

RESOLUÇÃO Nº , DE DE DE 2019

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.

O CONSELHO DO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 7º, **caput**, IV, da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016,

Considerando o desenvolvimento de boas práticas regulatórias na solução de controvérsias e na gestão dos contratos de infraestrutura e as vantagens em sua adoção nos empreendimentos qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - PPI;

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de parceria de empreendimentos qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - PPI.

Art. 2º Recomendar que os contratos de parceria de empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI, quando admitirem negociação, mediação ou arbitragem como mecanismos adequados de solução de controvérsias, adotem a cláusula modelo, ou redação semelhante, prevista no Anexo I a esta Resolução.

Parágrafo único. Os contratos já celebrados poderão ser aditados para adaptação de sua cláusula de solução de controvérsias ao modelo previsto no Anexo I a esta Resolução.

Art. 3º Recomendar que os contratos de parceria de empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI em que haja realização de obra ou complexidade na contabilização de ativos, indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros admitam, além dos mecanismos previstos no art. 2º, o Comitê de

Prevenção e Resolução de Divergências (**dispute board**), mediante adoção da cláusula modelo, ou redação semelhante, prevista no Anexo II a esta Resolução.

Parágrafo único. Os contratos já celebrados poderão ser aditados para adaptação de sua cláusula de solução de controvérsias ao modelo previsto no Anexo II a esta Resolução.

Art. 4º Aprovar o manual explicativo da cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória no âmbito do PPI, na forma do Anexo III a esta Resolução.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ONYX LORENZONI

Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República

MARTHA SEILLIER

Secretária Especial da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos
da Casa Civil da Presidência da República

ANEXO I

Cláusula modelo de solução de controvérsias: negociação, mediação, arbitragem e judicial

1. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Disposições gerais

- 1.1. As Partes comprometem-se a envidar todos os esforços no sentido de resolver toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou a ele relacionada, em atenção aos princípios da boa-fé, da cooperação e da conservação dos negócios jurídicos.
- 1.2. A instauração de procedimento de solução de controvérsias, por qualquer mecanismo previsto nesta cláusula, não exime o Poder Concedente nem o parceiro privado da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.
- 1.3. As despesas e os honorários eventualmente devidos na adoção de qualquer dos mecanismos de solução de controvérsias previstos nesta cláusula serão antecipados exclusivamente [pela Parte que requerer sua instauração / pelo parceiro privado].
 - 1.3.1. Havendo rateio ou sucumbência total ou parcial do Poder Concedente, as despesas e os honorários de que trata a subcláusula 1.3 que lhe couberem serão ressarcidos ao parceiro privado mediante reequilíbrio econômico-financeiro.
 - 1.3.2. Cada Parte arcará com honorários contratuais e demais despesas incorridas com seus procuradores, assistentes técnicos e demais representantes, sendo vedada a imposição da obrigação de ressarcimento entre as Partes dos respectivos valores.
- 1.4. Salvo acordo entre as Partes em sentido diverso, todos os prazos previstos nesta cláusula contam-se em dias corridos, postergando-se ao dia útil subsequente caso o vencimento ocorra em dia não útil.

Negociação e mediação

- 1.5. A Parte interessada notificará por escrito à outra quanto ao interesse em iniciar negociação ou mediação, relativa a disputa ou controvérsia decorrente do Contrato que envolva direito patrimonial disponível ou direito indisponível que admita transação, observado o disposto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.
- 1.6. Em caso de escolha pela negociação direta, a Parte notificada terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar resposta por escrito, preferencialmente por meio eletrônico, manifestando-se sobre seu interesse em negociar.
 - 1.6.1. O prazo previsto na subcláusula 1.6 poderá ser prorrogado, a pedido da Parte notificada, respeitado o limite máximo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação de resposta.

