contrato de parceria admita adicionalmente o instrumento do comitê de prevenção e resolução de divergências, em especial, nos empreendimentos que envolvam realização de obra ou complexidade na contabilização de ativos, indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros. Em ambos os casos, fica facultada a celebração de termo aditivo para adaptação dos contratos que já tenham sido pactuados aos termos das cláusulas previstas nos Anexos. Por fim, o art. 4º aprova o manual explicativo, nos termos do Anexo III.

#### 3.4. Disposições gerais (comentários às cláusulas do Anexo I)

36. A cláusula modelo se inicia com a previsão de disposições gerais, aplicáveis a todos os mecanismos disciplinados.

37. Com um viés principiológico, importante para orientar a melhor interpretação dos dispositivos, prevê-se que as partes contratuais colaborarão na busca pela solução das disputas, em atendimento à boa-fé, à cooperação e à conservação do contrato (cláusula 1.1). De toda forma, no curso de qualquer procedimento, remanescem vigentes as obrigações estabelecidas e comprometem-se as partes ao seu fiel cumprimento (cláusula 1.2).

38. Os mecanismos de solução de controvérsias contarão com a participação de terceiros especialistas (mediadores e árbitros, por exemplo) e instituições (câmaras) alheias às partes, cuja atuação depende da devida remuneração. Estabelece-se, como regra, que as despesas das entidades e os honorários destes profissionais sejam antecipados pela parte que requerer a sua instauração. Na prática administrativa, o parceiro privado tem figurado como requerente nestes mecanismos, dado que ao Poder Público são conferidos os poderes de autotutela e prerrogativas regulatórias suficientes para deliberação das questões controversas em âmbito administrativo.

39. Caberá, portanto, ao parceiro privado antecipar referidos dispêndios, o que se mostra adequado, na medida em que da Administração Pública se exige a observância de uma série de ritos orçamentários muitas vezes incompatíveis com o tempo do procedimento de solução de disputas. Ademais, entende-se que o particular é apto a precificar este ônus (da liquidez da antecipação) no seu lance na licitação que resultar na celebração do respectivo contrato de parceria. Ressalva-se que, nos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, a legislação determina que referidos dispêndios sejam antecipados pelo parceiro privado (art. 31, § 2º, Lei nº 13.448, de 2016; art. 9º, Decreto nº 10.025, de 2019).

40. De todo modo, em se sagrando vencedor ou havendo rateio de despesas, o parceiro privado será ressarcido dos referidos custos, total ou parcialmente (cláusula 1.3.1), de acordo com algum mecanismo de reequilíbrio admitido em contrato. Excetuam-se as despesas e honorários com procuradores, assistentes técnicos e demais representantes, cuja contratação se materializa no interesse e às custas de cada parte (cláusula 1.3.2).

41. Por fim, a cláusula padrão estabelece a contagem de prazos em dias corridos, exceto se houver acordo das partes em sentido diverso no caso concreto (cláusula 1.4). Trata-se de disposição discricionária, à escolha do Poder Concedente, que estabelece de antemão a regra de contagem de prazos, de modo a evitar impugnações posteriores.

### 3.5. **Negociação e mediação (comentários às cláusulas do Anexo I)**

42. Métodos autocompositivos de baixo custo e alto potencial de colaboração na implementação da solução acordada, a negociação e a mediação são instrumentos adequados para dirimir conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis e direitos indisponíveis que admitam transação (cláusula 1.5).

43. A negociação *“consiste no diálogo entre os envolvidos em um conflito com a finalidade de resolvê-lo de forma amigável, permitindo a continuidade pacífica das relações interpessoais”* (CARRETEIRO, 2017, p. 32). No âmbito federal, a adoção da negociação e transação para prevenir e terminar litígios encontra previsão na Lei nº 9.469, de 1997, e na Portaria nº 990, de 2009, da Advocacia-Geral da União.

44. Já a mediação é *“uma negociação facilitada pela participação de um terceiro imparcial, o qual não tem função decisória, mas participa ativamente auxiliando as partes na busca da resolução de determinado conflito”* (CARRETEIRO, 2017, p. 33). Aplicável à Administração Pública direta em todas as esferas federativas, a Lei nº 13.140, de 2015, disciplina a autocomposição de litígios por mediação, prevendo a figura das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito das advocacias públicas.

45. A feição contemporânea da Administração Pública, muito mais afeta às relações contratuais e à persecução indireta dos interesses públicos pela dinâmica dos incentivos, em detrimento da intervenção direta e do emprego de comandos coercitivos, pressupõe a lógica negocial para o bom exercício da função pública. A atividade contratual, por sua vez, abrange a possibilidade e a eficácia da via negociada para a solução dos desafios da rotina administrativa. A literatura especializada vem apontando essa mudança de vetor orientativo:

“Eis uma das principais consequências da intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil no mundo contemporâneo. O caminho da negociação – e não o percurso da imposição – para composição de eventuais dissensos entre as partes, pressupõe o reconhecimento (ainda que relativizado pelo regime jurídico-administrativo) da autonomia das partes envolvidas. (...) Por via reflexa, vem surgindo um novo direito administrativo, mais participativo, fruto da gradual compatibilização da lógica da imposição e da unilateralidade com a lógica da negociação e da multilateralidade. (...)”

Nesse sentido, defende-se atualmente ser possível à Administração optar por formas de organização e de atuação oriundas do regime privado, sempre que o ordenamento não veicular uma vedação (explícita ou implícita) que afaste tal opção. (...)”



“Atualmente discute-se na doutrina acerca da extensão e da intensidade com que técnicas negociais ou consensuais vêm sendo empregadas como soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil. Por isso, uma das linhas de transformação do direito administrativo consiste em evidenciar que, no âmbito estatal, em campos habitualmente ocupados pela imperatividade há abertura de consideráveis espaços para a consensualidade. (...)”

