

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**OS *DISPUTE BOARDS* E SUA FUNÇÃO SOCIAL: CONFLITOS
EMPRESARIAIS EM CONTRATOS COMPLEXOS**

KARIM REGINA NASCIMENTO POSSATO

São Paulo

2024

KARIM REGINA NASCIMENTO POSSATO

**OS *DISPUTE BOARDS* E SUA FUNÇÃO SOCIAL: CONFLITOS
EMPRESARIAIS EM CONTRATOS COMPLEXOS**

Tese submetida à Universidade Nove de Julho
para a obtenção do título de Doutora em Direito.
Orientadora: Professora Doutora Samantha
Ribeiro Meyer-Pflug Marques.

SÃO PAULO

2024

Possato, Karim Regina Nascimento.

Os *Dispute Boards* e sua função social: conflitos empresariais em contratos complexos. / Karim Regina Nascimento Possato. 2024. 271f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof^ª. Dr^ª. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques.

1. *Dispute Board*. 2. Contrato empresarial complexo. 3. Função social. 4. Governança contratual.

I. Marques, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. II. Título.

CDU 34

KARIM REGINA NASCIMENTO POSSATO

**OS DISPUTE BOARDS E SUA FUNÇÃO SOCIAL: CONFLITOS EMPRESARIAIS
EM CONTRATOS COMPLEXOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

São Paulo, 08 de fevereiro de 2024.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Orientadora
UNINOVE



Profa. Dra. Renata Mota Maciel
Examinadora Interna
UNINOVE



Prof. Dr. José Renato Nalini
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Ives Gandra da Silva Martins
Examinador Externo
MACKENZIE

DocuSigned by:



E39C2DE167F846E...

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu
Examinador Externo
UNIFOR

Dedico esta obra, inicialmente, ao meu marido Fabio Antunes Possato, parceiro de todas as jornadas, companheiro de todas as horas, meu eterno namorado.

Ao meu filho Pedro Paulo Possato, motivo de minha persistência na vida acadêmica, esperando revelar-lhe a importância do conhecimento.

À memória de meus pais, Carlos Alberto do Nascimento e Verenice do Nascimento, na certeza de que deram o seu melhor.

À minha avó, Maria Papetti Nascimento, que roga a Deus, diuturnamente, por minha sabedoria e vida, inspiração de fé e bondade.

E, finalmente, a todos que, de algum modo, vibram com as minhas conquistas e, também, acreditam trabalhar para um mundo melhor.

Agradeço, inicialmente, a Deus por oportunizar o meu aprofundamento nos estudos,
demonstrando a sua presença a cada dificuldade superada.

Ao meu amado marido, tão fundamental para a concretização deste sonho, pessoa que me
impulsiona a atingir os meus objetivos, almejando, incessantemente, a minha realização e
felicidade, transformando a lágrima em riso, a dor em amor e o descontentamento em conquista.

Ao meu filho, por compreender a importância do conhecimento em minha vida.

À minha avó, motivo de minhas aspirações, por todas as orações e palavras de incentivo e sua fé
inabalável em Deus, sempre firme e crente de que tudo dará certo.

À minha querida orientadora, Professora Dr^a. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, por,
continuamente, destacar o meu potencial e permitir-me desfrutar de todo o seu conhecimento e
generosidade, transformando as suas atitudes em exemplos legítimos de sororidade.

“[...] se houver um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tivermos um direito sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país, e não haverá desenvolvimento”.

WALD, Arnoldo.

RESUMO

O estudo dos *Dispute Boards* (DBs) e sua função social refletida a partir da prevenção e da solução de conflitos empresariais em contratos complexos é o tema central deste estudo. O problema de pesquisa levantado, nesse contexto, é se os *Dispute Boards* são institutos hábeis a realizar a função social a partir da prevenção e solução de conflitos em contratos empresariais complexos. Assim, o tema é desenvolvido amparado no método dialético de produção científica, sustentado por pesquisa bibliográfica e documental, além de pesquisa de campo, com levantamentos quantitativos e qualitativos acerca da utilização dos DBs. Para tanto, o estudo busca a contextualização dos conceitos que envolvem o mercado, a empresa e a função social como fatores que permeiam os contratos empresariais complexos, caracterizados por incertezas e riscos atinentes à execução contratual que devem ser gerenciados a partir da implementação de uma governança orientada por princípios concretizadores da eficiência da relação negocial. O referencial de normas internas no âmbito da administração pública, igualmente, é utilizado para pautar o estudo, que também é abrangido pela aplicação da governança corporativa, identificando-se os DBs como vetores de concretização dos contratos complexos e, conseqüentemente, de promoção e entrega de valor sustentável às empresas e demais partes interessadas, concluindo-se, ao final, que são mecanismos relevantes de promoção da função social, prevenindo e solucionando conflitos, especialmente, em contratos complexos. Identifica-se, da mesma forma, a necessidade de potencializar o instituto do DB, atribuindo *status* legal, além do contratual, às suas decisões, de forma a potencializar a própria função social a partir da segurança jurídica dos pareceres deliberativos vinculativos emanados, apresentando-se, ao final, uma proposta de projeto de lei com o fito de iniciar o processo legislativo para concretizar essa realidade jurídica, a exemplo do instituto da arbitragem.

Palavras-chave: *Dispute Board*; Contrato empresarial complexo; Função social; Governança contratual.

RESUMEN

El estudio de los Dispute Boards (DB) y su función social reflejada a través de la prevención y resolución de conflictos empresariales en contratos complejos es el tema central de este estudio. El problema de investigación planteado, en este contexto, es si los Dispute Boards son institutos capaces de desempeñar una función social basada en la prevención y resolución de conflictos en contratos mercantiles complejos. Así, el tema se desarrolla con base en el método dialéctico de la producción científica, apoyado en investigaciones bibliográficas y documentales, además de investigaciones de campo, con encuestas cuantitativas y cualitativas sobre el uso de los DBs. Para ello, el estudio busca contextualizar los conceptos que involucran al mercado, la empresa y la función social como factores que permean contratos comerciales complejos, caracterizados por incertidumbres y riesgos relacionados con la ejecución contractual que deben ser gestionados a través de la implementación de una gobernanza guiada por principios que implementen la eficiencia de la relación comercial. La referencia a estándares internos en el ámbito de la administración pública también se utiliza para guiar el estudio, que también se abarca en la aplicación del gobierno corporativo, identificando los DBs como vectores para implementar contratos complejos y, en consecuencia, promover y entregar valor sostenible a las empresas y otras partes interesadas, concluyendo que son mecanismos relevantes para promover la función social, prevenir y resolver conflictos, especialmente en contratos complejos. De la misma manera, se identifica la necesidad de potenciar el instituto DB, atribuyendo personalidad jurídica, además de la contractual, a sus decisiones, con el fin de potenciar su propia función social basada en la seguridad jurídica de los dictámenes deliberantes vinculantes emitidos, presentando, al final, una propuesta de proyecto de ley con el objetivo de iniciar el proceso legislativo para implementar esta realidad jurídica, siguiendo el ejemplo del instituto de arbitraje.

Palabras clave: *Dispute Board*; Contrato comercial complejo; Papel social; Gobernanza contractual.

ABSTRACT

The study of Dispute Boards (DBs) and their social function reflected through the prevention and resolution of business conflicts in complex contracts is the central theme of this study. The research problem raised, in this context, is whether Dispute Boards are institutes capable of carrying out a social function based on the prevention and resolution of conflicts in complex business contracts. Thus, the theme is developed based on the dialectical method of scientific production, supported by bibliographic and documentary research, in addition to field research, with quantitative and qualitative surveys about the use of DBs. To this end, the study seeks to contextualize the concepts that involve the market, the company and the social function as factors that permeate complex business contracts, characterized by uncertainties and risks related to contractual execution that must be managed through the implementation of governance. guided by principles that implement the efficiency of the business relationship. The reference of internal standards within the scope of public administration is also used to guide the study, which is also covered by the application of corporate governance, identifying DBs as vectors for implementing complex contracts and, consequently, promoting and delivering of sustainable value to companies and other interested parties, concluding that they are relevant mechanisms for promoting social function, preventing and resolving conflicts, especially in complex contracts. In the same way, the need to enhance the DB institute is identified, attributing legal status, in addition to the contractual one, to its decisions, in order to enhance its own social function based on the legal security of the binding deliberative opinions issued, presenting- and, at the end, a bill proposal with the aim of starting the legislative process to implement this legal reality, following the example of the arbitration institute.

Keywords: *Dispute Board*; Complex Business Contract; Social Function; Contractual Governance.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Análise dos riscos	84
Figura 2 - Escala de probabilidade e impacto	84
Figura 3 - Classificação do nível de risco	85
Figura 4 - Matriz de riscos	85
Figura 5 - Declaração de apetite a risco.	88
Figura 6 - Quantidade de obras por data-base	99
Figura 7 - Situação das obras	100
Figura 8 - Valor dos contratos por data-base.....	101
Figura 9 - Quantidade de obras paralisadas por Unidade Federativa-UF (data-base 08/2022).	102
Figura 10 - Obras paralisadas por UF (data-base 08/2022)	103
Figura 11 - Obras paralisadas por região	103
Figura 12 - Situação das obras por UF	105
Figura 13 - Obras paralisadas por setor	106
Figura 14 - Série histórica do índice de produtividade dos magistrados (IPM)	116
Figura 15 - Série histórica da carga de trabalho dos magistrados	116
Figura 16 - Honorários mensais dos membros dos DBs	148
Figura 17 - Relação entre governança e gestão	203
Figura 18 - Interdependência da organização com suas partes interessadas, com a sociedade e com o meio ambiente.....	205
Figura 19 - Relação entre contrato e empresa no mercado	213

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONTRATO EMPRESARIAL COMPLEXO	15
1.1 Mercado, Empresa e Função Social	17
1.2 Contrato empresarial complexo: as incertezas e os riscos na consecução do objeto.....	43
1.3 Interpretação dos contratos complexos sob a Análise Econômica do Direito	58
1.4 Contratos administrativos.....	70
1.4.1 A aplicação da governança nos contratos administrativos.....	78
2 DOS CONFLITOS NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS COMPLEXOS	92
2.1 Atraso e paralisação contratuais como resultados de conflitos tratados inadequadamente.	97
2.2 A litigiosidade e a ausência de especialização jurisdicional em contratos empresariais	113
3 DISPUTE BOARDS OU COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS: ORIGEM E CONCEITO	123
3.1 Tipos e classificações dos <i>Dispute Boards</i>	138
3.1.1 Classificação quanto ao número de integrantes	140
3.1.2 Classificação quanto ao momento de instalação	149
3.1.3 Classificação quanto ao caráter vinculante das decisões.....	152
3.2 Referenciais normativos nacionais para os DBs (CRD).....	159
3.2.1 O entendimento da Justiça sobre a força vinculante dos DBs	177
4 A FUNÇÃO SOCIAL DOS DISPUTE BOARDS A PARTIR DA GOVERNANÇA CONTRATUAL	181
4.1 A importância do conceito ESG na dinâmica da resolução de controvérsias em contratos empresariais complexos	183
4.2 A aplicação dos princípios da governança aos contratos complexos	201
4.3 Os <i>Dispute Boards</i> como mecanismos de governança contratual: a materialização da função social dos contratos	214
4.4 Uma proposta inicial de regramento normativo para os <i>Dispute Boards</i>	217
CONCLUSÃO	234
REFERÊNCIAS	239
APÊNDICE A – Proposta de Projeto de Lei para dispor sobre os Comitês de Resolução de Disputas ...	259

INTRODUÇÃO

O estudo dos *Dispute Boards* (DBs) e sua função social refletida a partir da prevenção e da solução de conflitos empresariais em contratos complexos é o tema central deste estudo.

O tema, nesse sentido, vincula-se à Linha de Pesquisa denominada “Estruturas do Direito Empresarial”, que integra o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), cuja área de concentração é “Direito Empresarial: Estruturas e Regulação”.

De fato, a segurança nas relações negociais empresariais formalizadas por meio de contratos é necessária para que a circulação da riqueza aconteça de forma harmoniosa, evitando-se sempre a litigiosidade.

Os objetos dos contratos empresariais podem ser classificados de diversas formas, entretanto, há avenças cuja execução do objeto pactuado encontra-se exposta a variáveis imprevisíveis ou, se previsíveis, permeadas por resultados imensuráveis, características essas que dificultam a satisfação da avença, eis que sujeita a riscos.

Ao mesmo tempo em que se procura a formalização do instrumento negocial prevendo-se todos os riscos possíveis que possam afetar a execução do objeto a ser contratado, é certo que a cártula será incompleta, assim como a expectativa da ocorrência de eventos que materializem riscos previstos e não previstos é alta, o que caracteriza a complexidade de determinados negócios jurídicos empresariais.

Nesse universo, o potencial de instalação de conflitos que afetem a execução do contrato complexo é, igualmente, considerável, o que demanda a implementação de mecanismos de prevenção e de tratamento adequado, a fim de se evitarem paralisações e atrasos na consecução das avenças.

Paralelamente, os contratos assim descritos possuem características próprias, relacionadas ao alto valor do objeto contratado, à alta exposição a variáveis, ao grau de complexidade e incompletude do instrumento de formalização e à necessidade de protração da execução. Em regra, tais ajustes envolvem a participação de diversos atores que se beneficiam direta ou indiretamente, formando uma cadeia de interdependência que, muitas vezes, pode representar um ecossistema.

Nessa realidade, a descontinuação da execução da avença afetaria potencial e negativamente toda a cadeia implicada na relação contratual, fazendo-se concluir que a implementação de medidas para mitigar riscos, prevenir e tratar adequadamente os conflitos havidos, com o fim de manter a higidez do contrato, é uma providência que se relaciona diretamente à função social.

Portanto, o problema levantado, nesse contexto, é se os *Dispute Boards* são institutos hábeis a realizar a função social a partir da prevenção e solução de conflitos em contratos empresariais complexos, o que conduz a pesquisa a considerar as hipóteses negativa ou positiva a esse questionamento.

Assim, o tema será desenvolvido amparado no método dialético de produção científica, sustentado por pesquisa bibliográfica e documental, além de pesquisa de campo a fim de efetuar levantamentos quantitativos e qualitativos acerca da utilização dos DBs e de dados que possam demonstrar o grau de necessidade de sua implementação.

Tal dinâmica de desenvolvimento se impõe na medida em que o objetivo principal da pesquisa é a verificação do instituto do DB como medida de implementação da função social dos contratos empresariais complexos, tanto sob o aspecto positivo, considerando o dever das partes de agir ativamente e em cooperação na consecução do objeto contratado, como o aspecto negativo, observado a partir das limitações impostas pela própria função social, muitas vezes, mas não somente, relacionadas ao dever de não lesar a contraparte nem a terceiros.

Para tanto, o trabalho partirá do estudo do contrato empresarial complexo, demandando, inicialmente, a concepção da empresa e sua atuação como agente econômico do mercado, cuja função social encontra-se relacionada à própria ordem econômica brasileira e aos objetivos republicanos.

Da mesma forma, a compreensão das incertezas e dos riscos que permeiam a execução dos contratos complexos será um ponto a amparar o estudo sobre os DBs, eis que a interpretação e a aplicação dos contratos empresariais formatados nesse ambiente de complexidade sofre a influência de diversos vetores de funcionamento do mercado, demandando, também, que se considere a análise econômica do direito contratual nesse contexto.

Na mesma linha, será desenvolvida uma seção específica para tratar dos contratos administrativos e a aplicação da governança e seus princípios a essas avenças, considerando, especialmente, a edição da nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133, de 1º

de abril de 2021, que previu a utilização dos DBs ao mesmo tempo em que introduziu a governança nas contratações públicas como dever da alta administração, inclusive com a implementação de processos e estruturas de gestão de riscos e de integridade, um paradigma a ser transposto aos contratos privados.

Além disso, outro aspecto a ser explorado são os conflitos, e suas características, na execução dos contratos complexos, assim como as consequências da materialização dos riscos em eventos negativos que possam levar a atrasos e paralisações a partir da instalação de disputas que não tenham sido prevenidas ou tratadas adequadamente.

Nessa direção, a ausência de especialização da Justiça para tratar das questões típicas relacionadas aos contratos empresariais é outro foco que será abordado sob a característica da litigiosidade contida nos conflitos esperados em contratos complexos.

Paralelamente, o trabalho fixará um referencial para a compreensão da origem e do conceito dos DBs, estabelecendo modos de classificação e de atuação, questão importante para situar o instituto na dinâmica da solução e da prevenção dos conflitos contratuais empresariais, conjugando, também, normativos nacionais que possam servir de paradigma para a aplicação dos DBs, com destaque especial ao entendimento da Justiça sobre a vinculatividade dos pareceres emitidos.

A compreensão de todos os aspectos relacionados ao mercado e à empresa, assim como aos contratos empresariais complexos e ao instituto do DB, servirão de alicerces para o aprofundamento do estudo da função social dos DBs como mecanismos de atuação da governança contratual, buscando-se explorar o conceito de ESG (*Environmental, Social and Governance*) e sua aplicação na dinâmica de resolução de controvérsias, como forma de agregação de valor sustentável aos contratos e às empresas.

Tal entendimento permitirá explorar, logo após, a aplicabilidade dos princípios da governança aos contratos complexos, tal qual o regramento imposto aos contratos administrativos, para compreender e concluir, ao final, se os DBs constituem efetivamente mecanismos da governança contratual e de materialização da função social dos contratos a partir da prevenção e solução de conflitos.

É de se pontuar, também, que a pesquisa, pautada sob esses referenciais, uma vez verificada a relevância dos DBs, pretende estabelecer um parâmetro normativo inicial para

legitimar e tornar a atuação dos DBs mais segura sob o aspecto jurídico e da estabilização das soluções das controvérsias contratuais empresariais complexas.

1 CONTRATO EMPRESARIAL COMPLEXO

A atenção que merece ser dispensada ao instituto da empresa se relaciona diretamente à defesa da ordem econômica regulada no Brasil, que estabelece o atingimento dos objetivos republicanos por meio de um sistema capitalista pautado, com destaque na livre concorrência, na livre iniciativa e na função social da propriedade¹.

Benacchio (2011, p. 198), ao tratar do exercício da atividade empresarial defende que “quanto melhor o funcionamento do mercado capitalista, maior riqueza será gerada e, por consequência, haverá maior possibilidade para atendimento das necessidades humanas” (BENACCHIO, 2011, p. 198).

As relações de produção e consumo exigem, por consectário, o exercício da atividade empresarial, seja ela industrial, comercial ou no ramo dos serviços. Tal condição posiciona a empresa no centro da economia moderna, constituindo, ao mesmo tempo, fator de promoção de emprego e trabalho para as pessoas e garante da circulação de bens e riquezas na economia.

Nesse contexto, as relações empresarias assumem grande importância no desenvolvimento social e econômico, pois representam a materialização das realizações das empresas. No mesmo sentido, a regulação adequada dessas relações representa segurança para os negócios empresarias pactuados e sua execução.

A manifestação da empresa no mundo corporativo e o seu relacionamento com os demais agentes econômicos, nessa direção, se faz por meio da celebração de contratos. Nas palavras de Forgioni (2023, p. 23), “a empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*”. Pode-se, desse modo, afirmar que a “vida da empresa” depende dos contratos que são estabelecidos “ao longo de” e “para” a sua existência.

Não se deve imaginar a atividade de uma empresa isoladamente, pois, para que se concretize o lucro, objetivo principal da atividade empresarial, há necessidade de envolver outros agentes econômicos em múltiplas relações, interdependentes direta ou indiretamente.

Esse emaranhado de relações jurídicas que promove a circulação de riquezas entre os agentes econômicos entende-se como o Mercado. Forgioni (2023, p. 24) ensina: “o mercado identifica-se com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos”.

Logo, considerando que “na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria a riqueza” (ROPPO, 2001, p. 56), é impositivo afirmar que a eficiência do Mercado e os objetivos da República brasileira dependem de contratos igualmente eficientes, que consigam estabelecer condições normativas *inter partes* aptas a promoverem o desenvolvimento adequado do objeto pactuado.

Como visto, a empresa relaciona-se com os demais agentes econômicos por meio de contratos, que é o instrumento de concretização do próprio “tráfico mercantil”. Assim, a classificação dessas relações sujeita-se ao perfil da contraparte com quem se estabelece o negócio jurídico, o que permite a estratificação de vários grupos, ou espécies, de contratos, cada qual com características específicas e tratamento jurídico peculiar (FORGIONI, 2023, p. 27).

Destarte, quando os polos de uma relação jurídica buscam estabelecer um negócio em que se objetiva o lucro para todos os envolvidos, identificam-se os contratos empresariais (FORGIONI, 2023, p. 28), ou seja, os contratos celebrados entre empresas para o exercício típico da atividade empresarial, ou a atividade comercial entre as empresas ou empresários.

O grau de complexidade do negócio pactuado entre as empresas, por sua vez, pode influenciar diretamente na eficiência da execução das ações programadas, o que demanda, na mesma direção, previsão normativa contratual capaz de promover o desenvolvimento do objeto avençado com a menor concretização de eventos negativos possível.

As tensões entre as empresas contratantes, especialmente em contratos de maior complexidade, são naturais e, por isso, demandam acompanhamento próximo, capaz de prevenir a instalação de conflitos ou tratá-los adequadamente, de modo que o desenvolvimento do objeto seja minimamente afetado.

Necessário, portanto, entender que, além de materializar o objeto principal da empresa, que é o lucro, o contrato empresarial deve ser observado, também, sob o enfoque republicano, que á a geração de riqueza a partir do bom desenvolvimento do Mercado, para o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos².