- 1.6.2.** As Partes promoverão seus melhores esforços na negociação para alcançar a solução da controvérsia, mediante comunicação direta ou, quando necessário, em reunião.
- 1.7.** Em caso de escolha pela mediação, a Parte interessada provocará por escrito a Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União – CCAF/AGU ou outra câmara de mediação acordada entre as Partes, juntando as peças indispensáveis à compreensão do conflito.
- 1.7.1.** A câmara de mediação verificará no prazo de 15 (quinze) dias se os envolvidos no conflito têm interesse em se submeter a um processo de mediação.
- 1.7.2.** O prazo previsto na subcláusula **1.7.1** poderá ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 30 (trinta) dias para apresentação de resposta.
- 1.7.3.** O processo de mediação não durará mais do que 90 (noventa) dias após a manifestação das partes aquiescendo com o procedimento.
- 1.8.** Sem prejuízo da prerrogativa do Poder Concedente de reconhecer a procedência do pleito do parceiro privado em sede administrativa, havendo transação, os representantes das Partes deverão ter poderes para transigir sobre a questão, observado o disposto na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e na Portaria nº 990, de 16 de julho de 2009, da Advocacia-Geral da União, e normatização superveniente.
- 1.8.1.** Alcançado consenso relativo a toda ou parte da controvérsia, as Partes reduzirão a termo a solução encontrada, que valerá como título executivo extrajudicial.
- 1.8.2.** Não alcançado consenso no prazo de 90 (noventa) dias, contado do recebimento pela Parte interessada da resposta, a negociação ou a mediação será considerada frustrada.

Arbitragem

- 1.9.** Independentemente de provocação para instauração de negociação ou mediação, ou frustrada a realização destas, as Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, relativas a direitos patrimoniais disponíveis.
- 1.9.1.** Entendem-se como relativas a direitos patrimoniais disponíveis, entre outras, as controvérsias ou disputas que versem sobre:
- (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;
 - (ii) o cálculo de indenizações;
 - (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes;
 - (iv) o efeito patrimonial decorrente da imposição de penalidades em razão do inadimplemento do Contrato;
 - (v) o pedido de rescisão do contrato por parte do parceiro privado;

(vi) outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de preços, tarifas ou outras obrigações financeiras não tributárias.

1.9.2. Ficam afastadas do escopo da presente cláusula arbitral as controvérsias ou disputas que versem sobre:

(i) exercício dos poderes de regulação e de fiscalização sobre o serviço prestado pelo Concessionário;

(ii) inadimplemento no recolhimento de tributos devidos ao Poder Concedente;

(iii) obrigações e penalidades pecuniárias já inscritas em dívida ativa;

(iv) outros direitos indisponíveis ou não patrimoniais.

1.10. A arbitragem será de direito, regida pelas normas do Direito brasileiro, sendo vedada qualquer decisão por equidade.

1.11. O processo arbitral será administrado por Câmara de Arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, com capacidade para administrar arbitragem conforme as regras da presente cláusula e que apresente aptidão para conduzir os atos processuais na sede da arbitragem e em outra localidade no Brasil pertinente para a disputa.

1.11.1. [a] A Parte interessada poderá indicar [Câmara 1], [Câmara 2] ou [Câmara 3] para conduzir o processo arbitral, desde que, ao tempo da instauração do conflito, a instituição esteja credenciada pela Advocacia-Geral da União ou, caso esteja indisponível o credenciamento, demonstre atender aos requisitos deste.

1.11.1. [b] As Partes escolherão de comum acordo Câmara de Arbitragem que, ao tempo da instauração do conflito, esteja credenciada pela Advocacia-Geral da União ou, caso esteja indisponível o credenciamento, demonstre atender aos requisitos deste. Se as Partes não chegarem ao acordo quanto à escolha da Câmara de Arbitragem, o Poder Concedente indicará, no prazo de 15 (quinze) dias, uma das seguintes instituições: [Câmara 1], [Câmara 2] ou [Câmara 3]. Se o Poder Concedente não fizer a indicação no prazo, o parceiro privado poderá se valer de qualquer das três Câmaras mencionadas.