Assim, insta esclarecer que a emergência da administração consensual não resulta – e nem poderia resultar – no aniquilamento da administração por atos. A administração consensual não supera a administração imperativa, mas seguramente diminui o seu campo de incidência.” (OLIVEIRA, 2010, pp. 80-93)

46. O fomento aos mecanismos autocompositivos para resolução de divergências que envolvam a Administração Pública encontra acolhimento na jurisprudência dos tribunais superiores. Nesse sentido, as câmaras administrativas, como é o caso da Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, constituem foro adequado e apto à apreciação de questões que envolvam a aplicação do Direito Público:

“A determinação constitucional de prestação de uma tutela jurisdicional célere e efetiva impõe a busca de novas formas para a composição dos conflitos sociais (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição). Deveras, incumbe ao Estado fomentar a consensualidade como meio adequado de solução das controvérsias, em que as partes, de comum acordo e por iniciativa própria, constroem a melhor forma composição da lide.

Com efeito, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) incumbe ao juiz a promoção da autocomposição a qualquer tempo (art. 139, V), inclusive no âmbito dos Tribunais (art. 932, I), sob o pálio da norma fundamental que estabelece o dever de o Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º). Destaca-se que a busca da autocomposição tem ensejado excelentes resultados, como recentemente demonstrado pela homologação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de acordo extrajudicial assinado entre poupadores e bancos relativamente aos processos relacionados aos expurgos inflacionários dos planos econômicos (ADPF 165, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 01/03/2018).

A mesma *ratio* é também adotada pela Lei n. 13.140/2015, que dispõe inclusive sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. (...)”

Nesse sentido, havendo concordância mútua para que a presente lide seja submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, deve o Poder Judiciário respeitar e respaldar a autonomia de cada uma das partes processuais, liberando-as para que se utilizem dos canais institucionais adequados para o alcance de solução juridicamente válida para a controvérsia em discussão.” (Supremo Tribunal Federal, ADI 5645/DF, Decisão Monocrática Min. Luiz Fux, j. 21.3.2018, DJe 5.4.2018)

47. A resolução estabelece um rito curto de troca de notificações entre as partes quanto ao interesse em instaurar negociação (cláusula 1.6) ou mediação (cláusula 1.7). Neste último caso, podem as partes optar pela condução do procedimento de mediação na Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, órgão de expertise em matérias de direito público e cuja atuação não demanda dispêndio de recursos financeiros pelas partes, ou outra câmara de comum acordo.

48. Em qualquer hipótese, alcançado consenso quanto à melhor forma de solução e observadas as condições previstas na legislação, as partes reduzirão a termo a solução encontrada, com natureza de título executivo extrajudicial (cláusula 1.8.1). Inexistindo consenso no prazo de 90 dias, a busca pela solução será considerada frustrada (cláusula 1.8.2).

### 3.6. Arbitragem (comentários às cláusulas do Anexo I)

49. Instrumento de uso crescente e já disseminado no Brasil, inclusive nos contratos celebrados pela Administração Pública, a arbitragem constitui alternativa à via judicial, enquanto método em que um terceiro decide, em definitivo e com aptidão para coisa julgada, o conflito submetido consensualmente pelas partes envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Ou seja, trata-se de “*meio*

*alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia de sentença judicial” (CARMONA, 2004, p. 51).*

50. Admitida expressamente na legislação (art. 1º, § 1º, Lei nº 9.307, de 1996; art. 23-A, Lei nº 8.987, de 1995; art. 11, III, Lei nº 11.079, de 2004, entre outras), a arbitragem é mecanismo acordado pelas partes na convenção de arbitragem e que afasta a competência do Poder Judiciário para dirimir o conflito respectivo. Quanto melhor redigida a convenção em relação ao seu objeto e aos parâmetros mínimos do procedimento, maior a segurança jurídica quanto à validade e ao regular andamento do processo. Este é o intuito da resolução a ser posta em consulta pública.

51. Há muito tempo a jurisprudência dos tribunais superiores têm reconhecido a força jurisdicional das sentenças arbitrais e a adequação deste mecanismo para solução de disputas envolvendo a Administração Pública:

“5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada." (STJ, MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.4.2008, DJe 19.5.2008)

“VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende

ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.” (STJ, CC 139.519/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.10.2017, DJe 10.11.2017)

52. O próprio Tribunal de Contas da União reconhece a intangibilidade, em sede administrativa, das decisões proferidas por tribunal arbitral. Apreciando a celebração de termo aditivo entre empresa arrendatária, a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) enquanto pendente de instauração de tribunal arbitral, o Tribunal de Contas da União teve deferência à competência jurisdicional dos árbitros na apreciação do mérito do litígio subjacente:

“Não é objeto deste processo, e penso que não cabe ao TCU, substituir o juízo arbitral e decidir o mérito das disputas sobre valores pendentes do arrendamento do Contrato PRES 32/98.” (Acórdão nº 1.171/2018-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. 23.5.2018)

53. Em comparação ao seu equivalente jurisdicional judicial, a arbitragem apresenta diversas vantagens para as partes contratantes. A redução do tempo do processo, a inexistência de recursos e instâncias e a natureza técnica dos árbitros e das decisões por eles proferidas são algumas das razões que têm levado investidores de empreendimentos de grande vulto à adoção do mecanismo arbitral na solução das controvérsias contratuais. As vantagens na adoção da arbitragem são reconhecidas pela literatura:

“a utilização da arbitragem nas relações jurídico-administrativas apresenta diversas vantagens, tais como: a) celeridade e flexibilidade procedimental: prazos reduzidos, limitação de recursos e possibilidade de fixação das regras procedimentais pelas partes (arts. 21, 23 e 30 da Lei de Arbitragem); e b) tecnicidade, especialização e confiabilidade: a decisão arbitral possui maior potencial de aceitabilidade pelas partes, que indicaram os árbitros de sua confiança, com elevado conhecimento técnico (jurídico e/ou extrajurídico) sobre o assunto objeto do julgamento (art. 13 da Lei de Arbitragem).” (OLIVEIRA, 2016, p. 25)

54. Deixa-se claro que a adoção dos mecanismos anteriores (negociação e mediação) não é condição necessária para o acionamento da arbitragem (cláusula 1.9), de modo que o sistema multi-portas será utilizado conforme o grau de litigância e a natureza do conflito. Propõe-se um rol exemplificativo de matérias passíveis de decisão pela via arbitral (cláusula 1.9.1), remanescendo margem discricionária para alteração pelo Poder Concedente, conforme o seu interesse e o setor de atuação.