¹ Nos termos do artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

² Nos termos do artigo 3º, incisos II, III e IV, da Constituição Federal de 1988.

Garantir que os contratos empresariais sejam executados e seus objetos sejam efetivados é, em última análise, promover o bom desenvolvimento do Mercado na direção dos objetivos da República.

1.1 Mercado, Empresa e Função Social

O mercado não é um fenômeno natural ou espontâneo, mas sim um produto da ação humana e da organização social.

Como visto, de acordo com Forgioni (2023, p. 24), o mercado é um emaranhado de relações contratuais tecido pelos agentes econômicos. Ela destaca que o mercado é feito de contratos, e que os contratos nascem do e no mercado. Na economia moderna, é o contrato que cria a riqueza, sendo que o mercado organizado dá força às transações.

Complementando esse entendimento, Forgioni (2023) explica que o mercado não é um lugar imaginário e abstrato, mas uma unidade jurídica fundada no princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, no caráter vinculante e imperativo do acordo. É o terreno de encontro entre contrato e empresa, entre a tradição severa dos institutos civilísticos e a impetuosa modernidade das trocas.

Pode ser definido como um espaço onde ocorrem relações comerciais entre agentes econômicos, mediadas por contratos e reguladas pelo direito. Portanto, o mercado é um elemento fundamental da atividade econômica e empresarial, pois permite que as empresas estabeleçam relações comerciais com outras empresas e com o público em geral.

Pode, também, ser visto como um sistema de trocas voluntárias, onde os agentes econômicos buscam maximizar seus interesses individuais por meio da negociação e do contrato. Forgioni (2023, p. 298), leciona que:

O sistema de mercado baseia-se em trocas, que somente vêm à luz a partir da celebração de *contratos*. Para que possa haver trocas e associações, os agentes econômicos devem *interagir*, estabelecer vínculos entre si. Vínculos significam *compromissos perante terceiros*. Os contratantes comprometem-se reciprocamente, isto é, “prometem com” o outro e para o outro. (FORGIONI, 2023, p. 298).

Nesse sentido, um sistema de mercado baseado em trocas, necessariamente pressupõe a existência de institutos jurídicos pautados na propriedade privada. Assim, o mercado determina a distinção entre o “meu” e “teu” viabilizando transações. Nas palavras de Irti (2015, p. 14), tem-se que:

Não se conhece como verdadeiro qualquer mercado (mercado determinado no tempo e no espaço) que não *pressuponha* institutos jurídicos: também a elementar distinção do “meu” e “teu”, da qual emana cada ato de troca, implica a *remissão a um critério determinativo*. O mercado não cria, mas postula a distinção entre “meu” e “teu”, e, portanto, que os bens sejam reconhecidos como propriedade privada, e não como propriedade coletiva. A troca é, por sua essência, instituto jurídico, e não poderia não o ser, pois isto determina que o “meu” se torne “teu”, e o “teu” se torne “meu”. E este “meu” e este “teu” nada mais designam que o pertencimento dos bens, atribuídos e protegidos por qualquer que seja o direito. (IRTI, 2015, p. 14).

Em razão disso, é natural que o mercado seja externado em um ambiente dinâmico e complexo, onde ocorrem constantes interações entre oferta e demanda, preços e quantidades, concorrência e cooperação. Há influência de diversos fatores, como tecnologia, política, cultura, meio ambiente, entre outros.

Nesse sentido, o mercado pode ser dividido em diferentes segmentos, de acordo com critérios como produtos, serviços, regiões geográficas, clientes, fornecedores etc. Cada segmento apresenta suas próprias características e desafios, e exige estratégias específicas por parte das empresas que atuam neles.

Com essa compreensão, deve-se caracterizar mercado como um conceito amplo e multifacetado, que abrange diversas dimensões da atividade econômica e empresarial, que acontece em um ambiente dinâmico e complexo, e exige das empresas uma constante adaptação e inovação para se manterem competitivas e relevantes.

Isso se dá, também, pela exposição inevitável a fatores externos, como crises econômicas, mudanças na legislação, instabilidade política, entre outros. Esses fatores podem afetar significativamente o desempenho das empresas e o comportamento dos consumidores, e exigem uma gestão cuidadosa por parte dos empresários e gestores.

No entanto, a busca pelo interesse próprio não implica necessariamente em uma competição desenfreada ou em uma ausência de cooperação. Pelo contrário, o mercado pode se desenvolver em um ambiente de cooperação e coordenação, onde os agentes econômicos buscam criar valor e inovar por meio da troca de informações, conhecimentos e recursos.

É importante destacar que o mercado é regulado pelo direito e pelas instituições, e sua eficiência e equidade dependem da qualidade dessas instituições e da capacidade dos agentes econômicos de cooperar e competir de forma saudável e sustentável.

Por isso, deve-se ressaltar que o mercado não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para alcançar objetivos econômicos e sociais mais amplos. O mercado deve ser visto como parte

de um sistema econômico e social mais amplo, que inclui outras instituições e valores, como o Estado, a sociedade civil, a justiça social, a sustentabilidade ambiental, entre outros. A gestão do mercado deve levar em conta esses valores e objetivos maiores, e buscar conciliar os interesses individuais com o bem comum.

Conquanto, é importante que as empresas atuem de forma ética e responsável, respeitando os direitos dos consumidores, dos trabalhadores, dos fornecedores e da sociedade em geral. As empresas devem buscar criar valor de forma sustentável, levando em conta não apenas os aspectos econômicos, mas também os aspectos sociais e ambientais.

Nessa direção, torna-se imprescindível a atuação estatal para que o mercado seja regulado de forma adequada, a fim de evitar abusos e garantir a concorrência saudável. A regulação do mercado deve levar em conta as características específicas de cada setor e segmento, e buscar promover a eficiência, a inovação e a equidade.

Da mesma forma, é fundamental que os agentes, com destaque às empresas, se engajem em um diálogo construtivo e cooperativo, buscando soluções conjuntas para os desafios e oportunidades do mercado. A cooperação entre empresas, governos, sociedade civil e outros atores pode contribuir para a criação de um mercado mais justo, eficiente e sustentável, capaz de promover o desenvolvimento econômico e social de forma equilibrada e inclusiva.

Para que essa cooperação seja efetiva, deve haver transparência e confiança entre os agentes econômicos, bem como uma cultura de diálogo e negociação. As empresas devem buscar estabelecer relações de longo prazo com seus fornecedores, clientes e parceiros, baseadas na confiança e no respeito mútuo.

É importante que as empresas estejam atentas às mudanças no mercado e na sociedade, e sejam capazes de se adaptar e inovar de forma constante. A inovação é fundamental para a competitividade e a sobrevivência das empresas, e pode ser alcançada por meio da pesquisa e desenvolvimento, da colaboração com outras empresas e instituições, e da adoção de novas tecnologias e práticas de gestão.

Essas instituições devem se comprometer com a responsabilidade social e ambiental e buscar o desenvolvimento sustentável da sociedade. Isso pode ser feito por meio de práticas de gestão responsáveis, que incluem respeito aos direitos humanos, promoção da diversidade e inclusão e redução do impacto ambiental. Os consumidores e a sociedade em geral tendem a

valorizar mais as empresas que adotam uma postura responsável e sustentável. Isso pode melhorar a reputação e a competitividade das empresas no mercado.

De outro lado, a existência de um conjunto de regras e instituições que garantam a concorrência saudável e a proteção dos direitos dos consumidores, dos trabalhadores, dos fornecedores e da sociedade em geral é importante para que o mercado funcione de forma eficiente e justa. Essas regras e instituições podem incluir leis antitruste, agências reguladoras, a jurisdição, organizações de defesa do consumidor, entre outras.

Nessa linha é o entendimento de Irti (2004), ao asseverar que as relações econômicas devem ser influenciadas por institutos jurídicos que as regulam, e que o mercado requer um critério unificador capaz de conduzir a variedade de comportamentos à uma unidade, a ordem jurídica do mercado:

Proponho definir o mercado como uma unidade jurídica de relações de troca, referenciando um bem específico a uma determinada categoria de bens. Nem uma única relação de troca nem uma pluralidade arbitrária delas formam um mercado, que é sempre um critério unificador: um princípio, capaz de reger a variedade de comportamentos e reduzi-la à unidade. (IRTI, 2004, p. 111, tradução nossa).³

Irti (2015) rejeita a ideia do naturalismo econômico, afastando a possibilidade de o direito reproduzir ou constituir a imagem de uma ordem econômica que seja originária e externa a ele. Não há, segundo Irti (2015), uma normatividade natural do mercado sem a interferência de institutos jurídicos que delimitem a atuação dos agentes econômicos (IRTI, 2015, p. 13-14).

Nesse sentido, Irti (2015) assinala que a ordem jurídica do mercado ampara-se em três princípios:

- 1) que a economia de mercado, como outras estruturas similares e diferentes (coletivista, mista etc.), é *locus artificialis*, e não *locus naturalis*;
- 2) que esta artificialidade deriva de uma escolha do direito, a qual, sujeita a de decisões políticas, confere *forma* à economia e a torna, de tempos em tempos, mercantil ou coletivista ou mista, e assim por diante;
- 3) que tais decisões políticas são, por si só, mutáveis, de modo que os vários regimes da economia vêm marcados pela historicidade, e nenhum pode dizer-se absoluto e definitivo. A vontade humana é sempre capaz de fazer e desfazer, constituir e desconstituir os diversos regimes da economia. (IRTI, 2015, p. 13).

³ “*Propongo di definire il mercato come unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene a data categoria di beni. Né una singola relazione di scambio né un ‘arbitraria pluralità di esse formano un mercato, il quale sempre exige un critério unificante: un principio, capace di governar la varietà dei comportamenti e di ridurli a unità’.*” (IRTI, 2004, p. 111).

Como se verifica, Irti (2015) sustenta que a economia de mercado é pautada em *locus artificialis* na medida em que as decisões políticas e a normatividade jurídica dão forma à economia, sendo mutáveis de acordo com o espaço e tempo.

Esse pensamento é contrário ao “capitalismo na sua formação primitiva”, onde o mercado era enxergado “como um mecanismo autorregulador, do qual frutificavam ‘naturalmente’ todas as regras do relacionamento econômico” (ARAÚJO; NUNES, 2005, p. 449).

Por isso, aspectos elementares da economia, como o mercado, as empresas e as relações de trabalho, não eram objetos essenciais do sistema jurídico e do âmbito normativo (ARAÚJO, 2005, p. 449).

Do capitalismo resultava uma ordem natural e autossuficiente, afastando a necessidade de regulação normativa por meio de institutos jurídicos tendentes a consolidar regras econômicas, “pois que a arquitetura formal dos negócios poderia, dentro dessa lógica, ficar a cargo dos institutos jurídicos gerais, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade” (ARAÚJO, 2005, p. 449).

Ao contrário, no pensamento adotado por Irti, a artificialidade, a juridicidade e a historicidade afastam o naturalismo econômico, aproximando a concepção de ordem jurídica do mercado à vontade humana, que, por meio das lutas políticas e das escolhas legislativas, determina e conforma a estrutura econômica. (IRTI, 2015, p. 13 a 15).

Irti (2015) sustenta que:

Se a estrutura da economia remete às escolhas normativas, e estas ao êxito da luta política, aqui esta última revela-se como o originário fundamento, a vontade decisiva e conformadora das duas esferas. Aqui, não se trata de “encontrar” leis, que a natureza tenha dado aos homens de uma vez por todas, ou de retirá-las de outras fontes terrenas ou supra-terrenas, mas somente de *querê-las*, ou seja, descer para a arena na luta política, a fim de defender, modificar ou abolir um determinado sistema jurídico-econômico (e econômico porque pressupõe um certo regime de direito).

As decisões fundamentais, capazes de dar forma a uma ou outra economia (se os meios de produção devem estar na propriedade privada, se os acordos devem ser tutelados, se os lucros das empresas merecem proteção e assim por diante) são, justamente, atos do agir político, e não do puro conhecer, e então implicam amizade ou inimizade entre idéias e visões da sociedade. O pensamento único – a ideologia liberal, em que a esquerda e a direita parecem concordar – oculta a intrínseca politicidade de toda a estrutura econômica e vende como lei “natural” – neutra, objetiva, imparcial – aquilo que propriamente é o resultado de uma decisão. Somente este desmascaramento pode restituir à política a paixão pelas idéias e a responsabilidade pelas escolhas. (IRTI, 2007, p.49).

Assim, a politicidade da estrutura econômica deve, do mesmo modo, impactar o desenvolvimento e a eficiência da economia, na medida em que uma adequada racionalização e sistematização do direito, na visão de Weber (2004), permitem a “calculabilidade crescente do funcionamento da justiça - uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da ‘segurança de tráfico’ jurídica” (WEBER, 2004, p. 149).

Segundo Forgioni (2023, p. 239), a compreensão da racionalidade e do funcionamento do mercado sob a perspectiva jurídica conduz ao pensamento weberiano, na medida em que relaciona-se a fundamentos racionais sob aspectos selecionados e previstos que determinam ações pautadas em dados calculáveis, como se observa a partir do seguinte excerto:

A compreensão, sob a perspectiva jurídica, da racionalidade e do funcionamento do mercado obriga o estudo das lições de Max Weber. A produção das normas ou dos textos normativos pode ser *irracional*, quando não controlada pelo intelecto [por exemplo, aquelas normas ditadas por oráculos]. O processo *racional* é governado por *regras gerais*. Uma lei é racional quando, tanto do ângulo material quanto do processual, considera apenas os aspectos não ambíguos dos fatos [porque previamente selecionados e previstos]. O pensamento jurídico racional é aquele governado por fundamentos racionais [ou por normas gerais] ou aquele que “não é mágico”. O agir, então, é depurado desses elementos sobrenaturais e passa a ser baseado em *dados calculáveis*. (FORGIONI, 2023, p. 239).

Isso significa que a racionalização do direito é importante para garantir a previsibilidade e a segurança jurídica no mercado, na medida em que, paralelamente, o pacifica e permite sua ampliação, culminando no conceito de ordem jurídica legítima, o que é fundamental para a atividade econômica (WEBER, 2004, p. 161).

Essa ideia coaduna, por outro lado, o conceito de burocracia, como uma forma de organização baseada na racionalidade instrumental, que busca eficiência e maximização de resultados, também caracterizada pela divisão do trabalho, pela hierarquia de autoridade, pela impessoalidade e pela formalidade (WEBER, 2004).

Deve-se, entretanto, destacar uma possível consequência dessa visão, uma espécie de efeito colateral da racionalidade. Trata-se da crise ética do mercado e da empresa, que pode ser percebida em razão do afastamento dos valores, centrados nas ações e no processo em si, na medida em que se concentra nos resultados.

As condutas passaram a ser observadas de acordo com os seus objetivos, havendo predominância do comportamento racional guiado para atingir os fins⁴, ou seja, o mais importante deixou de ser a própria ação, mas sim o resultado alcançado com ela.

Assim, na busca para alcançar os seus objetivos, o homem se afastou de suas ações pautadas em seus valores e convicções, aproximando-se cada vez mais de ações que o conduzam a resultados, o que Weber denominou de “desencantamento do mundo”⁵.

A despeito disso, a divisão do trabalho conduz à especialização dos funcionários em tarefas específicas e à maximização da eficiência; por meio da hierarquia, fica estabelecida uma cadeia de comando clara e definida; e pela impessoalidade, as decisões são tomadas com base em regras e procedimentos formais, e não em considerações pessoais (WEBER, 2004).

Tal concepção pode, da mesma forma, amoldar-se à dinâmica do mercado, em que as empresas buscam a potencialização de seus resultados, com ampliação do lucro, cujas atividades tendem a ser especializadas e focadas em nichos determinados e cuja realidade relacional, de certo modo, segue um padrão hierárquico pautado no poder econômico, mas vinculada ao contrato que materializa as negociações e vivifica o mundo corporativo.

Na verdade, trata-se de busca por poder e dominação por meio do poder econômico, na medida em que o controle dos recursos dita a capacidade de influência nos aspectos intrínsecos da economia de mercado, como a propriedade dos meios de produção, a posse de capital e a capacidade de influenciar os preços no mercado e, conseqüentemente, a oferta e a demanda (WEBER, 2004).

No entanto, é importante destacar que os fatores sociais e políticos, como a cultura, a religião, a tradição e a política, influenciam, também, na oferta e na demanda dos produtos (WEBER, 2004), consistindo, também, mecanismos de interferência no mercado, que devem ser levados em consideração na concepção das relações negociais.

De um modo ou de outro, Weber (2004) ressalta que o mecanismo de organização eficiente do Estado e da economia moderna relaciona-se diretamente com as formas de criação, e controle da criação, dos direitos subjetivos, que classifica em “contratos de status” e “contratos funcionais”, dos quais interessa esse último, voltado ao estabelecimento de direitos e obrigações

⁴ Weber destaca que a grande diferença entre a sociedade Ocidental moderna e outras sociedades reside na predominância desse tipo de ação social voltado ao fim (LEMOS, 2005, p. 86).

⁵ “Weber qualifica como o “desencantamento do mundo” situação em que a magia e as crenças espirituais dos homens deixam de fazer parte de seu horizonte de vida”. (LEMOS, 2005, p. 87).

recíprocos entre as partes, especialmente regulando a troca de bens e serviços, com fundamento na liberdade individual e na autonomia das partes (WEBER, 2004, p. 14-66).

Weber (2004) já apontava que:

[...] a autonomia que cabe a um círculo de pessoas, em virtude de consenso ou ordem estatuída, difere também qualitativamente da simples liberdade de contrato. O limite de ambas encontra-se onde também se encontra o limite do conceito de norma, isto é, onde a ordem vigente, em virtude de consenso ou acordo racional dos participantes, deixa de ser compreendida como regra objetivamente vigente, imposta a determinado círculo de pessoas, mas se compreende como base de recíprocas pretensões subjetivas - por exemplo, o acordo entre dois proprietários de uma firma referente à divisão do trabalho, à divisão do lucro e à situação jurídica externa e interna. Revela-se aqui, claramente, a elasticidade do conceito de direito objetivo ante o conceito de direito subjetivo. Teoricamente, nossos hábitos de pensamento orientados pelo direito estatuído somente conseguem encontrar o limite entre ambos pressupondo que, na área do direito privado, o único que aqui nos interessa, se exerça autonomia nos casos em que a origem normal da regra estatuída é uma resolução, enquanto, nos casos em que um acordo entre indivíduos concretos desempenha este papel, exista para nós um caso especial de regulamento em virtude da liberdade de contrato. (WEBER, 2004, p. 41).

Portanto, na visão de Weber, a liberdade de contrato representa a aplicação subjetiva da norma geral estatuída pela ordem jurídica vigente, calcada da autonomia e na liberdade individuais.

Nessa realidade, deve-se observar as relações empresariais a partir da própria natureza da empresa, que se espera seja “compreendida pelas relações jurídicas geradas no exercício de sua atividade e, igualmente, os critérios utilizados para atribuição de responsabilidade em decorrência dos direitos, obrigações e deveres decorrentes de sua atuação no mercado” (BENACCHIO, 2020, p. 26).

O mundo corporativo é movimentado pelos contratos, assim como “o tráfico mercantil concretiza-se por meio dos contratos” (FORGIONI, 2023, p. 27). Esse instrumento propicia que uma empresa se relacione com os demais agentes econômicos formando uma massa de relações que estabelece um determinado fluxo econômico. Por meio dessas relações é que, proporcional e diretamente, a riqueza circula e a economia se expande. Em outras palavras, quanto mais relações contratuais empresariais, maior é a expansão da economia e a circulação de riquezas. O contrário é também, por consequência, verdadeiro.

Forgioni (2023, p. 25) utiliza-se do conceito de "teia contratual" como uma metáfora para descrever a complexidade das relações contratuais entre empresas que, muitas vezes,

envolvem diversos contratos interligados e dependentes de uma rede de confiança e cooperação entre as partes envolvidas. Tal complexidade exige uma abordagem mais flexível e contextualizada para o entendimento e aplicação dos contratos, devendo-se considerar não apenas as cláusulas formais, mas, também, as expectativas e interesses das partes envolvidas, assim como seus aspectos institucionais.

Nesse pensar, é importante destacar a particularidade do interesse das partes compreendidas em um contrato empresarial, ressaltando-se o objetivo principal das empresas, que é a obtenção de lucro. Tal circunstância, por sua vez, denota o fato de que as partes envolvidas na formalização do negócio jurídico são agentes econômicos presumidamente racionais que procuram, nesse sentido, maximizar os resultados. Para a empresa, quanto maior o lucro, maior é a eficiência de sua atividade.

Forgioni (2023, p. 39) ressalta o escopo de lucro de todas as partes nos contratos mercantis⁶, condição que acaba por condicionar os seus comportamentos e, conseqüentemente, a função econômica do próprio negócio, que se desenvolve de modo diverso e específico. O lucro direciona a vontade comum das partes que, por sua vez, condiciona o contrato empresarial, constituindo sua natureza e espírito. Veja-se a seguinte citação:

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no *escopo de lucro de todas as partes envolvidas*, que condiciona seu comportamento, sua “vontade comum” e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe *dinâmica diversa e peculiar*. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados.