1.11.2. Se, à época da instauração da controvérsia ou da disputa, as Câmaras de Arbitragem previstas na subcláusula **1.11.1** não estiverem credenciadas ou não atenderem aos requisitos do credenciamento, a Parte interessada na instauração da arbitragem deverá eleger Câmara de Arbitragem entre as instituições credenciadas pela Advocacia-Geral da União.

1.11.3. Quando figurar como requerido, ao Poder Concedente deverá ser expressamente endereçada cópia do requerimento de instauração de arbitragem a [órgão(s) competentes para recebimento e tratamento].

1.11.4. A Parte notificada poderá, no prazo [da resposta ao requerimento de arbitragem / de 15 dias], impugnar a indicação da Câmara Arbitral, sob

fundamento de ausência de credenciamento da instituição ou de não atendimento às condições exigidas no âmbito do credenciamento.

1.11.5. A arbitragem será conduzida conforme o Regulamento da Câmara de Arbitragem indicada, no que não conflitar com o presente Contrato, vedada a adoção de arbitragem expedita, salvo acordo entre as partes.

1.11.6. A Parte interessada deverá iniciar o processo arbitral na Câmara de Arbitragem preventiva em que tramitam as disputas ou controvérsias conexas ainda em curso.

1.12. Deverão ser escolhidos três árbitros, de acordo com o Regulamento da Câmara de Arbitragem. Cada Parte escolherá um árbitro, ainda que não conste de lista de árbitros da Câmara de Arbitragem. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente do Tribunal Arbitral, ainda que não conste de lista de árbitros da Câmara de Arbitragem.

1.12.1. Salvo acordo entre as partes, não será admitida arbitragem com árbitro único.

1.13. A cidade de [cidade], no Estado de [Estado], Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral.

1.14. O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa.

1.14.1. Os documentos e demais provas produzidos em idioma estrangeiro deverão ser apresentados juntamente com sua tradução simples para o português. Havendo dúvida a respeito da tradução, a parte impugnante apresentará seus pontos de divergência, cabendo ao Tribunal Arbitral decidir a respeito da necessidade de apresentação de tradução juramentada, custeada pela Parte interessada na produção da prova.

1.15. O processo arbitral deverá observar o princípio da publicidade, resguardadas as hipóteses legais de sigilo e as decorrentes de decisão do Tribunal Arbitral.

1.15.1. O Poder Concedente se obriga a conferir publicidade ao processo, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

1.16. As despesas necessárias à instauração, condução e desenvolvimento da arbitragem, tais como custas da Câmara de Arbitragem e honorários arbitrais, serão antecipados exclusivamente [pela Parte que requerer a instauração da arbitragem / pelo parceiro privado]. A sentença arbitral definirá a regra de sucumbência e de ressarcimento dos respectivos valores.

1.16.1. Havendo necessidade de prova pericial, um perito independente será designado de comum acordo entre as Partes ou, na falta de acordo, pelo Tribunal Arbitral. Os custos da perícia, incluindo honorários periciais, serão adiantados pelo parceiro privado, cabendo-lhe ressarcimento ao final, caso se consagre vencedor. As Partes poderão indicar assistentes periciais de sua confiança, mas os custos respectivos não serão objeto de ressarcimento.

1.16.2. Cada Parte arcará com honorários e demais despesas com seus procuradores, sendo vedada a condenação para ressarcimento de honorários contratuais. O Tribunal Arbitral condenará a Parte total ou parcialmente vencida ao pagamento de honorários advocatícios, nos

termos dos arts. 85 e 86 do Código de Processo Civil brasileiro, ou norma que os suceda.

1.17. Em caso de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária contra o Poder Concedente, o pagamento se dará conforme admitido na legislação aplicável e neste Contrato.

1.17.1. Contra a sentença arbitral caberá pedido de esclarecimento, a ser apresentado no prazo de 30 dias ou superior, conforme definido em termo de arbitragem.

Foro

1.18. Para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis ou que estejam excluídas da jurisdição arbitral, as Partes elegem o foro da Justiça Federal – Seção Judiciária de [cidade], Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro.