55. Todos os incisos da cláusula 1.9.1 configuram direitos patrimoniais disponíveis, suscetíveis de submissão à arbitragem. Eventual dúvida pode recair sobre a previsão da arbitrabilidade sobre o pedido de rescisão do contrato por parte do parceiro privado, uma vez que o art. 39 da Lei nº 8.987, de 1995, prescreve o uso de *“ação judicial especialmente intentada para este fim”*. Nada obstante, é preciso ter em mente uma interpretação histórica da Lei de Concessões, editada antes mesmo da positivação do instituto pela Lei de Arbitragem em 1997. Ademais, dado ser pacífico que a arbitragem é dotada de poder jurisdicional e tem aptidão para formar coisa julgada, entende-se que as remissões na lei à tutela judicial se estendem à tutela arbitral.

56. Também se considera boa prática a previsão das matérias não arbitráveis ou que, por decisão dos contratantes, não serão submetidas à jurisdição arbitral (cláusula 1.9.2). Neste ponto, pretendeu-se ver preservado os poderes de regulação e fiscalização do Poder Concedente e o conhecimento sobre relações tributárias e penalidades pecuniárias já inscritas em dívida ativa.

57. Novamente, resguarda-se a discricionariedade para que o Poder Concedente, na elaboração da minuta de contrato, defina o rol de matérias que não pretende ver submetido à arbitragem. Não há discricionariedade, contudo, quanto a direitos indisponíveis ou não patrimoniais, vez que estes estão afastados da arbitragem por força de lei. Os direitos patrimoniais disponíveis podem ser afastados por convenção, mas o Poder Concedente deve avaliar a pertinência de segregar litígios passíveis de disputa em arbitragem e os que remanescem sob jurisdição do Judiciário, considerando as vantagens e desvantagens da tramitação de processos em separado.

58. Por imposição legal (art. 2º, § 3º, Lei nº 9.307, de 1997), prescreve-se a aplicação da arbitragem de direito, vedada qualquer decisão por equidade (cláusula 1.10).

59. Considerando os altos vultos envolvidos nos contratos de parceria e os efeitos positivos de se adotar o modelo institucional, a cláusula 1.11 determina que o procedimento seja conduzido por Câmara de Arbitragem. A cláusula modelo não prevê, assim, o modelo *ad hoc*, ante a inexistência do apoio institucionalizado, que aumenta as chances da melhor e regular condução do procedimento. Nada obstante, em se tratando de contratos de valores menores, a previsão de arbitragem *ad hoc* pode ser mais condizente com o vulto dos potenciais conflitos que surgirão ao longo da execução contratual, o que demandará adaptação da cláusula modelo.

60. No momento de indicação da Câmara de Arbitragem, devem ser considerados aspectos como reputação da instituição, dimensão das custas e histórico de sua atuação nos processos antecedentes com a Administração Pública, à luz da natureza do contrato e dos potenciais litígios que lhe serão submetidos.

61. Importante reforçar que a indicação de Câmara de Arbitragem não configura contratação administrativa e, portanto, não se submete ao regime das contratações públicas. Neste ponto, uma conjunção de fatores afasta o regime público de contratação, quais sejam, a inexistência de um dever certo de pagamento pela Administração Pública, vez que, sendo vencedora, referido ônus recairá sobre a outra parte; o exercício de uma função auxiliar à jurisdição exercido pela Câmara de Arbitragem faz com que a relação travada com as partes não seja de uma prestação de serviço típica; a alta especialização das câmaras existentes e a natureza da sua atuação são incompatíveis com a seleção ditada pela legislação de licitações, em especial, quanto à aplicação do critério do menor preço; entre outros. Há autores que sustentam se tratar de hipótese de inexigibilidade de licitação, o que ora se refuta pelas razões expostas. Ademais, configurada a inexigibilidade de realização de procedimento licitatório, caberia ao órgão público proceder pelo processo de justificação, o que não se mostra cabível.

62. Pela redação alternativa [a] da cláusula 1.11, define-se de antemão as Câmaras de Arbitragem passíveis de serem indicadas no surgimento do conflito. Por sua vez, a redação alternativa [b], inspirada na cláusula compromissória contida nos contratos da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, prestigia o consenso entre as partes na definição da Câmara que conduzirá o processo.

63. Cabe ao Poder Concedente, na elaboração da minuta de contrato que acompanha o edital, identificar as Câmaras de Arbitragem que tenham capacidade e reputação adequada ao empreendimento objeto da licitação, em juízo discricionário. Note-se que, excepcionalmente nos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, devem ser indicadas Câmaras de Arbitragem que constem do credenciamento feito pela Advocacia-Geral da União (art. 31, § 5º, da Lei nº 13.448/2016; art. 3º, VI, Decreto nº 10.025, de 2019). Por essa razão, as cláusulas 1.11.1 e 1.11.2 podem demandar ajustes quanto à remissão ao credenciamento da Advocacia-Geral da União, a depender do setor em questão. Da mesma forma, não atendidos os requisitos do credenciamento pela Câmara, caberá impugnação pela parte requerida (cláusula 1.11.4), no prazo de resposta ao requerimento de arbitragem ou, no caso dos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, de 15 dias (art. 11, § 1º, Decreto nº 10.025, de 2019).

64. De todo modo, nos empreendimentos a serem qualificados no âmbito do PPI, a obrigatoriedade de realização de consulta pública previamente à publicação do edital permitirá a submissão das Câmaras de Arbitragem escolhidas à crítica do mercado e da sociedade, cujas contribuições a respeito da qualidade e da adequação das instituições fixadas na convenção deverão ser consideradas.

65. A divisão organizacional interna das entidades que participam de processos arbitrais e a profusão de protocolos e tramitações podem prejudicar a resposta tempestiva e de qualidade da parte pública ao requerimento de instauração de arbitragem. Por essa razão, a cláusula 1.11.3 determina o endereçamento direto ao(s) órgão(s) competente(s) para recebimento e tratamento desta manifestação, notadamente o órgão da Advocacia-Geral da União e eventualmente o Ministro de Estado, a Diretoria ou outra autoridade superior.