⁶ Entende-se o contrato empresarial, mercantil ou comercial como sinônimos, seguindo a visão de Forgoni (2023, p. 22): “No Brasil, alguns acreditam que as expressões *direito mercantil*, *direito comercial* e *direito empresarial* assumiriam significados diversos. O *direito mercantil* designaria a matéria em sua primeira fase, ligada à disciplina da atividade dos mercadores medievais; *direito comercial* estaria relacionado ao segundo período, em que os atos de comércio definem os limites da disciplina, e, por fim, *direito empresarial* seria o nome atualmente correto, porque a empresa é o centro do debate. Contudo, essa distinção é estéril, pois as três expressões são sinônimas. Em todas as fases de sua evolução, esse ramo especial do direito *sempre* disciplinou a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza, fossem eles chamados mercadores, comerciantes ou empresários. O traço diferenciador dessa área do direito, e que identifica seus protagonistas, *sempre* foi o mercado escopo de lucro. [...] Há também quem entenda que as expressões “direito mercantil” ou “mercadores” seriam demasiadamente antigas. Note-se, porém, que possuem a mesma raiz da palavra “mercado”, nada podendo haver de mais contemporâneo para designar aqueles que nele atuam [...] a palavra mercado nasce do participípio passado do verbo latino *mercari*, que significa comerciar [...] Neste trabalho, as expressões direito mercantil, comercial e empresarial vêm empregadas como sinônimas, assim como contratos mercantis, comerciais e empresariais. A utilização da expressão ‘contratos comerciais’ vem, contudo, perdendo força no contexto internacional, dando-se preferência à expressão ‘contratos empresariais’”.

Dizemos que a “natureza e o espírito do contrato” comercial são condicionados pela “vontade comum” das partes, direcionada que é pelo *escopo de lucro* que grava cada uma delas. (Forgioni, 2023, p. 39).

Vale pontuar que essa característica dos contratos empresariais imprime dinâmica peculiar aos negócios pactuados, diferenciando-os dos demais tipos de contrato ao considerar que nem todos os outros visam exclusivamente ao lucro. Exemplo disso são os contratos consumeristas⁷, em que o interesse pelo lucro recai somente em uma das partes, no caso na empresa fornecedora. Na mesma direção, tratando-se de contratos civis, pode, até mesmo, inexistir o interesse pelo lucro, como no caso da doação; ou, ainda, o interesse por ele [o lucro] acontecer de forma esporádica e mitigada, a exemplo da parte da relação que se aproveita economicamente da realização de um evento dependente de um contrato de locação para que aconteça (FORGIONI, 2023, p. 39).

A própria empresa, em si e em uma concepção contratualista, também se origina de contrato⁸, que pode ser, por vezes, plurilateral, admitindo a pluralidade de partes, cada uma assumindo função e obrigação distintas com o objetivo de exploração conjunta da atividade empresarial.

Para Coase (1990, p. 115), as empresas são feixes de contratos estabelecidos para organizar as atividades econômicas visando à redução dos custos de transação para operar no mercado, tratando-se, portanto, de um arranjo funcional de perfil utilitarista.

A pluralidade de partes impõe que “todas as partes de um contrato plurilateral são titulares de direitos e de obrigações” (ASCARELLI, 1945, p. 286), sendo que cada uma delas

⁷ Referido entendimento está apoiado na corrente finalista, defendida por Cláudia Lima Marques, considerando que o destinatário final é aquele destinatário fático (que retira o bem da cadeia de produção) e, também, destinatário econômico, ou seja, o bem adquirido não será revendido, tampouco utilizado por profissional, pois, nesse caso, o bem contraído faria parte de um processo de produção e o seu preço estaria contabilizado no preço final do profissional que o adquiriu, não havendo, portanto, a destinação final do produto ou serviço. “[C]onsumidor não seria o profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede” (MARQUES, 2002, p. 254).

⁸ De acordo com o Código Civil de 1916, artigo 1.363: “celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”. O mesmo se verifica no Código Comercial de 1850 em que previa em seu artigo 300 que: “o contrato de qualquer sociedade só pode provar-se por escritura pública ou particular [...]. No Código Civil de 2002, livro II “Do Direito da Empresa”. Título II, “Da Sociedade”, o artigo 981 define que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. À guisa de esclarecimento, por vezes, neste trabalho sociedade e empresa serão tratadas como sinônimos.

“tem obrigação não para com “uma” outra, mas para com “todas” as outras; adquire direitos, não para com “uma” outra, mas para com “todas” as outras (ASCARELLI, 1945, p.287).

Desse modo, a correspondência em uma figura geométrica que defina um contrato de sociedade ou plurilateral, seria de um círculo (ASCARELLI, 1945, p. 287), em que a atuação de cada agente acabaria por interferir na própria forma do negócio jurídico.

Assim, a sociedade, uma vez constituída, “visa uma finalidade comum a todos os sócios, todos interessados na melhor realização dela; constitui um instrumento que, uma vez constituído, favorece a todos os sócios”. (ASCARELLI, 1945, p.277).

Na visão de Asquini (1943, p. 109-110), empresa é “toda organização de trabalho e capital tendo como fim a produção de bens e serviços para troca”, o que representa “um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”, motivo pelo qual “as definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado”.

Os perfis da empresa delineados por Asquini (1943) são quatro:

Perfil subjetivo: A empresa como empresário

[...]O Código Civil e as leis especiais consideram com frequência, a organização econômica da empresa pelo seu vértice, usando a palavra em sentido subjetivo como sinônimo de empresário [...].

[...].

Perfil funcional: A empresa como atividade empresarial.

[...] do ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo.

[...].

Perfil patrimonial e objetivo: a empresa como patrimônio ‘aziendal’ e como estabelecimento

O exercício da atividade empresarial dá lugar à formação de um complexo de relações jurídicas [...]; o fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante do patrimônio do empresário [...] quer dizer *patrimônio aziendal*. [...]. Com o nome estabelecimento a doutrina dominante tem ao contrário indicado mais precisamente, não o complexo de relações jurídicas [...] isto é, o patrimônio aziendal – mas o complexo de *bens* que são os instrumentos [...] para o exercício da atividade empresarial. [...].

Perfil corporativo: A empresa como instituição.

[...] segundo o perfil corporativo, a empresa vem considerada como aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores. O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. [...]

Sob esse perfil, colhe-se de outra feita o substancial significado do princípio corporativo, que considera o trabalho como sujeito e não como objeto da economia; porque se o estabelecimento pertence ao empresário, da empresa, no sentido corporativo, formam parte, como sujeitos de direito, tanto o empresário quanto os seus colaboradores. (ASQUINI, 1943, p. 114-123, grifou-se).

Mais do que isso, em verdade, a constituição de uma empresa e seus reflexos ultrapassa as figuras dos contratantes/sócios, abrangendo diversas outras partes e assumindo a forma de contrato-organização, conforme esclarece Domingues (2018, p. 474), ao afirmar que:

[...] não constam desse fenômeno apenas as partes contratantes (sócios), envolvendo e obrigando diversas outras pessoas, em especial, os empregados, razão pela qual o conceito de sociedade enquanto contrato evoluiu para contrato-organização, já que destinado a organizar pessoas e bens para a realização de um objetivo social. (DOMINGUES, 2018, p. 474).

Pode-se inferir, em síntese, que a pluralidade de pessoas conectadas pelo “contrato-organização” de Domingues (2018), transcende os fins individuais e torna-as um núcleo social organizado que age de modo orgânico e direcionado ao objetivo social, o que coaduna a visão de Asquini (1943, p. 122) sobre a empresa como instituição, que, no mesmo sentido, possui valores e condutas próprias apresentadas nas interações com os *stakeholders*⁹: o mercado (no que tange os demais agentes econômicos) e as partes interessadas, tanto internas quanto externas.

O reconhecimento da empresa como instituição¹⁰ denota a importância das relações internas da organização, não significando, todavia, a sua personificação jurídica, voltada à concretização das relações jurídicas externas, como preceituou Asquini (1943, p. 123):

O reconhecimento de uma organização de pessoas como instituição não significa personificação – nem perfeita nem imperfeita organização. Instituição e pessoa jurídica agem em direções diferentes. A outorga da personalidade jurídica a uma organização de pessoas tem, essencialmente, o escopo de se atribuir a um sujeito, diverso dos indivíduos, as relações jurídicas externas da organização. O reconhecimento de uma organização de pessoas como instituição implica somente no reconhecimento de um determinado modo de ser, das relações internas entre os componentes da organização, em relação a um fim comum. Certamente, quando uma organização de pessoas é elevada, pelo direito, ao grau de pessoa jurídica, o fenômeno da personalidade pode

⁹ Segundo Nalini (2011, p.384) *stakeholders* são “*partes interessadas* [que são afetadas pela atividade empresarial ou afetam a empresa de algum modo], aqueles que têm real empenho em que a empresa tenha um percurso exitoso e não se resumem aos consumidores. São os acionistas, os empregados, os clientes, os parceiros, os fornecedores, a comunidade, os governos, os órgãos reguladores e, com intensidade cada vez maior, os grupos com preocupações específicas, como os ambientalistas. O principal é que esses personagens têm sido ouvidos e atendidos em suas expectativas”. (NALINI, 2011, p. 384).

¹⁰ Asquini esclarece que: “a noção de “instituição” foi elaborada pela ciência do direito público, na Itália, especialmente por Romano, e anteriormente, na Alemanha, por Gierke, na França por Haurius. Instituição é toda organização de pessoas –voluntária ou compulsória- embasada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum. Cada instituição cria no seu interior um ordenamento elementar que ainda que reconhecido pelo ordenamento jurídico do Estado, que é a instituição soberana, pode por sua vez considerar-se como um ordenamento jurídico de grau inferior”. (ASQUINI, 1943, p. 123).

absorver aquele da instituição, é uma vida interna que por si mesma não implica, de nenhum modo, personificação. (ASQUINI, 1943, p. 123).

Apesar da personificação jurídica da empresa ser de ordem externa, ela pode absorver o aspecto institucional, de ordem interna, inobstante o fato de que, enquanto instituição, tratam-se das relações entre as pessoas que compõem o núcleo empresarial e que, fundidas, assume de modo orgânico características próprias. É o modo de ser interno que é refletido para fora. Por isso, a declaração de valores e missão em uma empresa, ao mesmo tempo que orienta toda a organização, serve como fator de caracterização perante a terceiros.

A empresa, como instituição, é um fenômeno econômico que supera os fins individuais do empresário e dos empregados, almejando a conquista de resultado produtivo que seja socialmente útil (ASQUINI, 1943, p. 124).

Nessa realidade, a atuação dos administradores, considerada a sua capacidade de influência interna e de exercício do poder hierárquico, é de maior responsabilidade, eis que a empresa deve, também, cumprir a sua função social, que deriva da noção da função social da propriedade (artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, da Constituição Federal brasileira).

Isso se deve em decorrência da função social da empresa estar atrelada àquele que detém a propriedade e o domínio dos bens de produção, o sujeito “titular do controle” (COMPARATO, 1986, p. 76). Nessa mesma direção entende Domingues (2018, p. 482), que leciona: “a função social da empresa vincula-se ao poder de controle para que, através dele a propriedade dos bens de produção realize sua destinação social” (DOMINGUES, 2018, p. 482).

Retomando Comparato (1986, p. 75), realizar a função social da propriedade trata-se do exercício de um poder-dever positivo exercido no interesse da coletividade, o que não se confunde com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios, que são limites negativos aos direitos do proprietário, ou seja, um poder-dever de não cometer abuso, nem desídia desse direito individual, além de não lesar a terceiros.

Seguindo a lição de Comparato (1986, p. 77), “quando os bens de produção acham-se incorporados a uma exploração empresarial, [...] a discutida função social já não é um poder-dever do proprietário, mas do controlador.

Pode-se dizer que, de modo equivalente, na execução de contratos empresariais, a responsabilidade pelo controle da destinação social é compartilhada entre os gestores dos contratantes. A eles incumbe o acompanhamento da execução contratual, verificando se as

obrigações fiscais e trabalhistas estão sendo obedecidas, se o cronograma pactuado está se desenvolvendo no tempo acordado, além de outras medidas de controle e correção. Enquanto o administrador direciona a empresa como um todo ao seu objeto e em atendimento à função social, o gestor contratual, desempenha suas atribuições monitorando e corrigindo o percurso do contrato até sua satisfação final, em benefício das empresas parceiras e dos próprios *stakeholders*.

Ao gestor empresarial, portanto, incumbe a destinação social, o que implica maior responsabilidade a ele, eis que, além das relações internas que devem ser objeto de suas ações, recaem novos deveres perante terceiros, conforme esclarece Ribeiro (2006, p. 176):

O reconhecimento da empresa como instituição e sua função social implicam novos deveres aos administradores e, portanto, maior responsabilidade. Se anteriormente, nas suas relações meramente privadas e internas com acionistas, já eram identificados problemas, a tendência é o agravamento das tensões com os novos deveres perante terceiros (RIBEIRO, 2006, p. 176).

Em parênteses e em complementação, deve-se observar que a celebração de contratos e o desenvolvimento da atividade empresarial e da empresa em si relacionam-se diretamente com o exercício do direito de propriedade e, por isso, devem seguir os princípios que ela subordinam, especialmente o atendimento da função social.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira, ao mesmo tempo em que estabelece o direito de propriedade como um direito fundamental¹¹, determina que a propriedade deve atender sua função social¹². Da mesma forma, a função social da propriedade é um princípio que rege, também, a ordem econômica¹³. Portanto, a função social é um princípio que condiciona o exercício do direito de propriedade em todos os seus aspectos, em especial aqueles relacionados ao mercado, dos quais se destacam a empresa e os contratos empresariais.

Não por menos, o Código Civil brasileiro (parágrafo único do artigo 2.035) estabeleceu a impossibilidade de qualquer convenção, dentre elas a empresa e os contratos, prevalecer no caso de contrariar preceitos de ordem pública, como expressamente elenca a função social da propriedade e dos contratos. Veja-se:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

¹¹ Nos termos do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal brasileira.

¹² Nos termos do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal brasileira.

¹³ Conforme o artigo 170, inciso III, da Constituição Federal brasileira.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (Grifou-se).

Portanto, o estudo da função social da propriedade se aproveita igualmente à função social da empresa e dos contratos.

Vale rever a lição de Asquini (1943), concluindo que “o fenômeno econômico da empresa projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimônio do empresário”. (ASQUINI, 1943, p.118).

Asquini (1943) referencia, seguindo essa linha, o patrimônio aziendal da empresa (azienda), “resultante de um complexo de relações *organizadas* por uma força em movimento – a atividade do empresário – que tem o poder de desmembrar-se da pessoa de empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico [...] [surgindo] como uma entidade dinâmica e não estática” (ASQUINI, 1943, p. 119), abrangendo não somente os bens materiais e imateriais da empresa, mas também as relações internas e externas estabelecidas com outras empresas, agentes econômicos e com a sociedade em geral.

Por sua vez, a azienda, ao ser compreendida sob o perfil patrimonial e objetivo e, de modo mais amplo, sob o perfil institucional, deve ser direcionada ao fim comum da empresa-instituição, que é “a conquista de um resultado produtivo, socialmente útil, que supera os fins individuais do empresário (intermediação, lucro) e dos empregados (salário)” (ASQUINI, 1943, p. 124).

Em outras palavras, as relações patrimoniais e jurídicas da empresa, das quais destacamos os contratos empresariais, deve buscar um resultado socialmente útil, ou seja, deve atender a uma função social que contemple o bem comum, o interesse da coletividade como um todo.

O pensamento de Grau (1981, p. 121 e 128) coaduna essa visão sobre a função social da empresa, que nela enxerga o exercício dinâmico da propriedade dos bens de produção regulado em razão do fim a que socialmente se destina, circunstância que faz aflorar a substancialidade originária do princípio da função social da propriedade, como se observa:

O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na

verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*. (GRAU, 2010, p. 243).

[...]

O exercício da propriedade, - considerada no seu momento dinâmico – é, pois, função. Não se trata de tentar substituir a idéia de *poder*, que repousa, no caso, no direito subjetivo, por uma idéia de *dever*, que está na função; trata-se, simplesmente, de compreender que a propriedade deve ser examinada em *dois momentos distintos*: um, o momento estático, quando ela é regulada em termos de pertença ou pertinência – e aí é faculdade que se pode transmutar em ato em decorrência de permissão jurídica, é poder; outro, o momento dinâmico, em que regulada em razão do fim a que socialmente se destina. (GRAU, 2010, p. 249).

Todavia, há se ressaltar a distinção entre o poder de controle e a propriedade em si, que pode gerar certa confusão, especialmente, na medida em que há proximidade ou distanciamento entre esses dois institutos. O poder de controle representa a materialização dos deveres que decorrem da função social da empresa, por consequência da função social da propriedade dos bens de produção. Nesse alinhamento, Domingues (2018, p. 482) leciona que:

Quando os bens de produção se inserem em uma organização empresarial, eles se transmudam em poder de controle, isto é, na prerrogativa de comando e direção da empresa como um todo, compreendendo pessoas e bens. No entanto, não se pode confundir poder de controle com propriedade. O certo é que a função social da empresa decorre da função social da propriedade dos bens de produção, e o poder de controle representa sua expressão, sua concretude, a realização dos deveres, negativos e positivos, dela decorrentes.

[...]

[...] o poder de controle cada vez mais está se dissociando da propriedade, à medida que a lei permite que o controle seja exercido de outras formas que não pela exata correspondência entre o poder de comando e o capital investido, cindindo-se a proporção entre o risco do capital e o poder exercido na condução dos negócios empresariais. (DOMINGUES, 2018, p. 482).

É o detentor do poder de controle, na empresa, o responsável e quem tem o dever de realizar a função social dos bens de produção, devendo fazê-lo em benefício de outrem, de modo positivo, e não de modo negativo, no sentido de não exercer o poder para prejudicar. Trata-se de obrigação prestacional de fazer, e não de não fazer, como afirma Grau (2010, p. 250):

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário — ou a quem detém o poder de controle, na empresa — o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos — prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer [...]. (GRAU, 2010, p. 250).

O exercício do poder de controle dos bens de produção voltado à concretização da função social da empresa justifica e legitima, em última análise, o direito de propriedade em si (GRAU, 2010, p, 251).

Nesse sentido, é possível afirmar que o conceito de propriedade, a propriedade privada em si, foi relativizado com sua inclusão como princípio na Ordem Econômica constitucional brasileira em 1988, pois foi submetido aos ditames da justiça social. Ela, propriedade, somente se legitima, portanto, quando cumpre uma função que concretize, ou seja direcionada, a justiça social, conforme Silva (2003, p. 788):

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social. (SILVA, 2003, p. 788).

Com destaque, portanto, temos que o exercício da atividade empresarial, que parte do pressuposto do domínio dos meios de produção, se concretiza especialmente a partir das relações jurídicas com os demais agentes econômicos (azienda). Tais relações são efetivamente registradas no âmbito empresarial por meio de contratos que, por fim, devem cumprir conjuntamente, a função social (da propriedade, da empresa e dos contratos).

Nesse esteio, o Código Civil brasileiro cuidou de estabelecer a função social como um fator de limitação à liberdade contratual (artigo 421), o que também foi fixado na Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), que dispôs (artigo 3º, inciso VIII) sobre a garantia de livre estipulação dos negócios jurídicos empresariais, com aplicação subsidiária das regras de direito empresarial em relação ao contrato, exceto em relação às normas de ordem pública, como é o caso da função social (artigo 2035, p.ú., do Código Civil brasileiro).

Vale, também, observar a obrigatoriedade de atendimento às exigências do bem comum e dos fins sociais a que se dirigem as leis quando de sua aplicação pela jurisdição, como expresso no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Vejam-se os excertos legais:

Código Civil brasileiro

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Lei de Liberdade Econômica

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...];

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

[...].

LINDB

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Verifica-se, é bem verdade, a falta de mandamentos legais infraconstitucionais que estabeleçam a obrigação positiva que vá ao encontro da função social da empresa e do contrato. Somente a Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976) concretiza legalmente o dever de concretude da função social pelo administrador e pelo detentor do poder de controle (artigos 116, p.ú., e 154), carecendo-se de regulação nessa direção os demais tipos societários e empresariais. Veja-se o extrato dos dispositivos mencionados:

Lei de Sociedades Anônimas

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

[...].

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

[...].

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

[...].

No caso das sociedades anônimas, a lei determina que o acionista controlador deve cumprir a função social da companhia, condicionando o exercício do administrador na direção dos fins e interesses da companhia à satisfação do bem público e da função social da empresa. A ausência de leis reguladoras que indiquem a obrigação positiva da concreção da função social da empresa em relação aos demais tipos societários além das sociedades anônimas malfez, por consequência, a aplicação do instituto aos contratos empresariais de um modo geral.

Somando-se a isso, temos que, com a sanção da Lei de Liberdade Econômica, em 2019, o *caput* do artigo 421 do Código Civil brasileiro foi alterado, suprimindo-se a dicção original da

cláusula geral de contratos, que condicionava o exercício da liberdade de contratar em razão e nos limites da função social. Observe-se o texto original do artigo 421 do Código Civil brasileiro aletrado: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Assim, a alteração legal permite, da mesma forma, a falsa interpretação de que os contratos, em especial os empresariais, não devem cumprir a obrigação positiva de concretizar sua função social, que consistiria, tão somente, um fator limitador das avenças, uma obrigação de não fazer. Todavia, ressalte-se, essa não deve ser a melhor interpretação, eis que a aplicação da lei deve ser conforme a Lei Maior, da qual foram destacados anteriormente os dispositivos aplicáveis.

Nesse sentido, Comparato e Salomão Filho esclarecem que:

No Brasil, a ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 132-133).