ANEXO II

Cláusula modelo de solução de controvérsias: comitê de prevenção e resolução de divergências, negociação, mediação, arbitragem e judicial

1. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Disposições gerais

- 1.1. As Partes comprometem-se a envidar todos os esforços no sentido de resolver toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou a ele relacionada, em atenção aos princípios da boa-fé, da cooperação e da conservação dos negócios jurídicos.
- 1.2. A instauração de procedimento de solução de controvérsias, por qualquer mecanismo previsto nesta cláusula, não exime o Poder Concedente nem o parceiro privado da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.
- 1.3. As despesas e os honorários eventualmente devidos na adoção de qualquer dos mecanismos de solução de controvérsias previstos nesta cláusula serão antecipados exclusivamente [pela Parte que requerer sua instauração / pelo parceiro privado].
 - 1.3.1. Havendo rateio ou sucumbência total ou parcial do Poder Concedente, as despesas e os honorários de que trata a subcláusula 1.3 que lhe couberem serão ressarcidos ao parceiro privado mediante reequilíbrio econômico-financeiro.
 - 1.3.2. Cada Parte arcará com honorários contratuais e demais despesas incorridas com seus procuradores, assistentes técnicos e demais representantes, sendo vedada a imposição da obrigação de ressarcimento entre as Partes dos respectivos valores.
- 1.4. Salvo acordo entre as Partes em sentido diverso, todos os prazos previstos nesta cláusula contam-se em dias corridos, postergando-se ao dia útil subsequente caso o vencimento ocorra em dia não útil.

Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências (*dispute board*)

- 1.5. [a] Como mecanismo de gestão contratual e de mitigação de risco à regular execução do Contrato, as Partes constituirão Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências para prevenir e solucionar potenciais divergências de natureza técnica ou econômico-financeira, [em até 60 dias de sua celebração / nos 60 dias que antecederem o início de fase ou etapa em que haja concentração de investimentos em obras / outro marco temporal pertinente].
- 1.5. [b] Como mecanismo de gestão contratual e de mitigação de risco à regular execução do Contrato, as Partes poderão constituir Comitê de Prevenção e

Resolução de Divergências *ad hoc* para prevenir e solucionar potenciais divergências de natureza técnica ou econômico-financeira.

1.5.1. Constituído o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, a participação das Partes no procedimento é obrigatória, inexistindo nulidade no processamento à revelia.

1.5.2. O procedimento observará a oralidade e a informalidade na gestão e na prevenção de divergências, sem prejuízo da apresentação de pleitos por escrito, conforme acordado entre as Partes.

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

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

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

1.7. Salvo acordo em contrário entre as Partes, o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências será composto por 3 (três) membros, designados da seguinte forma:

- (i) um membro indicado pelo Poder Concedente;
- (ii) um membro pelo parceiro privado; e
- (iii) um membro escolhido de comum acordo pelos membros designados pelas Partes, que exercerá a função de presidente.

1.7.1. Os membros que compõem o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências e o secretário deverão observar os seguintes requisitos:

- (i) estar no gozo de plena capacidade civil;
- (ii) ter formação técnica e experiência profissional compatíveis e reconhecidas nas matérias previstas na subcláusula **1.6**; e
- (iii) não ter, com as Partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil.

1.7.2. A indicação de um membro será comunicada de uma Parte à outra, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para impugnar a indicação,

sob fundamento de inobservância dos requisitos previsto na subcláusula **1.7.1**.

1.7.3. O membro indicado para o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências possui o dever de revelar qualquer fato ou circunstância que possa ensejar impedimento ou suspeição.

1.7.4. O presidente do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências poderá designar terceira pessoa com formação jurídica para secretariar as atividades e realizar o assessoramento na aplicação do Direito.

1.8. O Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências será competente para emitir manifestações fundamentadas sobre a execução do Contrato e sobre questões submetidas pelo Poder Concedente ou pelo parceiro privado, de modo a prevenir e resolver as divergências que venham a surgir.

1.8.1. Os membros do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências deverão ter postura proativa no acompanhamento da execução das obrigações pelas Partes e na mitigação do risco à regular execução do Contrato.