66. O regulamento da Câmara Arbitral indicada é a fonte normativa que regerá o procedimento (cláusula 1.11.5), complementado pelas regras do termo de arbitragem (ou ata de missão) celebrado entre as partes e os árbitros na primeira reunião após a constituição do tribunal arbitral. Para as arbitragens nos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, deve ser acrescido comando remetendo à aplicação do Decreto nº 10.025, de 2019, por força do disposto no inciso IV do § 1º do art. 5º do referido regulamento. Sugere-se a seguinte redação para a cláusula, neste caso: *"1.11.5. A arbitragem será conduzida conforme o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, e, no que não conflitar com o presente Contrato, o Regulamento da Câmara de Arbitragem indicada, vedada a adoção de arbitragem expedita, salvo acordo entre as partes."*

67. A cláusula modelo estabelece a constituição de tribunal arbitral composto por três árbitros (cláusula 1.12), sendo um indicado por cada parte e o presidente escolhido pelos outros dois árbitros. Apenas caberá a figura do árbitro único se houver acordo entre as partes no caso concreto (cláusula 1.12.1), o que se recomenda para os conflitos de menor vulto, cujo procedimento demande menos dispêndios pelas partes.

68. A indicação de árbitro tampouco configura contratação administrativa, de modo que resta afastada a incidência do regime das contratações públicas, por razões semelhantes àquelas apresentadas em relação às Câmaras de Arbitragem. Os árbitros, em especial, exercem função jurisdicional, avessa à dinâmica da mercancia objeto da licitação pública. Referidos profissionais serão "indicados" pelas partes, não "contratados".

69. O contrato deverá prever o local sede da arbitragem e de prolação da sentença arbitral (cláusula 1.13). A esse respeito, deve ser dada preferência pelo local da sede do Poder Concedente ou cidade em que facilitar a realização da representação. As arbitragens nos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário devem obrigatoriamente ser realizadas no Brasil (art. 31, § 3º, da Lei nº 13.448, de 2016; art. 3º, III, Decreto nº 10.025, de 2019). Para os demais setores, recomenda-se a realização de arbitragem no País, embora não haja vedação à sua realização no exterior, em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente.

70. Da mesma forma, prescreve-se a adoção do idioma português no procedimento (cláusula 1.14). Não raras vezes, documentos em idioma estrangeiro comporão o acervo probatório de interesse das partes, hipótese em que caberá à parte providenciar sua tradução simples. Havendo divergência sobre a fidedignidade da tradução, o tribunal arbitral decidirá sobre a apresentação de tradução juramentada (cláusula 1.14.1). Referido dispositivo é de fundamental importância para a parte pública. Dada a heterogeneidade da formação do pessoal que participará da representação do Poder Concedente nas esferas técnica e jurídica, é imprudente admitir apenas documentos em outro idioma sem a devida tradução, o que pode vir a prejudicar a defesa do ente público.

71. Por imposição constitucional e legal, o processo de arbitragem que envolve a Administração Pública deve observar o princípio da publicidade (cláusula 1.15). Pode ocorrer que, no curso do procedimento, surjam documentos ou situações resguardadas por sigilo, cuja confidencialidade deve ser assegurada pelo tribunal arbitral.

72. A cláusula 1.16 repete a regra de antecipação de custas e de honorários pela parte que requerer a instauração da arbitragem ou, no caso dos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, pelo parceiro privado (art. 31, § 2º, Lei nº 13.448, de 2016).

73. Havendo necessidade da produção de prova pericial, prestigia-se o consenso das partes na indicação deste profissional ou, inexistindo acordo, prevalecerá a indicação pelo tribunal arbitral. Também por questões orçamentárias, confere-se ao parceiro privado o dever de antecipar os honorários periciais, a serem ressarcidos na hipótese de sucumbência do Poder Concedente. Cada parte poderá ser assessorada por assistente técnico de sua confiança, porém, às suas expensas e sem que haja dever de ressarcimento dos referidos dispêndios (cláusula 1.16.1).

74. Quanto aos procuradores, cada parte arcará com os respectivos honorários contratuais ou legais, vedado o ressarcimento destes montantes. Nada obstante, como forma de inibir a apresentação de pleitos inconsequentes, prescreve-se a regra de condenação em honorários sucumbenciais prevista na legislação processual civil (cláusula 1.16.2). Este comando não é impositivo e, em juízo de conveniência e

oportunidade, pode ser suprimido da minuta de contrato a ser licitado, face à liberdade contratual das partes de definir regras procedimentais disponíveis, tais como a regra de sucumbência sobre despesas processuais e honorários profissionais. Nos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, a prescrição da condenação em honorários sucumbenciais, nos termos do Código de Processo Civil, é decorrência do § 6º do art. 9º do Decreto nº 10.025, de 2019.

75. A sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária será cumprida na forma admitida no contrato e na legislação (cláusula 1.17), notadamente por reequilíbrio econômico-financeiro, pagamento por precatório ou transferência da obrigação pecuniária a terceiro (art. 15, § 1º, I, Lei nº 13.448, de 2016), por exemplo. Em qualquer caso, caberá pedido de esclarecimento contra a sentença, em prazo de 30 dias ou superior definido no termo de arbitragem (cláusula 1.17.1).

76. Em especial, em se tratando de arbitragem nos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, devem ser previstas cláusulas estabelecendo dois prazos prescritos no art. 8º do Decreto nº 10.025, de 2019, quais sejam, o prazo mínimo de 60 dias para apresentação de resposta inicial pelos requeridos, bem como o prazo máximo de vinte e quatro meses para proferimento da sentença arbitral, contado da celebração do termo de arbitragem, admitida a prorrogação por acordo entre as partes até o limite de quarenta e oito meses.

### 3.7. Comitê de prevenção e resolução de divergências (comentários às cláusulas do Anexo II)

77. O comitê de prevenção e resolução de divergências é *“uma modalidade moderna e dinâmica de acompanhamento de contratos com razoável prazo de duração, [em que as partes,] ao celebrarem o instrumento contratual, aderem ao painel de especialistas anteriormente constituído, (...) cuja incumbência será o acompanhamento da execução do contrato, sendo convocad[o], quando ocorrerem conflitos, a emitir opiniões e pareceres, que terão caráter vinculativo ou não”* (MAIA NETO, 2017, pp. 90-91).

78. O *dispute board* constitui, antes de tudo, um instrumento de gestão contratual voltado ao fim último de assegurar a regular execução das obrigações pelas partes, de modo a mitigar o risco de que conflitos entre estas venham a interromper o cumprimento do acordo. Daí porque a minuta ora proposta utiliza um termo que a literatura mais atual vem prestigiando ao se referir ao instrumento como um mecanismo de “prevenção” de litígios, e não apenas de “resolução”. Isto é, o painel de especialistas opera antes mesmo que as questões contratuais venham a levantar posições contrapostas litigiosas.