A própria Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) constitui um mecanismo de proteção da empresa e de sua função social, na medida em que é declarado legalmente o objetivo da recuperação judicial, voltado a viabilizar a superação da crise econômico-financeira para que se permita a manutenção da atividade empresarial e, conseqüentemente, dos empregos dos trabalhadores, dos interesses creditícios, preservando a empresa e, especialmente, sua função social, além de estimular a atividade econômica. Veja-se o artigo 47 da Lei:

Lei de Recuperação de Empresas

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nessa direção, vale a menção ao emblemático julgado da MM. Juíza de Direito, à época, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital de São Paulo, Dra. Renata Mota Maciel, que atuou no caso da recuperação judicial da empresa Varig Logística S/A, conforme se extrai do trecho de sua decisão, em outubro de 2009:

Diante desse quadro, entendo deva prevalecer o princípio da preservação da empresa, sobretudo pelo interesse social em jogo, com destaque para a manutenção do emprego, ao passo que o plano apresentado, com as alterações discutidas na assembleia (fls. 128/138 do incidente n. 40) dispõe de maneira ampla sobre os projetos de reestruturação da companhia, com o pagamento dos credores de acordo com cronograma minuciosamente estabelecido, ressaltando-se a ampla discussão travada com seus credores ao longo das assembleias, e que deixou à mostra a viabilidade do plano, com base em resultados operacionais e observado o fluxo de caixa real e o projetado. (Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100. Decisão proferida em: 05/10/2009. Disponibilizada em: 22.10.2009, grifou-se)¹⁴.

Seguindo o princípio da preservação da empresa, como visto no julgado acima, Forgioni (2023) destaca a importância, especialmente no direito societário e falimentar, em se proteger o “núcleo aglutinador em torno do qual se dá a atividade econômica” (2023, p. 315), ressaltando, desse modo, a importância de preservação e da proteção da empresa ao reconhecê-la como agente econômico que gera desenvolvimento social:

Doutrina e jurisprudência, *ad uma voce*, reconhecem que a empresa é um agente econômico cuja atividade traz riqueza, empregos, pagamento de impostos etc., gerando desenvolvimento aproveitado por toda a sociedade. Essa diretriz, especialmente importante nas áreas do direito societário e falimentar, *protege o núcleo aglutinador em torno do qual se dá a atividade econômica*. (FORGIONI, 2023, p. 315).

Todavia, há se ressaltar o fato de que a empresa, ao mesmo tempo em que deve cumprir o pressuposto normativo da função social, como já visto, deve assumir a amplitude e abrangência do que se denomina responsabilidade social, especialmente no que diz respeito à capacidade de conhecer os interesses dos *stakeholders* e incorporá-los ao seu planejamento, de forma a atendê-los também, além dos interesses dos acionistas ou proprietários. Relaciona-se, igualmente, ao compromisso de uma ação ética e sustentável para além do lucro, considerando os impactos que sua atividade pode gerar na sociedade (DE LUCCA, 2009, p. 328-329).

A responsabilidade social da empresa vai além da mera promoção de ações sociais, assumindo “proporções muito maiores, pois seu dever, além de ter natureza ética, tem supedâneo [...] na própria ordem jurídica. Para que ela seja bem cumprida, deverá ser concebida tanto em sua dimensão interna [em relação aos empregados e outros colaboradores] quanto externa [em relação aos consumidores, outras empresas, comunidade etc] ” (DE LUCCA, 2009, p. 330).

¹⁴ BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100. Falido: Varig Logísticas S/A. Juíza: Dra. Renata Mota Maciel. Decisão proferida em: 05.10.2009. Disponibilizada em: 22.10.2009.

De Lucca (2009, p. 326) pontua que apesar de haver discussões sobre o sentido e o alcance das expressões "função social" e "responsabilidade social" das empresas, “seria uma completa insensatez separá-las da ideia de que os empresários chamados a cumpri-las deverão, necessariamente, praticar uma série de atos tendentes ao favorecimento e ao amparo da comunidade na qual e para a qual essas empresas atuam”. (DE LUCCA, 2009, p. 327).

De Lucca (2009, p. 328-329), nesse sentido, leciona que:

[...] cumprir uma função social implica assumir a plenitude da chamada responsabilidade social, vale dizer, a consciência de que todos nós temos, em maior ou menor grau - como cidadãos, em geral, ou como empresários, em particular o indeclinável dever ético de pôr em prática as políticas sociais tendentes a melhorar as condições e a qualidade de vida de todos os nossos semelhantes. (DE LUCCA, 2009, p. 328-329).

Domingues (2018, p. 499) entende que função social e responsabilidade social são aspectos distintos que decorrem, o primeiro, do caráter normativo-jurídico e, o segundo, do caráter ético, resultante de uma regra de conduta social, afirmando que “a função social representa efetivamente uma obrigação legal, um princípio jurídico, enquanto que a responsabilidade social traduz uma norma ética, uma regra de conduta social”.

Nesse alinhamento, Domingues (2018) esclarece o seguinte:

[...] a solidariedade social deve ser entendida como regras éticas acolhidas no seio empresarial, como uma ideologia, uma cultura. Inserida no campo da ética, a solidariedade social tem uma vinculação obrigacional dependente, hoje, de comandos internos através da adoção de regras inseridas nos documentos societários e, principalmente, nos códigos de ética empresariais que vêm sendo adotados pelas sociedades, anônimas e/ou limitadas, como valores e missão a serem alcançados por aquela organização, variando caso a caso.

A função social, em contrapartida, resume uma obrigação legal vinculada à observância, ao respeito e à realização dos interesses dos *stakeholders* no exercício do poder de comando dos bens de produção em empresa, com expressas previsões no direito positivo brasileiro. (DOMINGUES, 2018, p. 499).

A responsabilidade social, portanto, na visão de Domingues (2018, p. 499) é “uma regra comportamental, segundo a qual as sociedades [diz-se das sociedades empresariais] e as pessoas que nelas trabalham devem se comportar, por ser a ação moralmente correta”.

Pode-se dizer da realidade ideal da empresa em que se verifica a integração entre o desempenho das atividades (conduta) pelos empregados, colaboradores e controladores e os valores e princípios éticos, o que significa redução de custos de monitoramento, em razão da motivação positiva para o trabalho e o conseqüente aumento de produtividade (DE LUCCA, p. 339-340).

A responsabilidade social materializada pela internalização de valores morais e éticos na empresa é uma nota que se traduz em retorno econômico e sustentabilidade da própria atividade empresarial. Nas palavras de De Lucca (2009, p. 339), “uma organização que partilha valores comuns e assume regras de funcionamento com marca ética é mais eficiente economicamente e sobrevive melhor no mercado”.

Nessa linha, Benacchio e Camargo (2019) correlacionam o tema às questões econômicas e jurídicas que, emaranhadas, “induzem a formação da vontade social e aquilo que a empresa encara como sua função social ou sua responsabilidade social” (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 139), pontos de convergências e divergências semânticas concebidos sob o aspecto ético que podem decorrer dos impactos econômicos, portanto passíveis de serem analisados sob a ótica do dilema da agência, no âmbito da teoria da agência.

A Teoria da Agência, um conceito das ciências econômicas, “pressupõe a escolha racional, identificada como aquela que, dentro de um leque de opções possíveis, o agente com preferências estáveis, sempre optará pela alternativa que maximize suas chances de melhor atingir suas próprias metas” (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 139).

Mas há um paradoxo entre os interesses do agente e do principal que caracterizam o dilema da agência, que “surge quando o bem-estar de uma parte, designada como principal, depende das ações tomadas por outra, chamada de agente. O cerne da questão é motivar o agente a atuar no interesse do principal ao invés de atuar motivado exclusivamente por seu interesse próprio” (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 139).

Como a informação que o principal possui é incompleta em relação à do agente, eis que este, por atuar diretamente nas atividades organizacionais, possui informações mais qualificadas, há assimetria informacional. Tal condição não permite que o principal consiga assegurar, sem custos de monitoramento (custos de agência), que o agente cumpra o contrato, o que pode gerar incentivo para que atue de maneira oportunista. Benacchio e Camargo (2019, p. 141) corroboram a afirmativa da seguinte forma:

[...] o principal não consegue se assegurar facilmente que o adimplemento do agente é exatamente aquilo que prometeu e, por conseguinte, o agente dispõe de um incentivo para agir de maneira oportunista, o que implica na redução do valor do adimplemento da obrigação pelo agente ou, indiretamente, porque para o principal se assegurar da qualidade do adimplemento da obrigação pelo agente, precisa aquele assumir um monitoramento custoso do agente. Este problema pode surgir, dentre outros aspectos, nas situações que envolvem conflito entre a empresa, incluindo seus proprietários, e outras partes com quem ela se relacione, como credores, empregados e consumidores. Nessa hipótese, a dificuldade estará em assegurar que a empresa, como agente, não se

comportará oportunisticamente em relação a todos esses vários principais, expropriando seus credores, explorando trabalhadores e enganando consumidores. (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 141).

Outro aspecto a ser considerado é a multiplicidade de principais, ou suas preferências heterogêneas. Quando há uma quantidade mais expressiva de principais, há necessidade de geração de custos com sua coordenação, o que pode inibir a sua atuação coletiva e conduzir à delegação de seu processo decisório aos agentes, exacerbando, com isso, o dilema da agência (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 142).

É nesse alinhamento que as ações de responsabilidade social tangenciam a realização da função social da empresa, pois o principal tende a oferecer maior compensação ao agente quando estiver seguro da qualidade e honestidade do adimplemento, muitas vezes demonstrado pelo fato de que *stakeholders* “passam a deixar às empresas a concretude de questões voltadas ao desenvolvimento sustentável e, em dada medida, alguns aspectos da proteção aos direitos humanos, recolhendo-se à posição de principais do dilema da agência” (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 142)..

Tal condição promove, em certa medida, o esmaecimento dos conflitos latentes entre a atividade empresarial e a promoção do desenvolvimento humano e sustentável, reduzindo os custos econômicos e representando, portanto, vantagens à empresa, “pois os recursos vertidos às ações de responsabilidade social diminuem as tensões entre a empresa (agente) e os stakeholders (principais) e lhes fideliza aos seus produtos e serviços” (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 142).

Diante disso, as empresas “conseguem diminuir a ação estatal sobre sua atividade em relação a uma possível imposição externa da sua função social e ganham autonomia para ajustar suas práticas de responsabilidade social aos seus negócios e mercados, favorecendo, a um só tempo sua reputação e posição de competição” (BENACCHIO; CAMARGO, 2019, p. 143) e, consequentemente, maior eficiência empresarial.

Nalini (2012, p. 385) expõe sobre a imagem que as pessoas constroem da empresa, vinculada ao conceito de responsabilidade social:

[...] A impressão que as pessoas têm da empresa está vinculada ao conceito de responsabilidade social. Ou seja, a empresa não tem apenas de procurar o lucro. Precisa também exercer o seu papel social. Ela é um agente produtor, dela dependem muitas pessoas e ela interage com o meio em que atua. Não pode permanecer alheia às transformações que afetam a sociedade. (NALINI, 2012, p. 385).

Eficiência e ética, sob a dimensão da responsabilidade social, portanto, são aspectos que se influenciam mutuamente, quando aplicados à empresa. É o que corrobora De Lucca (2009, p. 333):

Na busca de eficiência e excelência empresarial, parece não ser mais satisfatória a tradicional alquimia do cálculo custo-benefício com o aumento da produtividade e a ampliação das vendas no mercado. Os critérios de avaliação do sucesso começam a incorporar dimensões que vão além da organização econômica e que dizem respeito à vida social, cultural e à preservação ambiental.

Pode-se dizer que a eficiência não é só “fazer as coisas bem, segundo as regras do mercado, mas é ‘fazer as coisas boas’” segundo princípios éticos”. (DE LUCCA, 2009, p. 333).

Note-se, nessa direção, que a função social da empresa, realizada em um espectro mais amplo que é o da responsabilidade social, alinhada à eficiência da atividade empresarial conduzem à adoção da governança organizacional, especificamente a governança corporativa, no caso da empresa, o que contribui para a sua sustentabilidade e longevidade.

Isso porque essa dimensão ética, quando aplicada no contexto da governança corporativa, refere-se ao conjunto de práticas, regras, processos e estruturas que são estabelecidos para o bom funcionamento e administração das empresas.

O objetivo da governança corporativa é garantir a transparência, responsabilidade e eficiência no gerenciamento das organizações, protegendo os interesses dos acionistas, colaboradores, clientes e demais partes envolvidas. Ela engloba questões como a definição de responsabilidades e papéis dos gestores, a adoção de políticas e mecanismos de prestação de contas, além da criação de estruturas de controle e monitoramento internos (IBGC, 2023).

Até aqui, portanto, verificou-se que as interações no mercado exigem das empresas, além da efetivação de seu fim econômico, a concretização da função social; e que, em um ambiente de competição, a responsabilidade social representa um mecanismo de realização desses dois aspectos. A prática da governança corporativa, nessa realidade, busca sistematizar as atividades de gestão em processos e estruturas capazes de garantirem a eficiência da empresa em seu ambiente interno e externo, em benefício de todos os envolvidos

Por sua vez, independentemente da visão contratualista ou institucional da empresa, é inegável que a concretização da atividade empresarial propriamente dita, segundo o seu ramo de atuação, não acontece isoladamente. A empresa não é autossuficiente, ela depende do desenvolvimento de relações com agentes externos.

No contexto social contemporâneo, em um mundo pós-moderno, deve-se considerar que as demandas se tornam cada vez mais urgentes em razão da satisfação das necessidades individuais e coletivas serem colocadas em primeiro plano.

Em razão disso, a terceirização das atividades empresariais é inevitável, pois decorrem da necessidade de especialização e de ramificação da atuação da empresa em um ambiente colaborativo e de competição, consistindo uma forma de reduzir custos de transação e atender as demandas do mercado no menor tempo e com a maior qualidade possível.

Por isso, as relações jurídicas contratuais empresariais são potencializadas e massificadas, eis que grande parte dos negócios empresariais não se restringem ao contexto da empresa, isoladamente, e do consumidor final. Ao contrário, assim como o mercado, as relações contratuais empresariais são cada vez mais complexas, envolvendo diversos agentes econômicos para tornar perfeita a cadeia de produção, distribuição e consumo de bens e riquezas.

O contrato se confunde com a empresa.

Portanto, as dimensões realizadas no ambiente empresarial devem, também, serem concretizadas no microuniverso dos contratos. Todos os aspectos relacionados à função/responsabilidade social e à aplicação dos princípios da governança corporativa nas empresas, devem ser aplicados na concretização dos negócios jurídicos contratuais empresariais.

Anote-se, nesse sentido, que a Lei nº 13.874/19, já citada anteriormente, alterou o artigo 421 do Código Civil de 2002 para suprimir a função social como fundamento da liberdade contratual, mantendo-a como fator de limitação, e destacar o princípio da intervenção estatal mínima nas relações contratuais privadas.

Portanto, a lei civil brasileira garantiu a autonomia privada das partes em contratar e estabelecer os termos das avenças, direito esse que deve sofrer a limitação da função social, não se olvidando outras questões de ordem pública, a exemplo da subordinação à legalidade.

Com esse escopo, conquanto, os contratos devem atender aos requisitos de validade do negócio jurídico e, especialmente, não lesar direitos de terceiros, nem constituir fatores de detração da ordem econômica.

Como já dito, contrato e empresa são institutos mutuamente derivados, o que permite afirmar que a função social da propriedade privada relacionada à empresa, ou seja, vinculada ao patrimônio azial e portanto aos contratos empresariais, como princípio da ordem econômica,

deve atender aos preceitos constitucionais com o fim de assegurar a todos existência digna, sob os ditames da justiça social. Esse é o mandamento do constituinte brasileiro de 1988.

Além disso, têm-se que o fundamento da ordem econômica é a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. O entendimento sobre o significado de “trabalho humano”, por sua vez, não deve ser restrito a vínculos de subordinação e não eventualidade em relações trabalhistas *stricto sensu*, mas de modo amplo, deve abranger o direito ao trabalho em si, como forma de expressão do direito ao desenvolvimento humano por meio de qualquer atividade laboral, a exemplo da atividade empresarial desenvolvida pelo empresário, como empreendedor.

Daí a proteção dos dois institutos em conjunto, conjugados aos princípios estabelecidos nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal brasileira.

Por isso, disposições contratuais que operem contra a dignidade do trabalho e contra a livre iniciativa, a exemplo do exercício da concorrência desleal ou relações contratuais empresariais que infrinjam a livre concorrência também sofrem limitação e controle estatal.

Além disso, deve-se observar que, apesar de dispor a lei civil sobre fatores de limitação ao contrato, isso não significa que a função social não deva constituir linha programática das relações contratuais. Portanto, é dever do Estado estabelecer ambiente jurídico propício à consecução da justiça social na execução dos contratos. E, nessa linha, a efetiva execução da avença e o atingimento do objeto pactuado é a expressão de efetividade da função social do contrato empresarial, na medida em que garante a atividade econômica, por meio da livre iniciativa, e permite a valorização do trabalho, com a higidez da empresa.

Em razão disso, qualquer método concentrado nos princípios de governança organizacional, focada na satisfação de todos os envolvidos (agentes internos e externos) por meio da eficiência da empresa, e direcionado à concretização dos contratos deve ser interpretado em favor da realização da função social.

É nessa direção que atuam os *Dispute Boards*, especialmente em contratos empresariais que sofrem a interferência de diversas variáveis que expõe a consecução do objeto pactuado a risco.

1.2 Contrato empresarial complexo: as incertezas e os riscos na consecução do objeto

A atividade de formação dos contratos decorre da necessidade de se prever no instrumento jurídico todas as especificidades da relação negocial, como condições de adimplemento das obrigações, formas de execução do objeto, possibilidades de resolução etc. Quanto mais completos e ajustados forem os contratos, mais segura e estável será a execução do negócio.

No entanto, a complexidade do objeto a ser contratado implica diretamente a complexidade do instrumento jurídico a ser celebrado pelas partes. Quanto mais imprevisível, fracionado e prolongado no tempo o desenvolvimento do objeto, mais lacunas tendem a existir na concepção dos termos da avença.

Contratos coligados e acessórios tendem a compor os negócios jurídicos para reger objetos de maior complexidade, mas sem afastar a possibilidade de um único contrato o fazer. Aliás, em contratos administrativos não há previsão expressa da conexão, o que depende de previsão clausular para cada caso.

Eggleston, Posner e Zeckhauser (2000, p. 31) compreendem a complexidade contratual como um conceito multidimensional que só pode ser observado a partir do ambiente da própria contratação e sob três dimensões: (i) a quantidade esperada de contingências relevantes para o adimplemento das obrigações especificadas no contrato, (ii) a exposição das obrigações contratuais a variações, considerando sua magnitude e capacidade de afetar a continuidade da execução e (iii) a carga cognitiva necessária para a compreensão do contrato.

No caso do primeiro aspecto dimensional, o contrato será mais complexo quanto mais contingências relevantes forem previstas, significando que mais incidentes poderão ocorrer na execução do objeto contratado, da mesma forma que eventos não previstos poderão acontecer. Se previstos os eventos, há possibilidade de quantificá-los e estabelecer condutas para o tratamento adequado, no entanto, se acontecerem sem terem sido contingenciados previamente, haverá necessidade de revisão das ações durante a execução do contrato para reordenar o seguimento do objeto.

Isso porque, a imprevisibilidade e o acontecimento de fatos extraordinários ou até previsíveis, porém, não antevistos pelos contratantes no momento da celebração contratual, podem alterar a conjuntura em que a avença fora firmada. Nesse sentir, Zylbersztajn (2002,

p.130-131) acredita que quase não existam contratos completos, pois “os contratos definidos entre os agentes econômicos são incompletos, uma vez que não existe a capacidade de antecipar todas as contingências futuras”.

Forgioni (2023, p. 61) entende que a completude contratual é utópica, pois os “contratos são, por natureza, incompletos e maior sua complexidade, mais as lacunas far-se-ão sentir”, assumindo-se, assim, a existência de uma “necessária incompletude em qualquer relação de cooperação entre dois ou mais sujeitos” (FORGIONI, 2023, p. 61). Trata-se, portanto, de uma característica do contrato em si.¹⁵

Essa assertiva conduz à segunda dimensão da análise da complexidade, que é o grau de variabilidade e a sua magnitude em relação ao objeto. Da mesma forma, quanto mais instáveis e imprevisíveis, sujeitas a condições externas que independem das partes, forem as etapas planejadas, maior será o grau de complexidade, que é igualmente impactado se houver expectativa crescente da magnitude do evento, condição potencializada pelo decurso do tempo, gerador de mais instabilidade.

No mesmo sentido, considerando que a passagem do tempo durante a relação contratual, em grande parte das vezes, altera substancialmente as circunstâncias nas quais as partes se encontram, as previsões contratuais – ainda que eficientes quando da formulação dos instrumentos pactuais – tendem a se tornar ineficientes, o que recomenda a adoção de normas legais conformadoras de marco jurídico ensejador de eficiência, desde que uniforme e previsível. (TRINDADE, 2021, p. 86).

Assim, a atividade de elaboração do instrumento contratual deverá observar todas as contingências possíveis e previstas, o que, paradoxalmente, torna mais complexo e suscetível à incompletude o termo, além de aumentar a dificuldade de entendimento e de descrição objetiva dos eventos e ações a serem previstas. Quanto mais contingências, maior será a carga cognitiva necessária para a compreensão do contrato.

Paralelamente, a limitação cognitiva dos indivíduos representa uma das razões para os custos de transação¹⁶, eis que o processo de obtenção de informações tem custos, o que está

¹⁵ Com relação à definição de contratos completos, de acordo com Nicita e Scoppa (2005, p. 17), tratam-se daqueles em que se “estabelece, para cada possível situação atual e futura, as obrigações recíprocas das partes quanto às prestações e pagamentos” e o “respeito a essas obrigações [*enforcement*] é assegurado pela capacidade de verificação de uma autoridade externa [um juiz ou tribunal] e pela possibilidade de impor sanções às partes eventualmente inadimplentes” (NICITA; SCOPPA, 2005, p. 17).