1.8.2. As Partes poderão acordar a realização de reuniões periódicas *in loco* com o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências ou em outro ambiente adequado ao acompanhamento da execução do Contrato.

1.9. Para processar as divergências submetidas ao Comitê de Resolução de Divergências, as Partes elegem o Regulamento da [Câmara] para reger o processo, sem prejuízo do regramento a ser acordado após a constituição do Comitê.

1.10. Caso instituído Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências *ad hoc*, a apresentação de pleitos iniciar-se-á mediante a notificação escrita pela Parte que solicitar a sua instauração à outra parte, apresentando:

- (i) descrição breve do evento;
- (ii) cópia dos os documentos ligados ao objeto da divergência levantada;
- (iii) indicação de um membro para compor o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, se ainda não houver sido constituído; e
- (iv) indicação da natureza da manifestação a ser proferida pelo Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, se vinculante ou recomendatória.

1.10.1. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da comunicação referida na subcláusula **1.10**, a Parte notificada responderá, informando:

- (i) se concorda com a instauração do procedimento para solução de disputas e com a natureza da manifestação a ser proferida pelo Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências;
- (ii) suas alegações relativamente à questão formulada e os documentos que entender necessários à análise do caso; e
- (iii) um membro indicado para compor o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, se ainda não houver sido constituído.

1.10.2. Não havendo concordância entre as Partes, a manifestação do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências terá natureza [vinculante / recomendatória].

1.11. A manifestação fundamentada do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências será emitida no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data de apresentação da última manifestação ou documento necessário à avaliação do caso, conforme determinação do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências.

1.11.1. Nos termos acordados pelas Partes, a manifestação fundamentada do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências assumirá natureza de [decisão vinculante para as Partes, enquanto não sobrevier decisão arbitral ou judicial que a desconstitua / recomendação para as Partes, resguardado o direito destas em acatá-la ou buscar sua reversão pela via administrativa, arbitral ou judicial, conforme o caso / recomendação, resguardado o direito destas em acatá-la ou buscar sua reversão pela via administrativa, arbitral ou judicial, ou decisão vinculante para as Partes enquanto não sobrevier decisão arbitral ou judicial que a desconstitua, conforme acordado entre estas antes da submissão de questão. Não havendo acordo quanto à natureza da manifestação fundamentada, entende-se que esta assumirá natureza de decisão / recomendação].

1.11.2. As manifestações fundamentadas do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências serão consideradas aprovadas se contarem com o voto favorável da maioria absoluta de seus membros.

1.11.3. Em caso de obscuridade, contradição, omissão ou erro material contido na manifestação do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, qualquer das Partes, em até 15 (quinze) dias, poderá pleitear sua revisão, dando-se igual prazo para a outra Parte se manifestar a respeito do pedido de revisão.

1.11.4. Caso a manifestação fundamentada seja proferida em prazo superior, os honorários dos membros do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências serão reduzidos em 2% (dois por cento) por dia de atraso.

- 1.12.** Todas as despesas necessárias ao funcionamento do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências serão antecipadas pelo parceiro privado, que será ressarcido pela metade de acordo com o disposto na subcláusula Erro! Fonte de referência não encontrada..
- 1.12.1.** As Partes estabelecerão o método de pagamento de honorários aos membros do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências e ao secretário, se houver, com base em regulamento de órgão de classe reconhecido pelo mercado.
- 1.12.2.** Sem prejuízo dos honorários fixados nos termos da subcláusula **1.12**, aos membros do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências e ao secretário será paga indenização suficiente para cobertura de transporte e diária para a prática dos atos que exijam deslocamento.
- 1.13.** A qualquer tempo, as Partes poderão consensualmente dissolver o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências e, se houver interesse mútuo, reconstituí-lo, mediante a indicação de novos membros.
- 1.14.** A constituição de Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências e a apresentação de manifestações fundamentadas por este não afetam as prerrogativas e competências dos órgãos de controle.
- 1.15.** A constituição de Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências não impede a imediata submissão do conflito ou da controvérsia aos demais mecanismos previstos nesta cláusula.