79. O comitê de prevenção e resolução de divergências não se confunde com a arbitragem, embora compartilhem de estruturas semelhantes. Enquanto aquele se presta à prevenção e solução de divergência em âmbito administrativo-contratual e passível de revisão, nesta, a decisão impositiva do colegiado de árbitros assume natureza jurisdicional, apta à coisa julgada. O rito do *dispute board* faz uso de instrumentos de mediação e de negociação, enquanto que na arbitragem vigora a lógica adversarial, como regra. A literatura aponta estas distinções:

“A principal diferença entre a arbitragem e os Dispute Boards está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e, no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo colegiado de experts, que integra a relação contratual e acompanha a sua execução, com melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão.

Os Dispute Boards, apesar da reduzida utilização no Brasil, podem representar um importante instrumento de solução de controvérsias, especialmente nos contratos de grande vulto econômico e complexidade da Administração Pública, tal como ocorre, por exemplo, nos contratos de infraestrutura.” (OLIVEIRA, 2016, p. 20)

“Por outro lado, os DBs diferem da arbitragem na medida em que, naqueles, o conflito é solucionado por técnicos que acompanham o contrato desde sua gênese e integram a própria estrutura da avença, ao passo que, nesta última, a lide é resolvida por árbitros externos ao contrato, ainda que selecionados pelas partes do contrato. Por isso, afirma-se que o DB é uma modalidade

não adversarial de solução de litígios, enquanto a arbitragem seria uma forma adversarial.” (PEREIRA, 2019)

80. Na sua origem e até os tempos atuais, o mecanismo do *dispute board* encontra grande aplicação nos contratos de obra ou de serviços complexos, celebrados especialmente entre privados, mas também com a Administração Pública, no Brasil e no exterior. A primeira ocasião de emprego do instituto remonta à construção do túnel de Eisenhower no Colorado, Estados Unidos, em 1975. Ainda de uso reduzido no Brasil, o painel de disputas foi adotado na construção da Linha 4 do metrô de São Paulo, na construção do Rodoanel do Estado de São Paulo e nos contratos celebrados pelo Governo Federal para realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016.

81. Nada obstante, existe espaço para emprego do instrumento também nos contratos de parceria, nos quais tipicamente as especificações e a gestão dos investimentos ficam a cargo do parceiro privado. Remanescem, nestes casos, amplos espaços de divergências técnicas aptas a interromper a regular execução do contrato, a exemplo de reequilíbrios econômico-financeiros e da valoração de ativos e indenizações.

82. Há precedentes no Brasil de adoção de *dispute board* em contratos de concessão, a exemplo da concessão patrocinada da rodovia MG-050 do Estado de Minas Gerais e no edital de concessão administrativa de iluminação pública divulgado pelo Município de São Paulo. Aliás, este mesmo município editou a Lei nº 16.873, de 2018, regulamentando o instituto nos contratos públicos continuados a serem celebrados pelo ente.

83. O Conselho da Justiça Federal editou enunciados doutrinários reforçando os fundamentos conceituais e o cabimento da adoção do painel de disputas nos contratos administrativos no Brasil:

**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 contratos.

84. Assentadas as noções iniciais a respeito, reitera-se a necessidade de que o Poder Concedente contratante se prepare para a utilização deste instrumento, mediante a constituição de grupo de trabalho especializado para a gestão dos trabalhos perante o comitê. Este colegiado de servidores das áreas técnica e jurídica deve ter conhecimento e grau de liberdade suficientes para apresentar a visão do Poder Concedente, *in loco*. Muito provavelmente, será necessária a edição de ato normativo pela entidade pública em questão delegando atribuições ou prevendo um *fast track* decisório em caso de necessidade de submissão das questões às autoridades de grau hierárquico mais elevado.

85. Ademais, é preciso considerar uma potencial desvantagem inerente à adoção do painel de disputas, consistente na inversão do ônus de ser requerente em eventual processo arbitral com vistas à reversão do entendimento do comitê. Não tendo seu pleito acolhido nas questões levadas ao comitê, especialmente aquele cujas manifestações assumam caráter vinculante, a desconstituição da decisão exigirá ajuizamento de demanda perante tribunal arbitral. Caso a cláusula relativa à antecipação de custas e demais despesas processuais esteja alocando esta obrigação à parte requerente, referida obrigação recairá sobre o Poder Concedente, que deverá em curto espaço de tempo providenciar dotação orçamentária, empenho e liquidação da obrigação em favor da câmara, dos árbitros e do perito, o que pode se mostrar de sobremaneira inconveniente. Neste ponto, portanto, sugere-se que, na hipótese de o gestor público optar por estabelecer o *dispute board* cujas decisões são vinculantes,

determine-se que a antecipação das custas e demais despesas nos processos arbitrais recaia sempre sobre o parceiro privado.

86. Juridicamente, a adoção do comitê de prevenção e resolução de divergências extrai sua validade do art. 23-A da Lei nº 8.987, de 1995, e do art. 11, III, da Lei nº 11.079, de 2004, no que concerne aos contratos de concessão e de parcerias público-privadas, porquanto faculta o emprego de “*mecanismos privados de resolução de disputas*”. Nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, em especial, o art. 31 da Lei nº 13.448, de 2017, também permite o uso destes mecanismos, “*após decisão definitiva da autoridade competente*”. Referido comando deve ser contemporizado, porquanto incompatível com a lógica do *dispute board*, como dito, mecanismo voltado à prevenção de litígios ainda não cristalizados. De todo modo, reitera-se a recomendação para que o órgão público interessado em prever o comitê de prevenção e resolução de divergências em seus contratos, nestes setores, defina de forma clara seu fluxo decisório e sua interação com o comitê.

87. O emprego deste método tem seu escopo restrito a prevenir e resolver questões de natureza técnica ou econômico-financeira. Recomenda-se a explicitação em contrato das matérias passíveis de submissão ao painel (cláusula 1.6), bem como o recorte das matérias em que resta afastada a atuação do *board* (cláusula 1.6.1).