¹⁶ A existência dos custos de transação passou a ser questionada a partir da escola do *Law and Economics* e os princípios da Nova Economia Institucional, oferecendo uma nova visão à necessidade de um sopesamento entre fatores tais como os custos advindos da racionalidade limitada, comportamento oportunista, assimetria de

relacionado diretamente à incompletude dos contratos, em especial dos contratos complexos (FREITAS ROSA, 2022, p. 194). Nesse sentido, um contrato que, por ventura, considere todas as contingências possíveis é custoso, conforme assevera Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo (2005, p. 109-110).

A Teoria dos Contratos Incompletos: com base no fato de que o desenho de contratos que considerem todas as contingências possíveis é custoso, a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas a posteriori. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 109-110).

Nessa linha, Gil (2007, p. 31) corrobora o entendimento caracterizando um contrato como complexo quando (i) há “elevado grau de incertezas, ou elevado número de contingências, quanto a seu cumprimento ou fruição das utilidades nele, contrato, previstas”, (ii) há “dispersão ou variabilidade entre a magnitude das prestações e contraprestações na dinâmica ou fluxo de seu cumprimento (caso típico dos contratos cuja consecução do objeto contratual se desenvolva em ambiente de risco, ou aleatoriedade)” e (iii) “quando o entendimento do conteúdo contratual demande conhecimento amplo ou profundo” (GIL, 2007, p. 31).

As contingências e as incertezas que afetam o cumprimento da avença acontecem somente em contratos diferidos, quando a execução está sujeita a variáveis e incertezas pelo decurso do tempo, no futuro, gerando riscos contratuais que devem ser levados em consideração. Nessa visão, o contrato deve ser observado como um organismo vivo, que acontece de forma dinâmica (GIL, 2007, p. 32).

Assim, considerando que o que ocorre no futuro também depende das decisões que são tomadas no presente, as incertezas permeiam a execução do contrato complexo, pois não existe controle absoluto sobre os eventos futuros, mesmo que até certo grau sejam previsíveis (GIL, 2007, p. 32).

Dessa forma, o grau de previsibilidade dos eventos tem relação direta sobre o ambiente em que se dá a relação contratual, ou sobre o conhecimento que se tem a respeito desse ambiente. Portanto, as incertezas e contingências representam as alterações possíveis que recaem sobre

informações, duração, investimentos em ativos específicos, complexidade e incerteza das relações contratuais. (CAMINHA, LIMA, 2014, p. 192). Tais fatores decorrem dos estudos originados com Coase, em 1937, que já questionavam a razão de existir da empresa em um mercado teoricamente apto a assegurar os fluxos econômicos,

esses dois aspectos. Além disso, deve-se considerar que o próprio decurso do tempo pode alterar o julgamento subjetivo sobre o conhecimento dos fatos, o que também torna dinâmica a abordagem sobre os procedimentos contingenciais inicialmente concebidos na celebração do contrato e, com a concretização de determinado risco, sejam demonstrados ultrapassados em face do novo conhecimento adquirido (GIL, 2007, p. 33).

Forgioni (2023, p. 165-166) destaca que as lacunas e ambiguidades nos contratos podem ser propositais, assumindo, as partes, os riscos como consequência de suas escolhas estratégicas. Nesse contexto, as empresas, ao contratar, focam a sua atenção para questões econômicas do negócio, ou seja, aos aspectos econômicos da transação, deixando as questões jurídicas para os seus advogados que, por vezes, desconhecem aspectos importantes do empreendimento e acabam não dando atenção devida ao instrumento pactuado. Assim esclarece Forgioni (2023, p. 165-166):

A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do comportamento estratégico das partes que, visando à realização da transação, evitam enfrentar pontos controvertidos que poderiam ameaçá-la. Deixam para a solução de alguns problemas para o futuro, até mesmo confiando no aumento do grau de dependência econômica que poderá ocorrer durante a relação. “Não criemos problemas” ou “quando acontecer, veremos o que e como fazer”, costuma-se afirmar nessas ocasiões.

Ao contratar, as empresas dirigem sua atenção para os aspectos *econômicos* do negócio e não para aqueles *jurídicos*. Seu foco costuma recair sobre o preço, condições de pagamento, características do bem ou do serviço adquirido etc. Em negócios de maior complexidade, o planejamento das chamadas “contingências” fica a cargo dos advogados. Com base em pesquisas empíricas, constatou-se que, para a maioria das empresas, a utilidade do contrato escrito é secundária quando comparada aos aspectos econômicos da transação.¹⁷ Algumas condições não serão tratadas pelos homens de negócio e sim por seus assessores jurídicos que, desconhecendo importantes aspectos fáticos do empreendimento, não raro deixam de lhes dispensar a devida atenção. (FORGIONI, 2023, p. 165-166).

O negócio jurídico, conquanto, deve ser entendido considerando o ambiente institucional em que está inserido, uma vez que ele influencia e condiciona as relações contratuais, afinal, “não é possível desgarrar o negócio da realidade em que está inserto” (FORGIONI, 2023, p. 166).

Por isso, “do ponto de vista contratual, as alterações objetivas do ambiente são basicamente tratadas pela teoria do caso fortuito e força maior, ou superveniência contratual”

concluindo que a realização de transações econômicas implica custos, que variam conforme a natureza da operação e a forma como é organizada (FORGIONI, 2023, p. 150-151).

¹⁷ A autora apoia-se no relato de Collins (2004, p. 150) “[B]usinessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingences. [...] The remaining issues that are typically included in the written contract

(GIL, 2007, p. 33). Por outro lado, “as alterações na compreensão que temos sobre o ambiente durante o *iter* contratual [alterações do conhecimento subjetivo do contrato] são englobadas pelas teorias da onerosidade excessiva, imprevisão, alteração das circunstâncias etc” (GIL, 2007, p. 33).

Nesse contexto, importante diferenciar a Teoria dos Contratos Incompletos da Teoria da Imprevisão, sendo esta uma teoria jurídica adotada pelo Código Civil¹⁸, utilizada em situações em que haja modificação contratual decorrentes de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, prevenindo-se o enriquecimento indevido de parte em relação à outra, ao passo que aquela é utilizada para completar lacunas contratuais decorrentes da imperfeição humana ou mesmo com relação à vontade dos contratantes, tratando-se de Teoria econômica aplicada ao Direito, com o fim de alcançar eficiência.

Caminha e Lima (2014, p. 193), ao tratarem da distinção de referidas Teorias esclarecem que:

Em sendo um meio alternativo de gerir riscos supervenientes, o contrato incompleto tem características distintas daquelas reconhecidas pela teoria da imprevisão. Suas “lacunas” servem às partes para introduzir na relação aquela flexibilidade necessária para que o contrato possa continuamente adequar-se às mudanças das circunstâncias, por isso se reconhece que o contrato incompleto é um meio alternativo de gerir situações supervenientes. (CAMINHA, LIMA, 2014, p. 192).

Ocorre que a flexibilidade inerente à Teoria dos Contratos Incompletos pode, por vezes, dificultar a compreensão de tradicionais operadores civilistas, que preferem, assim, recorrer às normas supletivas ou à aplicação da Teoria da Imprevisão, conforme esclarece Sztajn (2009, p. 23):

O operador do Direito, formado na tradição da dogmática civilista, de forte influência alemã, partindo das grandes codificações do século XIX, não se compadece com a noção econômica de contrato incompleto que é, para ele, inadmissível. Quando faltam disposições positivadas para o contrato típico, recorre-se às normas supletivas; se evento futuro, imprevisível ou imprevisível altera o sinalagma genético, o remédio é a aplicação da cláusula da imprevisão (*rebus sic stantibus*). (SZTAJN, 2009, p. 23).

by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction” (COLLINS, 2004, p. 17).

¹⁸ A Teoria da Imprevisão é um conceito jurídico do direito brasileiro, abordado especificamente nos artigos 478 a 480 do Código Civil. Essa teoria permite a resolução ou revisão de um contrato quando ocorrem acontecimentos imprevisíveis ou alterações significativas nas circunstâncias, tornando excessivamente oneroso para uma das partes o cumprimento das suas obrigações. De acordo com ementas relacionadas ao tema, “somente é aplicável quando fatos posteriores ao contrato, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes contratantes e a elas não imputáveis, modificam profundamente o equilíbrio contratual” (TRF 1ª Região, 3ª Turma suplementar. AC 199901000564982, Rel. Leão Aparecido Alves. D. J. 12/02/2004).

Todavia, é importante destacar que, enquanto a Teoria dos Contratos Incompletos lida com a natureza intrínseca da incompletude dos contratos, a Teoria da Imprevisão trata de situações específicas em que a ocorrência de eventos imprevisíveis gera desequilíbrio contratual, demandando a revisão das condições pactuadas ou, ainda, a resolução da avença.

Martins (2012), leciona que a teoria da imprevisão é um desdobramento do estudo do caso fortuito e da força maior sob os aspectos da inevitabilidade, da imprevisibilidade e da impossibilidade, sendo essa última um elemento despicendo no caso da prevenção do enriquecimento indevido no cumprimento dos contratos, circunstâncias em que “ a teoria do *pacta sunt servanda* cede terreno àquela da *clausula rebus sic stantibus*” (MARTINS, 2012).
Veja-se:

A diferença entre elas reside na inevitabilidade, imprevisibilidade e impossibilidade de cumprimento da obrigação, nas hipóteses de ‘força maior ou caso fortuito’, enquanto na teoria da imprevisão a impossibilidade de cumprimento é elemento despicendo, valendo apenas a inevitabilidade e a imprevisibilidade. Em termos diversos, pela teoria da imprevisão, o que se busca evitar é o enriquecimento indevido de uma parte à custa do empobrecimento da outra, por fatores alheios à contratação, que, sem eles, faria lei entre as partes. (MARTINS, 2012).

Esse entendimento deriva de conclusão anterior, em que Martins e Souza (2006), em parecer jurídico sobre o direito ao equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos relacionados ao Sistema Único de Saúde, já afirmavam que a estabilidade contratual afetada por fatores inevitáveis e imprevisíveis eram causa de revisão da avença, por aplicação da teoria da imprevisão, para que não houvesse benefício de uma parte em relação à outra, por ferimento ao princípio geral de direito de vedação do enriquecimento sem causa:

A denominada cláusula “*rebus sic stantibus*”, oposta ao princípio da “*pacta sunt servanda*”, vem de *priscas eras*, tendo sempre os juristas se debruçado sobre a matéria, até gerar a teoria da imprevisão moderna. Segundo essa teoria, sempre que fatores imprevisíveis e inevitáveis afetem a estabilidade pactuada, impõe-se a revisão para que não se beneficie uma parte à custa de outra, por força da pressão de tais fatores, com ferimento do princípio geral de direito que veda o enriquecimento ilícito. (MARTINS; SOUZA, 2006).

Nesse contexto, impende ressaltar que a *cláusula rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim as coisas), surgida na Idade Média, atualmente prevista no artigo 478¹⁹ do

¹⁹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e

Código Civil, também, doutrinariamente reconhecida como Teoria da Imprevisão, relativiza a aplicação do princípio *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos) quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação (AZEVEDO, 2009, p. 336) desde que, segundo Azevedo (2009, p. 338), apresentados três pressupostos fundamentais a seguir mencionados.

O primeiro pressuposto fundamental para a aplicação da Teoria da Imprevisão consiste na ocorrência de “uma alteração radical do contrato, em razão de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis²⁰ (álea extraordinária)” (AZEVEDO, 2009, p. 337), ou seja, a imprevisibilidade apresenta-se como requisito basilar.

O segundo pressuposto exige “que exista enriquecimento, prejuízo, inesperado e injusto por um dos contratantes” (AZEVEDO, 2009, p. 341), assim, é “necessário que o enriquecimento seja indevido, seja injustificável, ‘resultando empobrecimento sensível’ para um dos contratantes”. (AZEVEDO, 2009, p. 341).

O terceiro pressuposto é a onerosidade excessiva sofrida por um dos contratantes que deve ser tamanha ao ponto de tornar-se insuportável a execução contratual (AZEVEDO, 2009, p. 342).

Vale destacar que, apesar de Azevedo (2009, p. 342) verificar nos julgados dos Tribunais brasileiros a necessidade de observância desses pressupostos para a aplicação da Teoria da Imprevisão²¹, o autor entende que deveria se considerar apenas a onerosidade excessiva (terceiro pressuposto fundamental) para a sua aplicação, pois que guarda relação direta com a

imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

²⁰ Azevedo (2009, p. 342) entende que o adjetivo “imprevisíveis” exposto no artigo 478 do Código Civil, enfraquece a *laesio enormis* (lesão enorme), devendo, assim, ser suprimido, pois entende que qualquer motivo de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de imprevisibilidade. (AZEVEDO, 2009, p. 351), entendendo, com isso, que evitaria o enriquecimento injusto ou indevido.

Vale pontuar que, segundo o autor, a “lesão enorme”, prevista no artigo 480 do Código Civil, não permite a onerosidade excessiva e, simultaneamente, reprime “cláusulas abusivas, leoninas, que quebram o princípio da comutatividade dos contratos” (AZEVEDO, 2009, p. 348), cuidando do contrato no momento de sua formação. Ainda, o autor destaca que a lesão enorme dispensa outras circunstâncias para a sua verificação, senão o mero “desequilíbrio econômico do contrato independentemente de culpa” (AZEVEDO, 2009, p.348).

²¹ Nesse sentido, o autor indica alguns julgados em que foram observados os pressupostos fundamentais para aplicação da Teoria da Imprevisão, dentre eles: (i) Acórdão da 9ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), de 15.05.1993, em que foi Relator o Desembargador Mesquita de Paulo (RT 700/80). (ii) Julgado da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em que foi Relator o então Desembargador Djaci Falcão (RT, 303/694 e 387/177). Esse entendimento jurisprudencial ainda permanece, conforme se verifica: (i) Acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP na Apelação Cível nº 1062044-34.2020.8.26.0100,

*cláusula rebus sic stantibus*²². Assim, “basta[ria] o desequilíbrio econômico do contrato, para que possa ele ser modificado ou resolvido, em razão da simples ocorrência da onerosidade excessiva” (AZEVEDO, 2009, p. 344). Nesse pensar, Azevedo (2009, p. 345) pondera:

Realmente, não é preciso que se deva lançar mão de algo imprevisível, que surge após o contrato, a desequilibrar a relação jurídica nele existente. Basta esse desequilíbrio, independentemente de qualquer qualificação, para que se cause o prejuízo de uma das partes, ante o enriquecimento indevido da outra.

[...]

Em meu entender, é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes.

De outro lado, Forgioni (2023, p. 163) defende que a incompletude contratual, é inerente aos contratos empresariais ao asseverar que “os contratos não contêm - e nem podem mesmo conter – a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes” (FORGIONI, 2023, p. 163), sendo, assim, a “lacunosidade natural”, especialmente “quando a relação é desenhada para ter longa duração” (FORGIONI, 2023, p. 163), implicando em riscos assumidos pelas partes.

Nesse contexto, não se pode ofertar o mesmo tratamento para resolução de questões distintas. Assim, aquelas cláusulas e compromissos que, por ventura, foram pactuados pelas partes no processo de barganha²³, entendidos à época da assinatura do contrato como convenientes ou mais apropriados, devem ser enfrentados de maneira diversa das avenças que, efetivamente, sofreram a ocorrência de eventos imprevisíveis que culminaram em desequilíbrio contratual, exigindo, desse modo, revisão das condições pactuadas ou, ainda, a sua resolução.

Até porque faz parte da atividade empresarial a sujeição a riscos, sendo a exceção a essa regra a onerosidade excessiva, diante da ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, conforme preceitua o artigo 478 do Código Civil. Nesse pensar, Forgioni (2023, p. 76) esclarece:

Se o contrato não contempla determinada hipótese, se sua redação é falha, o risco é das partes, que devem arcar com as consequências de suas opções estratégicas. Cabe à parte

em 19.12.2022, cujo relator foi o Des. Galdino Toledo Júnior; (ii) cf. STJ (2023), que dispõe sobre “A visão do STJ sobre a teoria da imprevisão nas relações contratuais”.

²² Segundo o autor, “a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz a sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis” (AZEVEDO, 2009, p. 350).

²³ Forgioni (2023, 76-77) entende que o processo de barganha é o período de negociação entre as partes que antecede a celebração do contrato empresarial, no qual as partes buscam chegar a um acordo sobre as condições do contrato, negociando e discutindo as cláusulas e os termos que irão reger a relação contratual.

suportar eventuais prejuízos decorrentes da falta de posicionamento sobre questões futuras, durante o processo negocial.

Na esteira da antiga regra de hermenêutica: “à parte deve ser atribuída a consequência de não ter se expressado melhor”. *A assunção de riscos, inclusive os jurídicos, faz parte da atividade empresarial.*

[...]

A exceção a essa regra é a *excessiva onerosidade*, ou seja, a hipótese prevista no art. 478 do Código Civil, quando, posteriormente à celebração do contrato de longa duração, verificar-se a ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, que não poderiam ter sido razoavelmente antecipados, no momento da contratação, pelo agente econômico ativo e probo, habituado àquele mercado. À parte não deve ser imputado o risco de não ter previsto o imprevisível, sob pena de serem despropositadamente aumentados os custos de transação. (FORGIONI, 2023, p. 76).

Isso se justifica, pois os riscos que envolvem a prestação da avença estão diretamente ligados ao objeto a ser perseguido.

Não se trata, portanto, de contrato comutativo, cujo objeto é certo e determinado e não se sujeita a variáveis para que se concretize, a exemplo dos contratos de compra e venda e de locação, que possuem prestações definidas ou pré-estimadas, como asseverou Fernandes (2011):

O contrato comutativo é aquela contratação bilateral e onerosa, cuja prestação dos contratantes está determinada e é conhecida desde a formação do contrato. Vale considerar que todos os bônus e gravames são certos e conhecidos na celebração do negócio jurídico, estando já determinadas as quantias das prestações. A questão que prepondera é o princípio das prestações equivalentes; o que vale dizer que cada contratante recebe do outro a prestação equivalente à sua, verificando no ato tal equivalência. Note-se que cada prestação é conhecida das partes, com relação de equivalência entre si. (FERNANDES, 2011, p. 73).

Na lição de Pereira (2022, p. 127), “são comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores”, não se exigindo “a igualdade rigorosa destes, porque os bens que são objeto dos contratos não têm valoração precisa”, motivo pelo qual podem ser estimadas; “os contratantes estipulam a avença, e fixam prestações que aproximadamente se correspondem”.

Por outro lado, se o objeto contratual se sujeita a álea²⁴, fazendo com que a prestação de uma das partes não seja conhecida com exatidão no momento da celebração do negócio jurídico, o contrato será aleatório, ou seja, possui “como característica a incerteza ou álea, que se define por um fato incerto quanto à sua verificação e ou quanto ao momento da sua verificação” (MENDES, 1978-1979, p. 747). É o que corrobora Pereira (2022, p. 127):

São aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, ficam dependentes de um acontecimento incerto. [...]. Basta que haja o risco para um dos contratantes. (PEREIRA, 2022, p. 127).

Ademais, “se é certo que em todo contrato há um risco, pode-se, contudo, dizer que no contrato aleatório este é da sua essência, pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de um acontecimento *incerto* para ambos os contratantes” (PEREIRA, 2022, p. 128). Assim, “O risco de perder ou de ganhar pode ser de um ou de ambos; mas a incerteza do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação” (PEREIRA, 2022, p. 128).

É importante considerar tais questões, pois, se o risco é inerente a esse modelo contratual, as hipóteses de rescisão por lesão ou redibição é inexistente, admitindo-se, todavia, a revisão contratual ou sua resolução por onerosidade excessiva, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não tenha sido assumido como um risco no próprio contrato. Nohara (2011, p. 421), referindo-se ao risco do empresário em contratar com a administração pública, entende que a *álea* extraordinária dá ensejo à aplicação da teoria da imprevisão.

Forgioni (2023, p. 76), por aplicação da Teoria Econômica dos Contratos Incompletos, afirma que os riscos que envolvem a prestação avançada fazem parte da atividade empresarial, sejam eles previstos ou não na fase de formulação do contrato, motivo pelo qual “*a lacuna ou a redação confusa são riscos assumidos pelas partes. Se o contrato não contempla determinada hipótese, se sua redação é falha, o risco é das partes, que devem arcar com as consequências de suas opções estratégicas*” (FORGIONI, 2023, p. 76).

A própria imanência de incompletude existente nos contratos incompletos, eis que a lacunidade é um fato contratual, indica essa direção. Assim, riscos não previstos no instrumento da avença, seja por omissão das partes, insuficiência informativa ou incapacidade de antevisão, não devem recair em prejuízo de um ou de outro contratante, pois o dever de colaboração e a boa-fé subjetiva e objetiva, pressupostos de validade do negócio jurídico, afastam, por equidade, tal concepção, salvo se a previsão do evento impactante era possível ao senso comum à época da celebração da avença.

²⁴ Segundo Nohara (2011, p. 421), “o termo advém do latim *alea*, que significa sorte ou risco. Daí também se origina a expressão *alea iacta est* (*álea jacta est*), do latim, significando “a sorte está lançada” (ou os dados estão lançados). O radical dá origem ao termo *aleatorius*”.

Forgioni (2023, p. 76), assim leciona:

A exceção a essa regra é a *excessiva onerosidade*, ou seja, a hipótese prevista no art. 478 do Código Civil, quando, posteriormente à celebração do contrato de longa duração, verificar-se a ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, que não poderiam ter sido razoavelmente antecipados, no momento da contratação, pelo agente econômico ativo e probo, habituado àquele mercado. À parte não deve ser imputado o risco de não ter previsto o imprevisível, sob pena de serem despropositadamente aumentados os custos de transação. (FORGIONI, 2023, p. 76).