Negociação e mediação

- 1.16.** A Parte interessada notificará por escrito à outra quanto ao interesse em iniciar negociação ou mediação, relativa a disputa ou controvérsia decorrente do Contrato que envolva direito patrimonial disponível ou direito indisponível que admita transação, observado o disposto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.
- 1.17.** Em caso de escolha pela negociação direta, a Parte notificada terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar resposta por escrito, preferencialmente por meio eletrônico, manifestando-se sobre seu interesse em negociar.
- 1.17.1.** O prazo previsto na subcláusula **1.17** poderá ser prorrogado, a pedido da Parte notificada, respeitado o limite máximo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação de resposta.
- 1.17.2.** As Partes promoverão seus melhores esforços na negociação para alcançar a solução da controvérsia, mediante comunicação direta ou, quando necessário, em reunião.
- 1.18.** Em caso de escolha pela mediação, a Parte interessada provocará por escrito a Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União – CCAF/AGU ou outra câmara de mediação acordada entre as Partes, juntando as peças indispensáveis à compreensão do conflito.

1.18.1. A câmara de mediação verificará no prazo de 15 (quinze) dias se os envolvidos no conflito têm interesse em se submeter a um processo de mediação.

1.18.2. O prazo previsto na subcláusula **1.18.1** poderá ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 30 (trinta) dias para apresentação de resposta.

1.18.3. O processo de mediação não durará mais do que 90 (noventa) dias após a manifestação das partes aquiescendo com o procedimento.

1.19. Sem prejuízo da prerrogativa do Poder Concedente de reconhecer a procedência do pleito do parceiro privado em sede administrativa, havendo transação, os representantes das Partes deverão ter poderes para transigir sobre a questão, observado o disposto na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e na Portaria nº 990, de 16 de julho de 2009, da Advocacia-Geral da União, e normatização superveniente.

1.19.1. Alcançado consenso relativo a toda ou parte da controvérsia, as Partes reduzirão a termo a solução encontrada, que valerá como título executivo extrajudicial.

1.19.2. Não alcançado consenso no prazo de 90 (noventa) dias, contado do recebimento pela Parte interessada da resposta, a negociação ou a mediação será considerada frustrada.

Arbitragem

1.20. Independentemente de provocação para instauração de negociação ou mediação, ou frustrada a realização destas, as Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

1.20.1. Entendem-se como relativas a direitos patrimoniais disponíveis, entre outras, as controvérsias ou disputas que versem sobre:

- (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;
- (ii) o cálculo de indenizações;
- (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes;
- (iv) o efeito patrimonial decorrente da imposição de penalidades em razão do inadimplemento do Contrato;
- (v) o pedido de rescisão do contrato por parte do parceiro privado;
- (vi) outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de preços, tarifas ou outras obrigações financeiras não tributárias.

1.20.2. Ficam afastadas do escopo da presente cláusula arbitral as controvérsias ou disputas que versem sobre:

- (i) exercício dos poderes de regulação e de fiscalização sobre o serviço prestado pelo Concessionário;

- (ii) inadimplemento no recolhimento de tributos devidos ao Poder Concedente;
- (iii) obrigações e penalidades pecuniárias já inscritas em dívida ativa;
- (iv) outros direitos indisponíveis ou não patrimoniais.

1.21. A arbitragem será de direito, regida pelas normas do Direito brasileiro, sendo vedada qualquer decisão por equidade.

1.22. O processo arbitral será administrado por Câmara de Arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, com capacidade para administrar arbitragem conforme as regras da presente cláusula e que apresente aptidão para conduzir os atos processuais na sede da arbitragem e em outra localidade no Brasil pertinente para a disputa.

1.22.1. [a] A Parte interessada poderá indicar [Câmara 1], [Câmara 2] ou [Câmara 3] para conduzir o processo arbitral, desde que, ao tempo da instauração do conflito, a instituição esteja credenciada pela Advocacia-Geral da União ou, caso esteja indisponível o credenciamento, demonstre atender aos requisitos deste.