88. Recomenda-se parcimônia na adoção do *dispute board* à luz da capacidade e do interesse do Poder Concedente em transferir ao comitê a decidibilidade sobre tais questões. Na cláusula modelo, elencam-se as matérias para as quais se cogita maior utilidade no uso do instrumento: equilíbrio econômico-financeiro, execução de serviços e obra e sua adequação aos parâmetros regulatórios, bem como avaliação de ativos e de indenizações. Por sua vez, pretende-se afastar a aplicação para matérias afetas à prerrogativa de definição da política pública, sem prejuízo da previsão de outros temas.

89. Pode-se argumentar ser inadequada ou incabível a adoção do comitê de prevenção e resolução de divergências para dirimir questões a respeito de obras, no âmbito dos contratos de concessão. O ponto central desta objeção reside no fato de que, por esta delegação, transfere-se ao parceiro privado a realização do empreendimento, que executa-o de acordo com a sua liberdade negocial, auferido vantagens de sua eficiência e absorvendo os prejuízos decorrentes de sua ineficiência.

90. Nada obstante, em determinados setores, a melhor solução técnica e a complexidade da obra são questões que impactam no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria, de modo que representam risco à sua regular execução. Em que pesem os graus de liberdade conferidos ao parceiro privado para proposição de soluções técnicas distintas visando o atingimento dos resultados e parâmetros técnicos do contrato, em geral, as agências reguladoras avaliam os anteprojetos por suas características funcionais e manifestam eventuais objeções se acreditarem que as soluções propostas são incapazes de entregar os resultados esperados. Tais controvérsias técnicas são eventos recorrentes com potencial para atuação dos painéis de disputas, sem que isso traga para o Poder Concedente riscos relativos a solução técnica usualmente alocados ao privado. Há uma linha tênue a ser observada pelo Poder Concedente, que ao mesmo tempo deve respeitar a liberdade negocial do concessionário, sem negligenciar a qualidade da prestação do serviço, condicionada à boa construção e manutenção da infraestrutura física.

91. A cláusula 1.5 prevê alternativas quanto ao modelo de comitê que se pretende instituir, se permanente (redação [a]) ou *ad hoc* (redação [b]).

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

93. Já o comitê *ad hoc* é instituído quando já instaurada a divergência. Só então os especialistas indicados como membro do colegiado tomarão conhecimento dos fatos, de modo que sua



decisão tende a ser menos informada, embora seja menos dispendiosa esta modalidade em relação ao comitê permanente.

94. De todo modo, os modelos não são excludentes, na medida em que um conflito específico pode demandar a designação de um comitê composto por profissionais com formação em área diversa de eventual comitê permanente já constituído, como se admite na cláusula 1.10, que prevê o rito de instauração de comitê *ad hoc* no curso do contrato. Trata-se de uma escolha discricionária que deve estar alinhada ao perfil do empreendimento e à capacidade do Poder Concedente em conduzir o litígio por este mecanismo.

95. Em se tratando de mecanismo contratual de prevenção de divergências, a adesão ao comitê de prevenção e de resolução de disputas é facultativa às partes. No entanto, uma vez aderido ao instrumento, o prosseguimento do procedimento e a prolação de recomendação ou decisão são mandatórios, ainda que à revelia de uma das partes (cláusula 1.5.1). Essa regra garante a credibilidade e o *enforcement* do instrumento.

96. A cláusula modelo prevê a composição do comitê por três membros (cláusula 1.7), em sistemática semelhante ao que tradicionalmente se aplica aos tribunais arbitrais no que concerne à indicação, aos requisitos pessoais, ao dever de revelação e à forma de impugnação pelas partes.

97. O comitê se pronuncia por intermédio de manifestações fundamentadas (cláusula 1.8), quando provocado pelas partes, de acordo com rito definido em regulamento de Câmara e com as regras estabelecidas no momento da constituição do comitê (cláusula 1.9). Na atualidade, algumas câmaras de arbitragem também contam com regulamento do *dispute board*. Cabe ao órgão público, no momento da elaboração da minuta de contrato, eleger aquele que melhor lhe convenha.

98. O comitê de prevenção e resolução de divergências pode assumir caráter adjudicatório, recomendatório ou híbrido, de acordo com a natureza de suas decisões (cláusula 1.11.1). O comitê adjudicatório (*dispute adjudication board*) emite decisões vinculantes às partes, cujo cumprimento é obrigatório enquanto não sobrevier decisão judicial ou arbitral que a reforme. Por outro lado, o comitê recomendatório (*dispute review board*) se manifesta por recomendações, de acatamento facultativo pelas partes. Por fim, o modelo híbrido (*combined dispute board*) permite às partes negociarem a natureza da manifestação a ser emitida a cada questão que é submetida ao comitê.

99. Na elaboração da minuta do contrato de parceria, cabe ao gestor buscar a natureza das decisões do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências que melhor convenha, à luz do perfil do potencial litígio decorrente do contrato e da capacidade do órgão público em processar as deliberações do *board*. O modelo de painel adjudicatório tem como vantagem reduzir o custo decisório, incumbindo à autoridade pública as funções de bem fiscalizar o contrato, formar a opinião técnica do Poder Concedente e providenciar as questões e informações a serem levados ao comitê. No entanto, como desvantagem, retira-se parte do caráter auto-executório dos atos administrativos e do poder regulatório, na medida em que se transfere ao comitê a prerrogativa de decisão, exigindo desconstituição por ordem arbitral ou judicial. O modelo de painel recomendatório mantém o poder decisório e auto-executório na autoridade gestora do contrato, acrescentando um juízo de acolhimento ou não das recomendações do comitê de prevenção e resolução de divergências. Por outro lado, nesta modalidade, mitiga-se a eficácia do instrumento para decidir as questões contratuais de imediato e com menor margem de contestação.

100. A cláusula modelo confere o prazo de 90 dias para que o comitê emita sua manifestação (cláusula 1.11), sob pena de redução dos honorários profissionais em 2% (dois por cento) por dia em caso de atraso (cláusula 1.11.4). Cabe pedido de revisão da decisão do comitê em caso de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (cláusula 1.11.3), no prazo de 15 dias.