Portanto, necessária a consideração da extraordinariedade na aferição da imprevisibilidade, sob pena de se “transformar [os] contrato[s] comutativo[s] em aleatório[s]” (AZEVEDO, 2009, p. 350). Nesse contexto, o mero desequilíbrio contratual não deve servir como lente para resolver o contrato ou revisar as condições e riscos que foram, desde o início da sua vida, assumidas pelas partes²⁵.

Até porque, de acordo com o entendimento de Forgioni (2023, p. 107), os contratos empresariais imprimem as forças e influências que moldam as práticas e as relações contratuais no ambiente empresarial, sendo, portanto, essencial considerá-las para compreender “[i] as peculiaridades e o funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos, bem como [ii] o impacto que causam na dinâmica do mercado, influenciando-a e sendo por ela influenciada” (FORGIONI, 2023, p. 107).

Essas diretrizes do “*funcionamento próprio* ao sistema do direito comercial”, (FORGIONI, 2023, p. 107) denominado por Forgioni (2023, p. 107) de “vetores de funcionamento dos contratos empresariais” influenciam a forma como os contratos são elaborados, interpretados e executados no contexto empresarial, como os que se apresentam abaixo:

1- Escopo de lucro - nos contratos empresariais, ambos [ou todos] os polos são movidos pela busca do lucro, têm sua atividade – toda ela – voltada para a perseguição de vantagem econômica. (FORGIONI, 2023, p. 110).

2- *Pacta sunt servanda* - a força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas. (FORGIONI, 2023, p. 111).

3- Limitações à autonomia privada - as contratações dão-se dentro dos limites postos pelo ordenamento estatal; o mercado é enformado pelas regras exógenas e não por suas próprias determinações. (FORGIONI, 2023, p. 114).

²⁵ Nesse sentido, Azevedo (2009, p. 350): “O fundamental é não transformar contrato comutativo em aleatório. Naquele, as partes têm plena noção do que vão ganhar e do que vão perder. Desse modo, nascendo o contrato já portador desse desequilíbrio, ou surgindo, após esse desequilíbrio, com sérios prejuízos (graves) a uma das partes, por acontecimentos alheios à vontade dos contratantes, dá-se a resolução contratual, por onerosidade excessiva, independentemente de ser previsível, ou não, a brusca e anormal alteração dos fatos. Isto, se o contrato não puder ser revisto”.

4- O norte do contrato: sua função econômica - as partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade. Ao se vincular, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica. (FORGIONI, 2023, p. 120).

5- Segurança e previsibilidade - os contratos empresariais somente podem produzir riqueza em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas. (FORGIONI, 2023, p. 122).

6- Agentes econômicos “ativos e probos” - os agentes econômicos, em suas contratações, podem legitimamente presumir que a contraparte adotará comportamento semelhante àquele normalmente implementado pelos atores do mercado, pelos chamados agentes econômicos “ativos e probos”. (FORGIONI, 2023, p. 123).

7- Egoísmo/opportunismo do agente econômico – a empresa perseguirá antes seu próprio interesse do que aquele do parceiro comercial (FORGIONI, 2023, p. 125).

8- O agente econômico responde a incentivos e a desincentivos - Em seus processos de tomada de decisão, o agente econômico responde a incentivos, ou seja, a estímulos para se conduzir de uma ou de outra forma. [...]os contratos e quaisquer pactos privados também tecem um sistema de estímulos comportamentais para as empresas, ligados a recompensas e sanções, ganhos e perdas, dos mais variados naipes (FORGIONI, 2023, p. 127-128).

9- O agente econômico é o melhor senhor de suas próprias razões - partindo-se do paradigma comportamental do agente econômico ativo e probo, o sistema jurídico considera-o o melhor senhor de suas próprias razões, que não está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei. [...] Pode-se presumir que a empresa, porque visa ao lucro, procure fazer o seu melhor e ser o mais eficiente possível, até mesmo porque a pressão pela sobrevivência tende a estimular a competência. (FORGIONI, 2023, p. 128).

10- Boa-fé nos contratos empresariais - a boa-fé nas contratações, instituto tradicional do direito mercantil, diminui os custos de transação, facilitando os negócios e estimulando o fluxo de relações econômicas. (FORGIONI, 2023, p. 129).

11- Confiança nos contratos empresariais - a disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a legítima expectativa; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas. (FORGIONI, 2023, p. 138).

12- Usos e costumes. Criação de tipos e cláusulas contratuais pela prática - os usos e costumes são fonte de direito em constante atividade. O ordenamento estatal admite em seu seio, como vinculantes, as normas produzidas pelos agentes econômicos. Essas normas integram os contratos. (FORGIONI, 2023, p. 141).

13- Custos de transação - a empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros [“custos de transação”]. Quanto menores os custos de transação, maior a fluência das relações econômicas e o desenvolvimento. (FORGIONI, 2023, p. 149).

15- Contratos e necessidades dos agentes econômicos - as partes, quando negociam e contratam, não tomam confortavelmente assento diante de um código e escolhem, entre fórmulas preexistentes [i.e., tipificadas], aquela que mais lhe apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado. (FORGIONI, 2023, p. 152).

16- Contrato como instrumento de alocação de riscos - o contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos inerentes à atividade econômica. O ordenamento jurídico distingue e atribui disciplina diversa ao risco normal dos contratos e ao risco extraordinário. (FORGIONI, 2023, p. 153).

17- Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico] - o agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões; a possibilidade de erro é fundamental

para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais. (FORGIONI, 2023, p. 155).

18- A incompletude do instituto da lesão com a dinâmica dos contratos empresariais – inadmissível alegarem lesão em *tratos mercantis* por escusa ou ignorância [...] o texto do Código Civil não pode ser aplicado de forma a neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis no mercado [...] álea do negócio. (FORGIONI, 2023, p. 158-159).

19- Oportunismo e vinculação - A parte gostaria de vincular o parceiro comercial e, ao mesmo tempo, permanecer livre para abandonar aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente mais interessante. (FORGIONI, 2023, p. 160).

20- Racionalidade limitada - ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz-se que sua racionalidade é limitada. (FORGIONI, 2023, p. 161).

21- Incompletude contratual - os contratos não contêm – e não podem mesmo conter – a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes. (FORGIONI, 2023, p. 163).

22- Desvio de pontos controvertidos. Lacunas e ambiguidades podem ser propositais - por vezes, para não obstar a realização do negócio, as partes deliberadamente evitam tratar de questões que geram desconforto. (FORGIONI, 2023, p. 165).

23- Ambiente institucional - o negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar. (FORGIONI, 2023, p. 166).

24- Tutela do crédito - a disciplina dos contratos empresariais prestigia a tutela do crédito. (FORGIONI, 2023, p. 167).

25- Forma nos contratos empresariais - no direito comercial, a forma assumida pelos negócios é instrumental ao bom fluxo de relações econômicas. (FORGIONI, 2023, p. 169).

26- Contratos e informações - a imposição de padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o incremento do fluxo de relações econômicas. (FORGIONI, 2023, p. 170).

27- Informação e oportunismo [relação “principal/agente”] - a empresa tende a utilizar a informação que detém em proveito próprio, e não naquele da contraparte. (FORGIONI, 2023, p. 173).

28- Modificação do comportamento pós-contratual [moral hazard] - a celebração do contrato pode levar à alteração do comportamento de uma parte, em detrimento da outra. (FORGIONI, 2023, p. 175).

29- Aumento da dependência econômica pelo contrato - o contrato pode levar ao aumento do grau de dependência econômica das partes. (FORGIONI, 2023, p. 176).

30- “Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda” - os agentes econômicos têm ciência de que o caminho até a obtenção da decisão judicial ou arbitral costuma ser longo e custoso (...). Aquele que descumpriu o acordo tem ciência de que, diante dos custos da solução judicial ou arbitral, a parte inocente tende a adotar posição mais complacente durante as negociações. (FORGIONI, 2023, p. 178).

31- Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica? - A incorporação de “dimensões” além do que foi expressamente deliberado não é mecanismo estranho aos negócios; fontes externas à vontade das partes são reconhecidas pelo ordenamento. [...] a história do direito mercantil demonstra que, no cômputo geral, os institutos tradicionais próprios ao tráfico prestam-se ao seu bom funcionamento,²¹⁷ diminuindo os custos de transação e aumentando o grau de confiança do agente econômico. Ademais, considerando que a maioria dos contratos interempresariais é naturalmente incompleta [...] é cada vez mais difícil admitir seu desenvolvimento sem o recurso às cláusulas gerais. *Elas permitem que as normas endógenas integrem o direito exógeno, que as abraça e sorve.* Aterrar essa estrada em nome de inútil formalismo seria condenar a ordem jurídica do mercado à perene desadaptação e comprometer irremediavelmente o fluxo de relações econômicas. (FORGIONI, 2023, p. 184-185).

Desse modo, não se pode olvidar as características inerentes aos contratos incompletos e a “normal álea do negócio”²⁶, ou seja, os riscos e incertezas que são considerados inerentes e previsíveis dentro do contexto das transações comerciais e contratuais.

Nessa direção, o artigo 421-A, inciso II, do Código Civil brasileiro²⁷ estabelece que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”, pois, como sabem os agentes econômicos, quanto maior o risco do negócio, maior o lucro esperado. Em outras palavras “o lucro é a remuneração do risco” (FORGIONI, 2023, p. 259).

Assim, respeitando-se as disposições clausulares do contrato avençado pelas partes, deve-se entender a avença sob a ótica da Teoria Econômica dos Contratos Incompletos, buscando-se a solução de controvérsias originadas por eventos danosos resultantes de riscos não previstos ou imprevisíveis sob o escopo da Teoria da Imprevisão, evitando-se, conquanto, a resolução contratual. Note-se que, mesmo em contratos com alocação de riscos definida, a ocorrência de algum evento negativo que materialize um risco previamente descrito pode ser objeto de onerosidade excessiva e aplicação da Teoria da Imprevisão, eis que os resultados danosos podem desequilibrar o que se esperava como a álea normal do negócio.

Assim, apesar de serem dissemelhantes²⁸, as teorias são complementares na medida das consequências econômicas esperadas no contrato e reconhecidas ao longo de sua execução.

Tal interação faz-se necessária, pois não é possível o legislador prever todas as peculiaridades da conduta humana que possam intervir no contrato, daí a importância da Teoria

²⁶ Forgioni define “álea normal” como evento “não derivado de alterações contextuais imprevisíveis” (FORGIONI, 2023, p. 157). Portanto, a autora entende que a “normal álea do negócio” (FORGIONI, 2023, p. 159) representa os riscos e incertezas que são considerados inerentes e previsíveis dentro do contexto das transações comerciais e contratuais, destacando a relevância de compreender e lidar com esses elementos ao analisar as relações contratuais no ambiente empresarial.

²⁷ O artigo 421-A do Código Civil brasileiro, introduzido pela Lei 13.874 de 2011, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, estipula que: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

²⁸ Quanto à concepção, a origem da Teoria Econômica dos Contratos Incompletos deu-se em meados do século XX, nas universidades americanas (CAMINHA, LIMA, 2014, p. 192), ao passo que a Teoria da Imprevisão, sendo prevista pelo legislador brasileiro, remonta há quase 4.000 (quatro mil) anos, cujas origens foram lançadas pelo Código de Hammurabi, que, muito embora cuidasse da força maior e do caso fortuito, assim dispunha no Cânon 48 do volume XIV: “XIV [...] § 48. Si un señor tiene una deuda y el dios Adad ha inundado su campo y há destrozado la cosecha, o bien (si) a causa de la sequía, el campo no produce grano, em esse año no entregará grano a su acreedor; cancelará su tablilla (de contrato) y no pagará el interés de esse año” (MARTINS, 2012).

Econômica do Contrato Incompleto, que afasta a ideia de completude contratual e amplia as hipóteses de revisão, permitindo a modulação mais adequada para aplicação da Teoria da Imprevisão, imprimindo mais eficiência aos instrumentos jurídicos pactuados.

Nesse sentido, vale mencionar que o conceito de eficiência em economia está associado à maximização da riqueza e do bem-estar social. Para melhor compreensão desse conceito é importante verificar o entendimento de autores como Pareto, Kaldor-Hicks e Amartya Sen.

O bem-estar social pode ser avaliado a partir da aplicação do conceito de “ótimo de Pareto”. Em linhas gerais, expressa uma situação de equilíbrio em uma sociedade, na medida em que o máximo de bem-estar é atingido ao não ser possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem, contudo, diminuir o bem-estar de outro (GARCIA, 1996, p. 13). Nas palavras de Varian (2003, p. 15):

Se pudermos encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra, teremos uma melhoria de Pareto. Se uma alocação permite uma melhoria de Pareto, diz-se que ela é ineficiente no sentido de Pareto; se a alocação não permitir nenhuma melhoria de Pareto, então ela é eficiente no sentido de Pareto (VARIAN, 2003, p. 15).

Outro conceito de eficiência existente é “o conceito de eficiência econômica de Kaldor-Hicks, por meio do qual se visualizam ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social” (BOTELHO, 2016, p. 31). Assim, Kaldor-Hicks, tratam da mudança social, desde que, alterando-se o estado de eficiência em Pareto, haja compensação, onde aquele que aumentou o seu bem-estar compensa aquele que teve redução.

Para Amartya Sen, as visões aduzidas, especialmente em Pareto, possuem caráter utilitarista e antidistributivo:

A otimalidade de Pareto às vezes também é denominada “eficiência econômica”. Essa expressão é apropriada de um ponto de vista, pois a otimalidade de Pareto concerne exclusivamente à eficiência no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas à utilidade. Porém, em outro aspecto é inadequada, uma vez que todo o enfoque da análise neste caso continua sendo a utilidade, e esse é um legado da tradição utilitarista anterior. Obviamente, é possível introduzir outras considerações na avaliação do êxito das pessoas e, portanto, da sociedade. A otimalidade de Pareto capta os aspectos da eficiência apenas do cálculo baseado na utilidade (SEN, 1999, p. 26).

Amartya Sen (1999, p. 31) critica o traço utilitarista dos conceitos de eficiência econômica, demonstrada pela visão de utilidade como única fonte de bem-estar, pois acredita que (i) o bem-estar não é a única coisa valiosa e (ii) a utilidade não representa adequadamente o bem-estar. Segundo ele, “o empobrecimento da economia relacionado a seu distanciamento da ética

afeta tanto a *economia do bem-estar* (restringindo seu alcance e relevância) como a economia preditiva (enfraquecendo seus alicerces nas suposições de comportamento)” (SEN, 1999, p. 36).

A maximização das liberdades individuais criam novas disponibilidades econômicas e oportunidades sociais de acordo com o seu funcionamento e capacitações²⁹.

Os funcionamentos individuais podem garantir comparações interpessoais mais fáceis do que as comparações de utilidades. Muitos funcionamentos podem ser vistos separadamente das suas apreciações mentais. A diversidade da conversão de meios em fins reflete-se já na extensão das realizações e liberdades que podem constar de uma lista de fins (SEN, 2000, p. 22).

Neuberger e Marin (2015, p. 166) entendem que tal “abordagem é entendida como pluralista, por incorporar os direitos e as liberdades humanas à noção de bem-estar, contrapondo-se à abordagem da utilidade, considerada monista, por levar em conta apenas a utilidade como critério de avaliação do bem-estar” (NEUBERGER, MARIN, 2014, p. 166).

De qualquer forma, independente do conceito adotado, a eficiência “é um parâmetro utilizado pela AED [Análise Econômica do Direito] que permeia os inúmeros ramos do Direito, tais como propriedade, contratos, responsabilidade civil, crimes, família e outros” (LIMA, MIRANDA, 2018, p. 23) e deve ser considerada juntamente com as peculiaridades dos contratos empresariais complexos.

1.3 Interpretação dos contratos complexos sob a Análise Econômica do Direito

A eficiência é um critério referencial adotado pela Análise Econômica do Direito (AED), cujo desenvolvimento se inicia a partir dos anos 60 do século passado, com o estabelecimento da área científica denominada *Law and Economics* que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica. “O movimento começa a ganhar corpo com a publicação de *The problem of social cost*, de Ronald H. Coase (...)”. (SZTAJN, 2005, p. 74). Nessa publicação, Coase (1960) aborda o efeito das externalidades³⁰ relacionadas à eficiência dos resultados verificados na

²⁹ O funcionamento diz respeito à forma como uma pessoa “funciona”, podendo ser relacionada a atividades (como exemplo de alimentar-se, ler um livro) ou ao estado de existência (estar alimentado, ser saudável). Quanto à capacitação de uma pessoa, refere-se às possibilidades de escolha consistentes em vetores de funcionamento alternativos. (NEUBERGER, MARIN, 2014, p. 170).

³⁰ Pode-se dizer que “uma externalidade é um efeito colateral adverso (ou benéfico), relacionado com o consumo ou a produção, em troca de que não se dá ou recebe qualquer pagamento.” (WONNACOTT; WONNACOTT, 2004, p. 83).

economia, citando como exemplo a poluição como uma externalidade negativa (falhas de mercado) que autorizam a atuação estatal.

Calabresi (2016, p. 2) define a AED como “o uso da teoria econômica para analisar o mundo jurídico” (CALABRESI, 2016, p.02), esclarecendo que:

Examina esse mundo [o mundo jurídico] do ponto de vista da teoria econômica e, como resultado desse exame, confirma, lança dúvidas e frequentemente busca a reforma da realidade jurídica. Com efeito, ele age como um lugar de Arquimedes para se colocar e sobre o qual se coloca uma alavanca, uma alavanca que permite que o estudioso, quando apropriado, defenda mudanças na realidade legal. Em seu modo mais agressivo e reformista, tendo olhado o mundo do ponto de vista da teoria econômica, se acha que o mundo jurídico não se encaixa, ele proclama que o mundo é "irracional". (CALABRESI, 2016, p. 3) (Tradução nossa).

Posner (2005), ao escrever *Economic Analysis of Law*, em 1973³¹, buscou desenvolver uma teoria do direito que permitisse visualizar o sistema jurídico da *common law* como um sistema maximizador de riquezas (ou eficiente) na medida em que apresentava as mesmas características do mercado. Nesse pensar, Posner (2005, p. 8) entende que:

O aspecto “teórico” mais ambicioso da abordagem econômica do direito tem sido a proposta de uma teoria econômica unificada do direito. Nesta teoria entende-se que a função do Direito é facilitar o funcionamento dos mercados livres e, em áreas onde os custos de transação no mercado são proibitivos, “imitar o mercado”, estabelecendo o resultado que se poderia esperar se as transações fossem viáveis. (POSNER, 2005, p. 7) (Tradução nossa)³².

Nesse contexto, a abordagem econômica pode ajudar a identificar maneiras de fortalecer os direitos de propriedade, os contratos e a aplicação da lei, contribuindo para um ambiente jurídico mais previsível e favorável ao desenvolvimento econômico. Assim, os juízes, ao interpretarem a lei, “direito de origem jurisprudencial”³³ (POSNER, 2005, P. 8) (tradução nossa), com base na Teoria Econômica do Direito, alcançariam uma alocação eficiente de recursos (2005, p. 8).

³¹ Destaca-se que essa obra é considerada um dos marcos fundadores da AED ao introduzir princípios econômicos a questões jurídicas, demonstrando os reflexos nos resultados econômicos. Em outras linhas, essa teoria é usada para analisar questões jurídicas sob uma perspectiva econômica, fundamental para compreensão e entendimento das implicações econômicas nas decisões jurídicas.

³² Texto original: “El aspecto ‘teórico’ más ambicioso del enfoque económico del Derecho ha sido la propuesta de una teoría económica del Derecho unificada. En esta teoría se entiende que la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, ‘imitar al mercado’, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles (POSNER, 2005, p.8).

Um corolário desta proposição é a teoria econômica positiva de *common law* (ou seja, o direito de origem jurisprudencial, que é distinto do direito legislativo, e que abrange campos importantes como o direito de propriedade, o direito contratual, as associações e a responsabilidade civil extracontratual, bem como a estrutura básica da lei criminal, processual e de recursos legais), que é melhor entendida como se os juízes, ao desenvolverem essa lei, tivessem tentando conscientemente (o que não estavam fazendo) alcançar uma alocação eficiente de recursos. (POSNER, 2005, p. 8, tradução nossa)³⁴.

Em linhas gerais, a Análise Econômica do Direito é guiada pela eficiência econômica, valendo-se de ferramentas³⁵ técnicas, teóricas e empíricas de avaliação oferecidas pela economia. Lima (2011, p. 248-249) entende que:

[...] ao lado dos conceitos jurídicos de validade, vigência e eficácia, trazidos pela doutrina jurídica, mais um conceito passa a ser relevante na efetivação dos direitos e garantias fundamentais [...] Trata-se do conceito de eficiência econômica, que pode ser obtido a partir da economia dos custos de transação. (LIMA, 2011, p. 248-249).