1.22.1. [b] As Partes escolherão de comum acordo Câmara de Arbitragem que, ao tempo da instauração do conflito, esteja credenciada pela Advocacia-Geral da União ou, caso esteja indisponível o credenciamento, demonstre atender aos requisitos deste. Se as Partes não chegarem ao acordo quanto à escolha da Câmara de Arbitragem, o Poder Concedente indicará, no prazo de 15 (quinze) dias, uma das seguintes instituições: [Câmara 1], [Câmara 2] ou [Câmara 3]. Se o Poder Concedente não fizer a indicação no prazo, o parceiro privado poderá se valer de qualquer das três Câmaras mencionadas.

1.22.2. Se, à época da instauração da controvérsia ou da disputa, as Câmaras de Arbitragem previstas na subcláusula **1.22.1** não estiverem credenciadas ou não atenderem aos requisitos do credenciamento, a Parte interessada na instauração da arbitragem deverá eleger Câmara de Arbitragem entre as instituições credenciadas pela Advocacia-Geral da União.

1.22.3. Quando figurar como requerido, ao Poder Concedente deverá ser expressamente endereçada cópia do requerimento de instauração de arbitragem a [órgão(s) competentes para recebimento e tratamento].

1.22.4. A Parte notificada poderá, no prazo [da resposta ao requerimento de arbitragem / de 15 dias], impugnar a indicação da Câmara Arbitral, sob fundamento de ausência de credenciamento da instituição ou de não atendimento às condições exigidas no âmbito do credenciamento.

1.22.5. A arbitragem será conduzida conforme o Regulamento da Câmara de Arbitragem indicada, no que não conflitar com o presente Contrato, vedada a adoção de arbitragem expedita, salvo acordo entre as partes.

1.22.6. A Parte interessada deverá iniciar o processo arbitral na Câmara de Arbitragem preventiva em que tramitam as disputas ou controvérsias conexas ainda em curso.

- 1.23.** Deverão ser escolhidos três árbitros, de acordo com o Regulamento da Câmara de Arbitragem. Cada Parte escolherá um árbitro, ainda que não conste de lista de árbitros da Câmara de Arbitragem. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente do Tribunal Arbitral, ainda que não conste de lista de árbitros da Câmara de Arbitragem.
- 1.23.1.** Salvo acordo entre as partes, não será admitida arbitragem com árbitro único.
- 1.24.** A cidade de [cidade], no Estado de [Estado], Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral.
- 1.25.** O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa.
- 1.25.1.** Os documentos e demais provas produzidos em idioma estrangeiro deverão ser apresentados juntamente com sua tradução simples para o português. Havendo dúvida a respeito da tradução, a parte impugnante apresentará seus pontos de divergência, cabendo ao Tribunal Arbitral decidir a respeito da necessidade de apresentação de tradução juramentada, custeada pela Parte interessada na produção da prova.
- 1.26.** O processo arbitral deverá observar o princípio da publicidade, resguardadas as hipóteses legais de sigilo e as decorrentes de decisão do Tribunal Arbitral.
- 1.26.1.** O Poder Concedente se obriga a conferir publicidade ao processo, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.
- 1.27.** As despesas necessárias à instauração, condução e desenvolvimento da arbitragem, tais como custas da Câmara de Arbitragem e honorários arbitrais, serão antecipados exclusivamente [pela Parte que requerer a instauração da arbitragem / pelo parceiro privado]. A sentença arbitral definirá a regra de sucumbência e de ressarcimento dos respectivos valores.
- 1.27.1.** Havendo necessidade de prova pericial, um perito independente será designado de comum acordo entre as Partes ou, na falta de acordo, pelo Tribunal Arbitral. Os custos da perícia, incluindo honorários periciais, serão adiantados pelo parceiro privado, cabendo-lhe ressarcimento ao final, caso se consagre vencedor. As Partes poderão indicar assistentes periciais de sua confiança, mas os custos respectivos não serão objeto de ressarcimento.
- 1.27.2.** Cada Parte arcará com honorários e demais despesas com seus procuradores, sendo vedada a condenação para ressarcimento de honorários contratuais. O Tribunal Arbitral condenará a Parte total ou parcialmente vencida ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos dos arts. 85 e 86 do Código de Processo Civil brasileiro, ou norma que os suceda.
- 1.28.** Em caso de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária contra o Poder Concedente, o pagamento se dará conforme admitido na legislação aplicável e neste Contrato.
- 1.28.1.** Contra a sentença arbitral caberá pedido de esclarecimento, a ser apresentado no prazo de 30 dias ou superior, conforme definido em termo de arbitragem.