101. As despesas para o funcionamento do comitê serão antecipadas pelo parceiro privado, cabendo-lhe ressarcimento de metade deste valor, mediante contabilização no equilíbrio econômico-financeiro (cláusula 1.12). Optou-se por sugerir o rateio por igual destes valores, dado se tratar de um mecanismo para a boa execução do contrato, de interesse de ambas as partes. Assim, fomenta-se uma cultura de cooperação e mitiga-se o espírito processual litigante e adversarial e a regra da sucumbência. Ademais, recomenda-se que a fração do custeio que recai sobre o Poder Concedente seja paga no cômputo do equilíbrio econômico-financeiro, induzindo que tal ônus recaia sobre os usuários do serviço,

sob a forma de tarifas ou por outras formas de reequilíbrio admitidas em contrato. Estas vias evitam que sejam destinados recursos públicos a esta finalidade, cuja tramitação orçamentária rígida poderia vir a prejudicar o regular andamento do *board*.

102. De todo modo, referidos custos tendem a ser diminutos, quando considerados com a totalidade de investimentos previstos no contrato de parceria. A cláusula 1.12.1 prevê a forma de remuneração dos membros e do secretário do comitê, com base em regulamento de órgão de classe reconhecido pelo mercado, sem prejuízo de indenização pelas despesas com transporte e diária para prática de atos presenciais (cláusula 1.12.2).

103. Assim, sem prejuízo de outros parâmetros, para profissionais da área de engenharia, por exemplo, as partes podem eleger o Regulamento de Honorários para Avaliações e Perícias de Engenharia do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo (Ibape/SP). Aprovado pela Assembleia Geral da entidade em 9 de abril de 2019, o Regulamento que prevê o pagamento de remuneração à razão de R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais) por hora de trabalho, acrescidas de 50% para profissionais com mais de dez anos de experiência e de 100% para profissionais com mais de 20 anos de experiência. Tomando por base um comitê de três profissionais de ampla experiência, que dedicam em média 15 horas por mês para os trabalhos do *board*, tem-se o dispêndio mensal de R\$ 38.700,00 (trinta e oito mil e setecentos reais) com honorários dos membros. Eventualmente, para os eventos presenciais que se façam necessários a cada 45 ou 60 dias e que exijam deslocamento dos membros, a esse valor deve ser acrescida a indenização por diária e transporte, que podem ser estimados em valor aproximado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) no total.

104. Por sua vez, para o membro do *board* ou secretário com formação jurídica, mostra-se adequada a estipulação de pagamento com base na Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Seccional do Estado onde o contrato será executado ou onde o comitê será mais demandado ou, ainda, do Distrito Federal. Tomando por base a tabela aprovada pela OAB/DF e considerando a Unidade Referencial de Honorários (URH) de R\$ 221,19 (duzentos e vinte e um reais e dezenove centavos), referenciada em outubro de 2019, para advocacia extrajudicial, estabeleceu-se o valor da hora técnica de trabalho no montante de R\$ 442,38 (quatrocentos e quarenta e dois reais e trinta e oito centavos) nos contratos em que sejam fixados honorários profissionais em função do tempo trabalhado. Sendo necessária a prolação de parecer, fixou-se o valor mínimo de R\$ 3.317,85 (três mil e trezentos e dezessete reais e oitenta e cinco centavos).

105. Considerando o elevado valor dos contratos de parceria, referidos montantes mostram-se razoáveis e pouco onerosos para as partes. A economicidade maior do instrumento, no entanto, reside no seu potencial benéfico para o contrato, dada a economia gerada pela mitigação de riscos de paralisação de sua execução.

106. Tornando-se desnecessária a manutenção do comitê ou divergindo as partes quanto à adequação do instrumento, poderão acordar pela dissolução do *board* (cláusula 1.13).

107. A cláusula modelo previu, como não poderia deixar de ser, a regra de preservação da competência dos órgãos de controle sobre a execução do contrato, a despeito da constituição e do funcionamento do comitê (cláusula 1.14). Importa reiterar que os membros do *board* não devem ser responsabilizados por suas opiniões técnicas, ressalvados os casos teratológicos de desvios de conduta, que deverão se processar pelas vias próprias. A eficácia do mecanismo pressupõe o resguardo e preservação da autonomia decisória dos profissionais que venham a ser indicados para atuar no comitê.

### 3.8. **Foro judicial (comentários aos dispositivos do Anexo I)**

108. Subsidiariamente às questões que não são passíveis de submissão à jurisdição arbitral, a cláusula modelo prevê um contencioso residual a cargo do Poder Judiciário (cláusula 1.18), a quem caberá decidir sobre matérias que não contemplem direitos patrimoniais disponíveis ou que não estejam no escopo da cláusula arbitral compromissória.

109. Na definição do foro judicial competente para dirimir divergências, deve o Poder Concedente indicar a Seção Judiciária do local de sua sede ou da cidade em que ficará facilitada a realização de sua representação.

#### 4. **CONCLUSÃO**

110. Pelo exposto na presente Nota Técnica, opinamos pela:

a) remessa do processo à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República para apreciação jurídica quanto à regularidade processual e material, nos termos de suas competências legais e regulamentares; e

b) abertura de consulta pública na página oficial da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos da Casa Civil da Presidência da República na rede mundial de computadores, nos moldes do formulário (SEI 1533633), conferindo a qualquer interessado, independentemente de identificação, a possibilidade de apresentar contribuições no prazo de 30 (trinta) dias corridos à minuta de resolução (SEI 1533617), acompanhada da presente Nota Técnica, para que, apreciadas e acolhidas as contribuições tidas como pertinentes, possa ser submetida à deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, se assim for julgado conveniente e oportuno.

À consideração superior.

Brasília, 28 de outubro de 2019.

**ANDRÉ LUÍS MACAGNAN FREIRE**  
Assessor

**FREDERICO MUNIA MACHADO**  
Assessor

**RAFAEL HENRIQUE FORTUNATO**  
Assessor Especial

**RENAN ESSUCY GOMES BRANDÃO**  
Diretor de Programa

De acordo.

**THIAGO COSTA MONTEIRO CALDEIRA**  
Secretário de Transportes

## **Legislação aplicável**

### ***Normas gerais de solução de controvérsias***

Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 23, XV, e art. 23-A – prevê a possibilidade de inclusão do modo amigável de solução de divergências nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, bem como o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem.

Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – dispõe sobre a arbitragem.

Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, art. 11, III – permite o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de concessão patrocinada ou administrativa (parcerias público-privadas).

Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, art. 44-A – admite o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes dos contratos celebrados em aplicação ao regime diferenciado de contratações públicas (RDC).

Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, arts. 32 e seguintes – prevê a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 10-B – permite a adoção de mediação ou arbitragem para solução de controvérsias no âmbito de desapropriações.

### ***Normas setoriais***

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 93, XV – prevê a possibilidade de inclusão do modo extrajudicial de solução de divergências nos contratos de concessão no setor de telecomunicações.

Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, art. 43, X – prevê a possibilidade de inclusão das regras sobre solução de controvérsias, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional, nos contratos de concessão no setor de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, art. 35, XVI – prevê a possibilidade de inclusão das regras sobre solução de controvérsias, inclusive a conciliação e a arbitragem, nos contratos de concessão nos setores portuário e de transportes aquaviário, rodoviário e ferroviário.

Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, art. 4º, § 5º, V – prevê a utilização de métodos de solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais para homologação de recomposição tarifária extraordinária nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica.

Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, art. 4º, §§ 5º e 6º - prevê a adoção de mecanismos de resolução de divergências entre agentes integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), inclusive arbitragem e para empresas estatais, relacionadas à comercialização de energia elétrica.

Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, art. 29, XVIII – prevê como cláusula essencial dos contratos de partilha de produção a que estabeleça as regras sobre solução de controvérsias, inclusive conciliação e

arbitragem, no setor de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, art. 62, § 1º – permite a utilização da arbitragem para dirimir litígios relativos aos débitos decorrentes de inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras, no setor portuário e de transportes aquaviários.

Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, art. 15, III, e art. 31 – determina a adoção de arbitragem ou de outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável para solução de questões que envolvam o cálculo das indenizações no âmbito da relicitação, bem como autoriza a adoção de arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias nos contratos dos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019 - dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

## **Bibliografia recomendada**

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Métodos de resolução de conflitos nos contratos empresariais. In: HOLANDA, Flávia (coord.). **Métodos extrajudiciais de resolução de conflitos empresariais**. São Paulo: IOB SAGE, 2017, pp. 27-53.

MAIA NETO, Francisco. Adjudicação e CRD: formas dinâmicas de soluções de conflito. In: HOLANDA, Flávia (coord.). **Métodos extrajudiciais de resolução de conflitos empresariais**. São Paulo: IOB SAGE, 2017, pp. 79-93.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; DE MORAES, Márcia Amaral Corrêa. **A negociação ética para agentes públicos e advogados**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015. **Boletim de Licitações e Contratos**, ano 29, nº 1. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2016.

PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, fev. 2015.

## **Jurisprudência selecionada**

### **Mediação**

Supremo Tribunal Federal, ADI 5645/DF, Decisão Monocrática Min. Luiz Fux, j. 21.3.2018, DJe 5.4.2018

“A determinação constitucional de prestação de uma tutela jurisdicional célere e efetiva impõe a busca de novas formas para a composição dos conflitos sociais (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição). Deveras, incumbe ao Estado fomentar a consensualidade como meio adequado de solução das controvérsias, em que as partes, de comum acordo e por iniciativa própria, constroem a melhor forma composição da lide.

Com efeito, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) incumbe ao juiz a promoção da autocomposição a qualquer tempo (art. 139, V), inclusive no âmbito dos Tribunais (art. 932, I), sob o pálio da norma fundamental que estabelece o dever de o Estado promover, sempre que possível, a

solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º). Destaca-se que a busca da autocomposição tem ensejado excelentes resultados, como recentemente demonstrado pela homologação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de acordo extrajudicial assinado entre poupadores e bancos relativamente aos processos relacionados aos expurgos inflacionários dos planos econômicos (ADPF 165, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 01/03/2018).

A mesma *ratio* é também adotada pela Lei n. 13.140/2015, que dispõe inclusive sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. (...)

Nesse sentido, havendo concordância mútua para que a presente lide seja submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, deve o Poder Judiciário respeitar e respaldar a autonomia de cada uma das partes processuais, liberando-as para que se utilizem dos canais institucionais adequados para o alcance de solução juridicamente válida para a controvérsia em discussão.”

## **Arbitragem**

Superior Tribunal de Justiça, CC 139.519/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.10.2017, DJe 10.11.2017

“VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.”

Superior Tribunal de Justiça, MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.4.2008, DJe 19.5.2008

“5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é

recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada."

Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1.171/2018-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. 23.5.2018

"Não é objeto deste processo, e penso que não cabe ao TCU, substituir o juízo arbitral e decidir o mérito das disputas sobre valores pendentes do arrendamento do Contrato PRES 32/98."

Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 598/2019-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 20.03.2019, considerações da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil

"Com supedâneo na Medida Provisória 752/2016, convertida na lei 13.448/2017, a minuta contratual prevê no item 17.5 de submissão de litígios, controvérsias ou discordâncias a arbitragem, conforme regulamentação da Anac.

A previsão de cláusula remetendo à arbitragem o deslinde de litígio futuro e incerto no âmbito de contratos administrativos é considerada lícita sempre que incidente exclusivamente sobre direitos patrimoniais – representativos do chamado interesse público secundário ou instrumental –, e não sobre potestades de índole pública (interesse público primário, de promoção do bem comum) .

Uma vez circunscrita a aplicação arbitral a questões 'relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato' (cláusula 16.5) , entende-se que a cláusula compromissória, tal como encartada na minuta contratual, é admissível."



Documento assinado eletronicamente por **Andre Luis Macagnan Freire, Assessor**, em 29/10/2019, às 17:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Renan Essucy Gomes Brandão, Diretor de Programa**, em 29/10/2019, às 17:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Thiago Costa Monteiro Caldeira, Secretário**, em 29/10/2019, às 19:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Frederico Munia Machado, Assessor**, em 30/10/2019, às 11:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rafael Henrique Fortunato, Assessor Especial**, em 30/10/2019, às 11:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

A autenticidade do documento pode ser conferida informando o código verificador **1475157** e o código CRC **1CF486FA** no site:



[https://sei-pr.presidencia.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei-pr.presidencia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

---

Referência: Processo nº 00130.000607/2019-22

SEI nº 1475157