Assim, a AED passa a ser instrumento que identifica “o conjunto de alternativas que levam a um menor ou a um melhor gasto dos recursos, bem como um maior alcance dos fins com ou sem aplicação de recursos” (BITTENCOURT, 2011, p. 33) que, voltado para o Direito, permite ao jurista mensurar os impactos sociais decorrentes da aplicação de normas jurídicas³⁶. No mesmo sentido, Faraco e Santos (2003, p. 43-44) apontam a importância da AED para o jurista no momento em que:

(i) necessita explicar fatos econômicos constantes do descritivo de certas normas jurídicas; (ii) busca generalizar os efeitos de uma decisão, de uma norma ou de determinada forma de aplicação da norma, assim como relacionar outras variáveis que são afetadas por esses eventos, através da utilização da análise econômica no seu enfoque positivo, e (iii) aplica normas jurídicas que positivam um objetivo econômico ou social a ser alcançado, ou são positivadas tendo como fundamento de validade a realização de tal objetivo, situação na qual ocorre uma interpenetração entre os planos de validade e de eficiência da norma, em termos finalísticos. (FARACO, SANTOS, 2003, p. 43-44).

³³ Texto original: “Derecho de origen jurisprudencial” (POSNER, 2005, p. 8).

³⁴ Texto original: “Un corolario de esta proposición es la teoría económica positiva del common law (es decir, el Derecho de origen jurisprudencial, que es distinto del Derecho legislativo, y que abarca importantes campos como el Derecho de propiedad, el Derecho contractual, asociaciones y responsabilidad civil extracontractual, al igual que la estructura básica del Derecho penal, procesal y de los remedios legales), que se entiende mejor como si los jueces, al desarrollar ese Derecho, hubiesen estado intentando conscientemente (lo cual no estaban haciendo) lograr una asignación eficiente de los recursos”. (POSNER, 2005, p. 8).

³⁵ Como exemplo de ferramenta da Economia utilizada no Direito, pode-se citar a teoria comportamental para prever a reação das pessoas frente as leis e às decisões judiciais concebida por Cooter e Ulen (2010, p.25).

³⁶ Com relação à análise de políticas públicas: “uma maneira relevante de conduzir experimentos para avaliar se políticas públicas serão eficazes ou não são os experimentos randomizados e controlados (ERC). Nesses experimentos, primeiro definem-se dois grupos: os que devem receber a intervenção e os que não recebem. Em segundo lugar, atribuem-se aleatoriamente pessoas pré-selecionadas a cada um desses grupos. Essa metodologia elimina a possibilidade de fatores externos afetarem os resultados. As diferenças entre os grupos devem advir unicamente das diferenças na intervenção” (TABAK, Benjamin Miranda, v.52, n. 205, p. 321).

Sob uma ótica diferente, vale a pena abordar a questão integrando ao estudo a Análise Econômica do Direito Contratual, que, de certa forma, apresenta uma noção de contrato mais utilitarista em relação à concepção da doutrina jurídica até este momento aproveitada. Trata-se de um movimento na tentativa de utilização de método econômico inserido na realidade do Direito. Nesse sentido, Ribeiro e Galeski (2015) definem:

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) ou Law and Economics que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para assuntos jurídicos, vindo, posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do “fenômeno”. (RIBEIRO; GALESKI, 2015, p. 67).

A Análise Econômica do Direito aborda a noção de contrato em perspectiva interdisciplinar, entendendo-o como “um programa de colaboração que especifica ações a serem tomadas, em resposta a contingências (ocorridas no futuro ou reveladas no futuro) que sejam relevantes para essa colaboração e para o respectivo equilíbrio interno” (TRINDADE, 2021, p. 4).

Nessa visão, a completude do contrato será verificada somente se as contingências estiverem totalmente previstas e, além disso, tratadas por estipulações precedentes. Diante de lacunas, a avença é classificada como incompleta, eis que deixa “sem regulamentação prévia contingências que os contratantes conhecem, e cuja ocorrência os contratantes sabem que afetará, na falta dessa regulamentação, o programa de colaboração que é o núcleo do contrato” (TRINDADE, 2021, p. 4).

A colaboração, nesse sentido, é um objetivo nascido da complementaridade das posições das partes contratantes, amparada na pretensão comum de ambas obterem resultados que lhes aproveitem situação superior a que ocupavam antes de contratar. Assim, a busca do benefício mútuo representa, em termos gerais e externos, um incentivo econômico para a formação de contratos.

Nessa direção, a maximização do resultado mais benéfico às partes caracteriza, de forma diretamente proporcional, a eficiência do contrato. Portanto, o desequilíbrio do princípio colaborativo entre os contratantes afeta direta e negativamente a eficiência do acordo.

Esse desequilíbrio pode ser observado em todas as fases da formação e da execução do contrato, mas é no desenvolvimento do objeto que são afloradas as divergências, muitas vezes,

em razão das contingências não previstas ou da postura exacerbadamente defensiva ou gananciosa de uma parte em relação à outra na adoção das condutas contingenciais previamente elencadas.

Em outras palavras, as divergências observadas na execução do contrato, se não tratadas adequadamente, reduzem, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a eficiência do contrato. Sobre o tema, Sztajn, Zylbersztajn e Azevedo (2005, p. 109-110) esclarecem que:

Na área da Análise Econômica do Direito, a teoria [referindo-se à teoria dos contratos relacionais] concebe o contrato como uma forma de comunicar os objetivos destinados a obter a performance acordada. Reconhece a impossibilidade de definir contratos completos, entretanto assume que as cortes são capazes de resolver os conflitos pós-contratuais a custo zero e de modo não tendencioso. Portanto, os tribunais são os agentes capazes de implementar as modificações a que levam a otimizar o valor da relação, em substituição aos agentes privados. É mais importante a definição de regras para garantir a performance dos contratos e menos importante a lógica da transação que originou o contrato. (SZTAJN, ZYLBERSZTAJN e AZEVEDO 2005, p. 109-110).

Essa assertiva secunda outras teorias que consideram existir uma lógica de eficiência relacionada à definição de marcos pós-contratuais, pressuposto resolutivo da teoria dos contratos incompletos. Assim, a teoria da agência “considera a ação oportunística dos agentes e pressupõe a possibilidade de desenhar contratos eficientes considerando a alocação eficiente do risco e dos incentivos no desenho do contrato” (SZTAJN, ZYLBERSZTAJN e AZEVEDO 2005, p. 109-110). A teoria dos contratos relacionais foca o processo de ajustamento dos acordos, especialmente os de longo prazo, mais custosos, relativizando a busca pela completa previsão de contingências.

Assim, a Análise Econômica do Direito auxilia tanto na compreensão dos contratos complexos ou incompletos como na sua função interpretativa, ao invés de verificar somente “em que medida as partes causaram prejuízo umas às outras” (CASCAES, 2017, p. 185), já que os efeitos da aplicação do direito no negócio jurídico geram efeitos para além das partes envolvidas nas avenças. Nesse sentir, Forgioni (2005) reforça que nenhum direito é absoluto e cabe ao intérprete ponderar também os benefícios que o agente proporciona à relação econômica.

Além disso, vale lembrar que, se por um lado o aspecto jurígeno do contrato estabelece, com a adjudicação, a imposição de condutas específicas sob a coerção sancionatória ou indenizativa, o apoio externo ao fator colaborativo no cumprimento das dos negócios jurídicos encontra amparo na necessidade de “segurança e justiça dos mercados, de fornecimento de padrões oficiais de pesos e medidas, do estabelecimento do curso legal da moeda, de preservação dos canais de comércio internacional” (TRINDADE, 2021, p. 5).

Isso porque, na visão de Trindade (2021, p. 5), não se exclui o apoio em “vias não-legais de favorecimento do respeito pelos contratos, como é o caso das normas sociais, ou dos mecanismos de reputação e de ostracização”.

De qualquer sorte, as lacunas inerentes aos contratos complexos ou incompletos terão que ser supridas de alguma forma, seja pela lei ou pelos Tribunais, observando-se, todavia, a eficiência, pressuposto mais importante das ciências econômicas aplicada à ciência jurídica, segundo a Análise Econômica do Direito. É o que defendem Ribeiro e Galeski (2015, p. 148):

A Análise Econômica do Direito, no que se refere aos contratos, atenta não apenas para a questão da formação dos contratos, mas, também, para determinar quais os pactos que merecem proteção e quais as consequências do descumprimento do contrato, assim como as questões acerca da melhor consecução do contrato diante de lacunas e falhas de mercado e papel dos tribunais. (RIBEIRO; GALESKI, 2015, p. 148).

De qualquer modo, é importante destacar que a negociação e a celebração de um contrato, mesmo o contrato administrativo, exige esforço intelectual e físico, tempo e, obviamente, custos, representados pela busca ou seleção do parceiro, pelo estabelecimento dos termos ideais a partir da análise minuciosa das implicações normativas e institucionais, “de ponderação dos custos de oportunidade ínsitos na adoção de relações exclusivas em detrimento das opções de mercado, ou ainda de ponderação de custos e benefícios dos ‘investimentos de confiança’” (TRINDADE, 2021, p. 5). Disso depende o sucesso do contrato, pois são aspectos externos que influenciam diretamente a execução do objeto.

Esses custos são diretamente proporcionais à complexidade do clausulado, à indefinição normativa quanto às titularidades e legitimidades das partes (dificultando a compreensão, por uma parte, da “ameaça de retirada” pela outra parte), ao desfasamento temporal das prestações, e ao desequilíbrio entre estas. (TRINDADE, 2021, p. 5).

Mas o encontro de vontades representado pela formalização do contrato encontra obstáculos potencializados pela longa duração prevista para ele, como observa Trindade (2021, p. 5):

O encontro de vontades defronta-se, ainda, com as dificuldades adicionais da heterogeneidade das partes, da assimetria informativa, da margem de retenção estratégica de informação “privada” – e até de indução em erro – que aquela assimetria proporciona, tudo isto somado à extensão das contingências relevantes para a onerosidade, ou até para a sobrevivência, do contrato, e que serão tanto maiores quanto mais longa a duração prevista para ele. (TRINDADE, 2021, p. 5).

Essas dificuldades, representadas, em última análise, pelos custos contratuais, explicam a importância do cumprimento do contrato, de certo modo sacralizado pelos princípios da continuidade, da preferência pelo contrato, do *pacta sunt servanda* e outros. Isso porque, a partir da celebração do negócio jurídico, de certo modo, as amarras do mercado são cortadas e passa a imperar outro princípio, o da relatividade, muitas vezes até a exclusividade.

Os contratantes têm entre si um programa único de colaboração que os coloca em situação privilegiada em relação às pessoas externas à relação, fazendo com que sejam os primeiros beneficiários da conduta da contraparte. Mas, por outro lado, tal circunstância pode, igualmente, torná-los os primeiros afetados negativamente por essa mesma conduta.

Tipicamente, se uma das partes já obteve a vantagem principal visada pelo contrato e se encontra na posição de devedora da contrapartida pela vantagem obtida, a mera ameaça de incumprimento deixa transparecer a vulnerabilidade da parte que é credora dessa prestação; e algo de semelhante sucede se a parte vulnerável o é porque contratou a prestação de um bem ou serviço que não está disponível no mercado, estando, portanto, à mercê do (in)cumprimento da contraparte que pode traduzir-se na frustração total dos seus interesses. (TRINDADE, 2021, p. 6).

Essas situações são denominadas “*holdup* contratual” e caracterizam, segundo Trindade (2021, p. 6), a disciplina normativa da heteronomia dos contratos.

O mesmo autor (TRINDADE, 2021, p. 6) preceitua que tais problemas, representados pela heteronomia contratual e pela necessidade de apoio externo, decorrem dos custos de completamento do contrato que implicam, na mesma medida, sua incompletude. Assim, nos contratos incompletos faltam disposições normativas que estabeleçam regras de particionamento de obrigações, com imposições de cunho coercitivo e sancionativo, e de vantagens às partes, e mesmo de estipulações que consigam estabelecer o ponto de equilíbrio para a manutenção da relação negocial, tanto objetivas em razão de riscos previstos, como referenciais, diante da imprevisibilidade de outras vulnerabilidades.

A motivação para a incompletude, por sua vez, pode decorrer do próprio posicionamento estratégico das partes, do juízo de improbabilidade, da inadequação normativo-jurídica de eventos relevantes, ou pode resultar de pura “procrastinação externalizadora”, quando “as partes prescindem da previsão custosa de contingências futuras, em favor de uma renegociação, ou de uma adjudicação retrospectiva, comparativamente mais barata, porque *ex post* já estará identificada a contingência relevante” (TRINDADE, 2021, p. 6).

Forgioni (2023, p. 61) destaca a atenção dos economistas, nas últimas décadas, para o fenômeno dos desafios apresentados nos contratos incompletos explicados a partir dos custos de transação em três aspectos:

- [i] existência de contingências imprevistas [*unforeseen contingencies*], pois as partes não podem definir *ex ante* todas as vicissitudes futuras, incluindo o comportamento inesperado do parceiro;
- [ii] custo da redação de contratos [*cost of writing contracts*], pois, ainda que todas as contingências fossem previsíveis, mostrar-se-ia excessivamente custoso descrevê-las e prevê-las no contrato;
- [iii] custo de execução do contrato [*cost of enforcing contracts*], pois, diante de contingências e comportamentos imprevistos, não é fácil aos julgadores compreender o que foi avençado e dar-lhe concreção. (FORGIONI, 2023, p. 61).

Na perspectiva jurídica, Forgioni (2023, p. 61-62) entende que reconhecer a incompletude contratual leva a considerar:

- [i] existência de inúmeras lacunas que permeiam a avença entre empresas. As lacunas não são necessariamente um “defeito” dos contratos, como prega a dogmática tradicional, mas uma característica própria dos contratos complexos;
- [ii] regras ou princípios gerais aplicáveis caso não haja previsão expressa em sentido contrário pelas partes [normas dispositivas ou *default rules* para os norte-americanos]; e
- [iii] tratamento que o direito deve dispensar a essas lacunas, encontrando soluções que não aviltem vetores fundamentais de funcionamento do sistema, como o *pacta sunt servanda* e a *liberdade de contratar*. Até que ponto as lacunas devem ser supridas inexistindo acordo entre as partes sobre o caminho a seguir? (FORGIONI, 2023, p. 61-62).

Ainda, o reflexo da incompletude é potencializado na medida em que mais sofisticada é a interpretação do contrato, demandando, como já visto, maior carga cognitiva para sua compreensão. É a mesma razão obtida a partir da necessidade de aplicação de regras interpretativas diante da concretização de ameaças não previstas, não normatizadas ou ambigualmente especificadas no contrato.

Ao contrário, a execução do negócio será mais segura quanto mais minuciosamente forem descritas as regras de conduta e os mecanismos de coerção que possam prevenir a frustração do contrato³⁷. Mas, muitas vezes, tal incentivo não acontece “porque as partes podem querer preservar a ‘válvula de escape’ do incumprimento eficiente, ou porque se apercebem atempadamente dos riscos de ‘overreliance’, o ‘excesso de confiança no contrato’” (TRINDADE, 2021, p. 6).

A Análise Econômica do Direito reconhece que o fenômeno do contrato é dinâmico, que acontece em um processo evolutivo e variável, “aberto a reconsiderações, a renegociações, a

reequilíbrios, e a todo um universo ‘relacional’ de interações [sic] estratégicas”; e que, apesar dos “‘investimentos de confiança’, os desequilíbrios e assimetrias não se esgotam nos momentos de negociação e celebração”, persistindo ou ressurgindo “ao longo da vida da relação contratual – ou até, excepcionalmente, depois do final dessa relação” (TRINDADE, 2021, p. 6).

Essa dinâmica, conseqüentemente, é imposta pela complexidade do objeto a ser executado e, com isso, caracteriza o contrato complexo, que varia, na visão de Forgioni (2023, p. 60), em conformidade com os seguintes fatores:

- i) duração da relação; ii) iteração da contratação; iii) valores das prestações e contraprestações; iv) grau de ingerência de uma parte das prestações devidas pela outra; v) magnitude dos prejuízos decorrentes do eventual insucesso da operação; e vi) quantidade de pessoas envolvidas na execução do contrato. (FORGIONI, 2023, p. 60).

Nesse entendimento, segue a autora apontando os indutores do grau da complexidade contratual:

Vários são os indutores da simplicidade ou da complexidade contratual, tais como **ambiente institucional, características da transação, expectativa sobre êxito em eventual renegociação e preenchimento de lacunas** [‘agreeing to agree’], **grau de assimetria informacional** entre as partes, **dificuldade ou facilidade de monitoramento** do comportamento da outra parte, presença de **confiança**, boa ou má **reputação da contraparte**, **custos** que decorreriam de eventual **litígio**, **relação contratual pretérita** etc. (FORGIONI, 2023, p. 60, destacou-se).

Acerca da discussão sobre a incompletude e complexidade dos contratos, vale retomar a verificação da capacidade de aquisição de informações pelas partes, que podem agir, especialmente na formação dos contratos, de forma deliberada, ou não, sobre a composição dos referenciais clausulares.

Nessa direção, Caminha e Lima (2014, p. 167) evidenciam “a distinção entre incompletude repentina e incompletude deliberada”, considerando que, nesta última, “os contraentes são conscientes de que, no ato de concluir o contrato, uma parcela do seu conteúdo deve ser determinada posteriormente e que a lacuna será preenchida, alternativamente, por um outro acordo, pela força de apenas uma das partes, ou pela decisão de um terceiro” (CAMINHA; LIMA, 2014, p. 167).

De outro lado, diversamente, poderá acontecer a “incompletude súbita ou involuntária, em que as partes não tiveram a intenção de deixar lacunas no contrato, preferindo que o contrato

³⁷ Considerando, em contraponto, os custos e a perda de eficiência de contratos excessivamente clausulados.

incompleto venha disciplinado pelas normas legais (mediante o procedimento de integração ou interpretação)” (CAMINHA; LIMA, 2014, p. 167).

Mais uma vez, a capacidade das partes de prever riscos futuros, traduzida pelas condições adequadas de prospectar cenários, está intimamente ligada à racionalidade limitada das pessoas envolvidas na negociação. Mesmo considerando que essa racionalidade seja eficiente, haveria resultados significativos somente em cenários simples e previsíveis. Em cenários de incertezas, que se relacionam ao ambiente, e não ao indivíduo, o exercício da racionalidade limitada é custoso e tendente à inefetivação.

É o que corrobora Freitas Rosa (2022, p. 194-195), ao afirmar que:

[...] o pressuposto de racionalidade limitada não é condição suficiente para a existência dos custos de transação. Esse pressuposto não teria nenhuma relevância analítica caso o ambiente econômico no qual se processam as transações fosse absolutamente simples e previsível. Isto é, esse conceito é relevante para a análise das transações processadas em condições de complexidade e de incerteza, ambiente esse no qual se torna excessivamente oneroso, se não impossível, especificar antecipadamente todos os desdobramentos em cada circunstância possível de materialização. (FREITAS ROSA, 2022, p. 194-195).

Sobre a racionalidade limitada, o mesmo autor afirma: “[...] a racionalidade limitada é uma característica do indivíduo, enquanto a incerteza é uma característica do ambiente no qual se processa a transação. Assim, a incerteza do ambiente impõe limites à racionalidade dos indivíduos” (FREITAS ROSA, 2022, p. 195).

Segundo Khaneman (2012, p. 23), a racionalidade limitada, ou a limitação cognitiva dos contratantes reflete no resultado obtido na formação contratual, e tal limitação deriva da confiança excessiva das pessoas acerca do que acreditam saber, da extensão da ignorância e das incertezas mundanas.

Conforme determinamos o curso de nossas vidas, normalmente nos permitimos nos guiar por impressões e sentimentos, e a confiança que temos em nossas crenças e preferências intuitivas em geral é justificada. Mas nem sempre. Muitas vezes estamos confiantes mesmo quando estamos errados, e um observador objetivo tem maior probabilidade de detectar erros do que nós mesmo. (KAHNEMAN, 2012, p. 24).

Ainda assim, os indivíduos, mesmo limitadamente, são cientes de sua racionalidade e, por isso, reconhecem a necessidade de adaptações contratuais que ocorrem durante a execução do contrato e que demandam renegociações entre as partes. Por esse motivo, deve-se buscar a

inclusão de salvaguardas clausulares no momento anterior à execução, durante a elaboração do instrumento jurídico.

Freitas Rosa (2022, p. 195) assevera que “essas salvaguardas servem tanto para contornar lacunas decorrentes da racionalidade limitada (características dos contratos incompletos) quanto para mitigar comportamentos oportunistas entre as partes contratuais”.

Nessa direção, Cabral (2002, p. 34) preconiza que:

Os agentes, cientes das limitações *ex-ante*, incluem salvaguardas contratuais para lidar com eventuais desvios *ex-post*. Muitas destas cláusulas, oriundas da incapacidade de obtenção e do processamento das informações, podem se constituir em fatores alavancadores de custos de transação, tanto *ex-ante* em termos de esforços adicionais para redação do contrato, quanto *ex-post* no que se refere às tensões geradas pelo entendimento de uma das partes sobre o não cumprimento do prescrito contratualmente. (CABRAL, 2002, p. 34).

O desequilíbrio cognitivo gerado pela tensão oriunda do entendimento de cada parte sobre o cumprimento efetivo do que está contratado é potencializado pelo acontecimento de situações não previstas ou, se previstas, de difícil solução.

Essas são características da incompletude dos contratos complexos que ensejam a criação de “estruturas de governança [...] para integrar lacunas inevitavelmente presentes nesses pactos e solucionar supervenientemente eventuais controvérsias que surjam ao longo da execução contratual” (FREITAS ROSA, 2022, p. 195).

Tais controvérsias, em contratos complexos, potencializam a evasão de uma das partes, gerando a descontinuidade da relação negocial e, muitas vezes, pondo fim ao objeto contratual.