Foro

- 1.29.** Para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis ou que estejam excluídas da jurisdição arbitral, as Partes elegem o foro da Justiça Federal – Seção Judiciária de [cidade], Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro.

ANEXO III

Manual explicativo das cláusulas modelo de solução de controvérsias

Apresentação

O Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República congrega um conjunto de ações e instituições que têm como missão, entre outras, a propositura de medidas de aprimoramento regulatório com vistas ao desenvolvimento da infraestrutura no País.

Nesse contexto, a presente Resolução foi aprovada pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República no intuito de aperfeiçoar os mecanismos de solução de controvérsias previstos nos contratos de infraestrutura celebrados pela Administração Pública.

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 heterocompositivos.¹

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. Tratam-se de instrumentos de maior aceitação na praxe regulatória, na literatura e na jurisprudência dos tribunais.

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.

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.

¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 80; MORAES, Paulo Valério Dal Pai; DE MORAES, Márcia Amaral Corrêa. **A negociação ética para agentes públicos e advogados**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 62-63.

Assim, recomenda-se 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 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.

Âmbito de aplicação da Resolução

A presente Resolução veicula cláusula modelo, de adoção recomendatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública que venham a apresentar proposta de qualificação de empreendimento no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República.

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.

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.

A cláusula modelo aprovada na forma desta 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.

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.

Disposições gerais²

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

² Comentários aos dispositivos do Anexo I.

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).

Os mecanismos de solução de controvérsias contarão com a participação 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 regulatórios suficientes para deliberação das questões controversas em âmbito administrativo.

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 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).

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. Excetua-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).

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.

Negociação e mediação³

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

³ Comentários aos dispositivos do Anexo I.

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”.⁴ 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.

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”.⁵ 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.

Propõe-se 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.

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).

Arbitragem⁶

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.*”⁷

⁴ 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, p. 32.

⁵ 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, p. 33.

⁶ Comentários aos dispositivos do Anexo I.

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

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 presente Resolução.

Deixa-se claro que a adoção dos mecanismos anteriores 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.

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.

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.

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.

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).

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.

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.

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.

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 (ANP), prestigia o consenso entre as partes na definição da Câmara que conduzirá o processo.

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).

De todo modo, nos empreendimentos a serem qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos, 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.

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.

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.”*

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.

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".

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.

Da mesma forma, prescreve-se a adoção do idioma português no procedimento (cláusula 1.14). Não raras vezes, documentos em idioma estrangeiro compõem 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.

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.

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).

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).

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.

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).

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.

Comitê de prevenção e resolução de divergências⁸

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.”*⁹

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 presente Resolução 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.

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.

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.

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.

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:

⁸ Comentários aos dispositivos do Anexo II.

⁹ 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. 90-91.

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.

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.

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.

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.

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).

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.

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.

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.

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

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.

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.

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.

Em se tratando de mecanismo contratual, 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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*.

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).

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),¹⁰ 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

¹⁰ Aprovado pela Assembleia Geral Ordinária de 09/04/2019. Disponível em: <<https://ibape-sp.org.br/adm/upload/uploads/1556807097-Regulamento%20de%20Honorarios%202019.pdf.pdf>>. Acesso em 26.9.2019.

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.

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).

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.

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).

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.

Foro judicial¹¹

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.

¹¹ Comentários aos dispositivos do Anexo I.

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.

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, autorizatárias 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 a 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.”