Guimarães (2015, p. 240-241), ao estudar os contratos administrativos de concessão e parcerias público-privadas, reforçou a necessidade de minimizar a incompletude dos contratos, especialmente no que tange à alocação dos riscos, com o fim de evitar o que denominou como “efeito *lockin*”, bem como a prática oportunista propiciada por impasses gerados dolosamente, denominados *holdups*. Veja-se:

[...] numa contratação de longo prazo, como é a concessão e a PPP, há custos diversos incidentes para a evasão de uma das partes da relação contratual. Isso se passa especialmente com o poder concedente, que tem prejuízos de diversas ordens num cenário de extinção precoce do contrato (descontinuidade na prestação do serviço público, desenvolvimento do processo de extinção da concessão, custos com a reinauguração do processo de licitação-contratação, prejuízos políticos ao governo etc.). Essa suscetibilidade de uma parte em relação à outra pode gerar aquilo que se denomina de efeito de *lockin*, pondo-a como refém da extinção da relação jurídico-contratual. Lacunas contratuais podem favorecer, neste contexto, a adoção de práticas oportunistas pelo concessionário, gerando impasses (*holdup*) que desagüam na oportunidade de

renovações e revisões contratuais em contratos ainda jovens, com riscos para a estabilidade e continuidade do vínculo. Minimizar a incompletude dos contratos em matéria de alocação e riscos pode concorrer para evitar práticas desta natureza. (GUIMARÃES, 2015, p. 240-241).

Por fim, com a pretensão de retomar o que foi abordado até aqui, destaca-se que os contratos complexos são caracterizados por execução prolongada no tempo, na maioria das vezes de custo elevado, com exposição a riscos variados e de magnitudes diversas, muitas vezes imprevisíveis ou, se previsíveis, de difícil solução.

Nesse alinhamento, faz-se necessário mencionar os episódios contemporâneos que afetaram o mundo e repercutiram de modo bastante severo na execução dos contratos complexos.

A pandemia de Covid-19, em março de 2020, ocasionou a interrupção da cadeia produtiva do aço, petróleo, semicondutores e setor de serviços, ocasionando atrasos, suspensões e, até mesmo, paralisações e descontinuação no setor de infraestrutura, envolvendo a construção civil, a instalação de tecnologias da informação e comunicação, a indústria automotiva e o transporte.

A invasão da Ucrânia pela Rússia, em 2022, a ameaça chinesa a Taiwan, o envolvimento dos Estados Unidos e a expansão da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) para o oriente europeu, o constante conflito entre Israel e a Palestina, acirrado entre os anos 2021 e 2022 e, atualmente, em 2023, potencializado pela guerra entre Israel e o grupo terrorista “Hamás”, a tensão crescente no Oriente Médio, com o desenvolvimento nuclear contínuo do Irã, também afetaram a cadeia de fornecimento de petróleo, impactando os diversos setores dependentes do combustível fóssil.

Essas circunstâncias são de resultados negativos incalculáveis. A pandemia, apesar de proclamada continuamente como um risco mundial, era imprevisível sob o aspecto temporal. As circunstâncias geopolíticas, por outro lado, apesar de admitirem a formação de cenários prospectivos, indicam que os quadros situacionais evolutivos apontam soluções difíceis e reflexos gravosos, impossíveis de se prevenir totalmente.

Em outras palavras, a insegurança, instabilidade e incerteza são partes do cotidiano mundial. Essas condições potencializam os riscos naturalmente admitidos nos contratos complexos.

Tais condições demandam a necessidade de alocar o máximo possível de riscos e prever condutas das partes no instrumento contratual, o que, igualmente, pode levar ao manuseio oportunista de uma das partes a fim de gerar renegociações indevidas.

Apesar da pretensa postura preventiva na redação contratual, contratos complexos sempre terão lacunas que, somadas aos interesses individuais das partes em contraponto ao dever colaborativo, ocasionarão atritos e divergências que, por sua vez, gerarão tensões e ameaçarão a continuidade do objeto contratado. Há, portanto, a necessidade da adoção de estruturas de governança contratual para mitigar e minimizar tais efeitos, especialmente estruturas voltadas à prevenção do conflito na execução contratual.

Destaca-se, nesse sentido, a execução de contratos complexos que externem relevância ao interesse público e, ao mesmo tempo, mantenham as características típicas dos contratos complexos, como a execução prolongada no tempo e o alto custo envolvido.

Por isso, o estudo dos contratos administrativos complexos merece atenção, especialmente por somarem a esse espectro de variáveis os riscos inerentes aos aspectos financeiros, técnicos e legais que, em última análise, poderão interferir na concretização de projetos públicos importantes.

A despeito disso, deve-se ponderar que, apesar de se submeterem a marco regulatório típico, os contratos administrativos, no que diz respeito à complexidade da execução de seu objeto, podem ser comparados aos contratos de natureza privada, mas permitindo, em razão da aplicação compulsória do princípio da transparência e do acesso à informação à Administração Pública, a obtenção de dados valiosos para o desenvolvimento deste estudo.

1.4 Contratos administrativos

Os contratos da Administração Pública, em sentido amplo, podem ser classificados de acordo com o seu regime jurídico, eis que o Poder Público pode pactuar em conformidade com as normas de direito privado e de direito público, a depender do objeto e da finalidade almejada.

Dessa forma, contrato administrativo é o termo utilizado para “designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público” (DI

PIETRO, 2022, p. 287). A Administração Pública sobrepõe-se ao particular com seu poder de império, caracterizando verticalmente a relação jurídica.

Ao contrário, nos contratos de direito privado, a Administração Pública equipara-se ao particular, em uma relação horizontal, ou seja, se desnuda das prerrogativas do Poder Público³⁸, valendo-se do regime jurídico de direito privado, em uma relação de igualdade com o particular.

Segundo Di Pietro (2022, p. 288), vários são os critérios apontados para distinguir o contrato de direito privado do contrato administrativo. O primeiro é o (i) orgânico, ou subjetivo, identificado quando o Poder Público age com verticalidade na relação contratual, impondo o seu poder de império; (ii) por outro lado, o objeto também é utilizado como fator de identificação, especificamente, quando a contratação recai sobre a organização e o funcionamento dos serviços públicos; (iii) a finalidade pública³⁹, por sua vez, também é um fator utilizado para classificar o contrato administrativo, assim como (iv) o procedimento utilizado para contratar⁴⁰ e (v) a presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, ou seja, fora do alcance, da órbita do direito comum, com o fim de “assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular” (DI PIETRO, 2022, p. 289), como “a alteração unilateral do contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas” (DI PIETRO, 2022, p. 289) etc.

Di Pietro (2022, p. 289) entende que “enquanto no direito privado prevalecem os atos jurídicos bilaterais – os contratos –, a Administração Pública utiliza-se essencialmente de atos administrativos unilaterais, com características exorbitantes do direito comum”. Tal característica decorre de um dos seus atributos, a imperatividade, que permite ao Poder Público criar obrigações ao particular, independentemente de sua concordância, ou mesmo contra sua vontade. Venosa (2009) também corrobora esse entendimento ao definir:

O que de fato, porém, diferencia o contrato administrativo do contrato de direito privado são as chamadas cláusulas exorbitantes. São elas reflexos da preponderância do interesse público nesses contratos. Por elas, o Estado assegura certas vantagens. Essas disposições favorecem apenas o ente estatal, exorbitam da esfera do direito privado. Marcam-se não

³⁸ Nas palavras de Cretella Júnior (1971, p. 19), “prerrogativa pública ou prerrogativa de potestade pública é a posição especial em que fica a Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum, ou, em outras palavras, é a faculdade especial conferida à Administração, quando se decide a agir contra o particular. [...] a Administração fica desnivelada ao particular, assumindo uma posição vertical, bem diversa da posição horizontal em que fica o particular diante do particular”. (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 19).

³⁹ Apesar de a Administração Pública dever pautar todos os seus atos pelo interesse público.

⁴⁰ Di Pietro (2022, p. 288) afirma que essa condição “não corresponde à verdade porque existem algumas formalidades que são exigidas, não pela natureza do contrato, mas pela presença da Administração e pela finalidade pública que ela tem que atender; é o caso da licitação, da forma, da motivação, da publicidade”.

só pelo fato de permitir à Administração o que ao particular é vedado, mas também por submeter o administrado contratante a um regime de sujeição mais ou menos ampla no negócio. É a finalidade do Estado que permite sacrificar a participação do contratante. (VENOSA, 2009, p. 556).

Nos atos em que a vontade da Administração e a do particular são coincidentes, sem possibilidade de imposição de deveres por parte do Poder Público, que age apenas conferindo direitos, o atributo da imperatividade está ausente. É o que acontece em atos negociais como a permissão, a autorização e a admissão, em que “a Administração, por ato unilateral, consente, em geral atendendo a pedido do interessado, que ele exerça certa atividade ou pratique determinado ato; não lhe impõe uma obrigação” (DI PIETRO, 2022, p. 289).

No contrato administrativo, por outro lado, mesmo que as disposições clausulares sejam fixadas unilateralmente, dá-se o aperfeiçoamento somente quando o contratado assume o compromisso perante o Poder Público contratante, com obrigações a cumprir e direitos a receber.

Note-se que, nesse caso, a imperatividade presente nos atos administrativos unilaterais também está ausente nas cláusulas integrantes do contrato administrativo, pois a capacidade de impor obrigações ao particular acontece somente quando aperfeiçoado o ato negocial, com a manifestação de concordância do contratado.

Por isso, o fato de a Administração Pública estabelecer de forma unilateral as condições de execução do objeto que pretende ajustar não afasta a natureza contratual da avença, que penderá, sempre, do consentimento, do acordo de vontades.

Também não é o caso de afirmar que as condições gerais estabelecidas no instrumento contratual da Administração Pública equiparam-se a normas jurídicas cogentes entre o particular e o Poder Público. É certo que tais cláusulas gerais obrigam a ambos e são, em regra, irrevogáveis, mas admitem a rescisão e a alteração unilateral da Administração Pública por motivos de interesse público, desde que respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, pode-se inferir, dentre as correntes doutrinárias, que contrato administrativo é espécie do gênero contrato, cujo conceito é dado pela teoria geral do direito, mas com características exorbitantes do direito comum, a exemplo das prerrogativas e sujeições que constituem o regime administrativo.

Nas palavras de Nohara (2022, p. RB-19.3), contrato administrativo, em sentido restrito, pode ser definido como “o ajuste de vontades firmado entre a Administração Pública e terceiros

regido por regime jurídico de direito público e submetido às modificações de interesse público, assegurados os interesses patrimoniais do contratado”.

É “um acordo voluntário de vontades, indissolavelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária” (DI PIETRO, 2022, p. 290), em que “os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros” (DI PIETRO, 2022, p. 290).

Há “produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes; daí a afirmação de que faz lei entre as partes”. No entanto, existe uma oferta tornada pública a toda a coletividade por meio de uma licitação.

Os interessados, por sua vez, caso queiram contratar com a Administração Pública, devem aceitar as condições previamente estabelecidas pelo Poder Público, sendo a minuta contratual um dos instrumentos obrigatórios a compor o edital licitatório, apresentando sua proposta para assumir tais obrigações. Ou seja, quando o particular apresenta sua proposta à Administração, ele afirma e aceita que, para si, há equivalência entre os direitos e obrigações contratuais, o que constituirá, portanto, o ponto de equilíbrio do futuro contrato.

Diante das propostas apresentadas, a Administração, por sua vez, seleciona a mais conveniente e vantajosa ao interesse público para a celebração do ajuste, formando-se, com isso a vontade contratual, em que “cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas” (DI PIETRO, 2022, p. 290).

Veja-se que “os interesses e finalidades visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro” (DI PIETRO, 2022, p. 290).

Assim, os contratos administrativos aderem ao conceito geral de contrato, especialmente por representarem um acordo de vontades que estabelece direitos e obrigações recíprocos. Todavia, no âmbito da Administração Pública, os contratos devem obedecer a exigências relacionadas à forma, ao procedimento, à competência e à finalidade.

Quanto à formalidade, os contratos administrativos devem ser escritos, independentemente de seu objeto, ressalvadas as pequenas compras de pronto pagamento, em que se admite excepcionalmente a forma verbal, como prescrevem os marcos regulatórios dos

contratos administrativos, da seguinte forma, consoante o artigo 60 da Lei nº 8.666/93 e do artigo 95 da Lei nº 14.133/21:

Art. 60. [...].

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento. (Lei nº 8.666/93).

Art. 95. [...]:

[...].

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Lei nº 14.133/21).

Quanto à finalidade, que deve ser sempre pública (sob pena de desvio de poder), e ao procedimento voltados à celebração do contrato, deve-se observar as prescrições dispostas na lei para que o ajuste seja considerado válido, a exemplo da autorização legislativa, da avaliação, da licitação, da motivação, da indicação da existência de recursos orçamentários, da publicidade e da aprovação pelo Tribunal de Contas do ente federativo. Da mesma forma, a competência para a celebração deve ser a estabelecida na legislação.

As prerrogativas da Administração, como já observado, são estabelecidas por meio de cláusulas exorbitantes, de privilégio ou de prerrogativa. “Tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra” (DI PIETRO, 2022, p. 290).

Exemplos delas são as “cláusulas que preveem a aplicação de penalidades administrativas, a retomada da concessão, a responsabilização do contratado sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2022, p. 292), todas autoexecutórias, em atendimento ao atributo da autoexecutoriedade, conferido à Administração Pública.

As cláusulas exorbitantes são indispensáveis para que se assegure a posição de supremacia do Poder Público em relação ao contratado, fazendo-se prevalecer o interesse público sobre o interesse particular, o que não se verifica quando a Administração celebra contratos de direito privado.

Essa característica, a exorbitância, é a mais destacada na teoria dos contratos administrativos, “pois se relaciona, entre outras coisas, com o direito de a Administração modificar o contrato unilateralmente ou rescindi-lo, tendo em vista a consecução dos interesses públicos, desde que nos limites legais” (NOHARA, 2022, p. RB-19.5).

Isso não significa que não pode existir prerrogativa estabelecida em contratos de direito privado celebrados pela Administração, apenas que as exorbitâncias do direito comum devem estar expressamente previstas, quando nos contratos administrativos tal exigência não se observa, eis que decorre da própria lei geral.

Outro ponto que se deve ponderar no estudo dos contratos administrativos diz respeito ao objeto do contrato.

O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de “atividade exercida sob regime jurídico exorbitante”, mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente. Abrange os serviços públicos comerciais e industriais do Estado que, embora exercidos, em geral, sob regime de direito privado, podem ter execução transferida ao particular por meio do contrato de concessão de serviço público, que é o contrato administrativo por excelência. (DI PIETRO, 2022, p. 292)

A utilização privativa de bens públicos de uso comum ou de uso especial, por serem inalienáveis, está fora do regramento disposto no direito comum, devendo ser estabelecida a partir do referencial do direito público,

Enfim, “mais do que o tipo de atividade, o que se considera essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato” (DI PIETRO, 2022, p. 292). Sendo predominante o interesse geral da coletividade objetivado pela Administração sobre o interesse individual do particular, o regime jurídico imposto ao contrato será o público, sendo o ajuste um contrato administrativo.

Enquanto os contratos de direito privado exigem capacidade civil do contratante, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma é livre, salvo previsão legal em sentido contrário; os contratos administrativos demandam não apenas a capacidade, mas sobretudo a competência das autoridades públicas; além dos mencionados requisitos de validade do objeto, que ele seja orientado para a consecução de finalidades públicas, sendo exigidas, ainda, [...], diversas derivações do regime jurídico de direito público, que determinam:

1. maior formalismo, como corolário do princípio da publicidade ou transparência administrativa;
2. procedimento prévio de licitação, exceto nas hipóteses de contratação direta autorizadas em lei, para garantia dos objetivos de igualdade dos contratantes, com

vistas à justa competição, e pela busca por resultados de contratação mais vantajosos para a Administração⁴¹; e

3. uma gama de prerrogativas que são denominadas cláusulas exorbitantes, que geram mutabilidade ou instabilização da relação jurídica, tendo em vista a supremacia do interesse público em relação ao particular, desde que seja respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (NOHARA, 2022, p. RB-19.3).

Sob o aspecto normativo, os contratos administrativos encontram referencial maior na Constituição Federal, que situou a competência legislativa da União no artigo 22, inciso XXVII, para “estabelecer normas gerais de licitação e contratação”.

Tal normatização, por sua vez, deve seguir as disposições do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que condiciona a contratação de obras, serviços, compras e alienações a “processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta”.

Por sua vez, deve-se notar que a Lei nº 8.666/93, que vigorou até 30 de dezembro de 2023, definiu contrato no parágrafo único do artigo 2º, como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Por essa definição, todos os contratos celebrados pela Administração Pública com particulares, “pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (artigo 1º, *caput*, da Lei nº 8.666/93) seriam contratos administrativos e, por isso, deveriam seguir as disposições gerais estabelecidas na Lei nº 8.666/93.

A Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) tornou a aplicação de seus dispositivos mais genérica, estabelecendo a normatização geral de contratação [e não somente sobre contratos administrativos] à Administração, especificando mais pormenorizadamente o objeto das avenças no artigo 2º.

Portanto o novo referencial normativo dos contratos administrativos destina-se ao regramento das seguintes avenças: “I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens

⁴¹ Além do incentivo à inovação e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, nos termos do artigo 11,

públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação” (artigo 2º da Lei nº 14.133/21).

Além disso, deve-se observar que a Lei nº 14.133/21 não mais menciona expressamente os contratos privados da Administração, como fazia a Lei nº 8.666/93, no artigo 62, § 3º, inciso I, referentemente aos contratos de seguro, de financiamento, de locação e de outros em que tal diploma dizia serem regidos predominantemente por normas de direito privado, reforçando, portanto, os aspectos públicos dos contratos celebrados por ela, sendo, em qualquer hipótese, subsidiária a aplicação do direito privado.

Nesse sentido, o artigo 89 da Lei nº 14.133/21, como visto alhures, assim como o artigo 54 da Lei nº 8.666/93, preconiza que “os contratos [...] regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Diante disso, podem-se estabelecer as seguintes características genéricas presentes nos contratos administrativos, comuns aos contratos em geral:

(a) consensualidade, derivada do acordo de vontades; (b) formalidade, devendo, via de regra, ser escrito e obedecer a diversos requisitos formais [...]; (c) onerosidade, pois é, geralmente, remunerado; (d) comutatividade, ao assegurar vantagens recíprocas; (e) firmado *intuitu personae*⁴², tendo em vista que obriga o contratado a realizar o contrato, não se permitindo, salvo nos limites fixados, a subcontratação; (f) natureza de contrato de adesão, no qual as cláusulas são preestabelecidas pela Administração e normalmente constam em forma de minuta do próprio instrumento convocatório da licitação, sendo fiéis às determinações contidas em leis e regulamentos. (NOHARA, 2022, p. RB-19.5).

Especificamente em relação aos contratos administrativos, tem-se como características próprias (i) a participação do Poder Público como contratante, (ii) a finalidade voltada sempre ao atendimento do interesse público, (iii) a obediência ao procedimento prévio da licitação, com exceção da possibilidade de contratação direta nas hipóteses legais permitidas e (iv) a presença de

inciso IV, da Lei nº 14.133/21.

⁴² Ressalta-se que os Tribunais de Contas diferenciam a obrigação *intuitu personae* da obrigação personalíssima, como se verifica na Resolução nº 17.142, do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA), que prescreve o seguinte: “[...] a diferença que se apresenta entre a obrigação *intuitu personae*, que caracteriza quase todos contratos administrativos, não se confunde com a obrigação personalíssima, própria de apenas alguns contratos, como por exemplo, um contrato referente a uma obra de arte, uma narração evocativa de um feito, contratada com um escritor de talento indiscutível e especializado em determinado assunto e a realização de uma pintura, por um pintor renomado” (TCE/PA, 2006)

cláusulas exorbitantes do direito comum, baseada na supremacia do interesse público almejado pela Administração.

Aliás, retomando a exorbitância como uma das características mais destacadas no contrato administrativo, ressalta-se que, como manifestação dos poderes administrativos, as cláusulas exorbitantes não se relacionam a arbitrariedade da Administração (NOHARA, 2022, p. RB-19.5); elas concretizam, na verdade a supremacia do interesse público como “instrumentais à realização da finalidade pública” (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 574).

Não é a pretensão deste estudo esmiuçar por completo as características dos contratos administrativos, mas alguns apontamentos próprios são importantes para se desenvolver o objeto de pesquisa, em complementação ao que já foi abordado, a exemplo do governança, que pode ser correlacionado aos contratos empresariais de modo geral.

1.4.1 A aplicação da governança nos contratos administrativos

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) estabelece em seu artigo 11 que a alta administração do órgão ou entidade é a responsável pela governança das contratações, devendo implementar processos e estruturas, com gestão de riscos e controle interno, objetivando avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os contratos administrativos a fim de (i) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, (ii) assegurar a isonomia entre os licitantes e a justa competição, (iii) evitar as contratações superfaturadas, com sobrepreço ou que apresentem preços inexequíveis para a execução dos contratos, (iv) incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Além disso, como preceitua o mesmo dispositivo, as estruturas de governança devem buscar a promoção da integridade da Administração Pública e a consequente confiabilidade nas contratações, assim como assegurar que elas, as contratações, estejam alinhadas ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, promovendo eficiência, efetividade e eficácia.

A segunda edição do Referencial Básico de Governança do Tribunal de Contas da União (TCU) estabelece que governança no setor público “refere-se [...] aos mecanismos de avaliação, direção e monitoramento”, bem como “às interações entre as estruturas, processos e tradições, as quais determinam como cidadãos e outras partes interessadas são ouvidos, como as decisões são

tomadas e como o poder e as responsabilidades são exercidos”, devendo se preocupar “com a capacidade dos sistemas políticos e administrativos de **agir efetiva e decisivamente para resolver problemas públicos**” (TCU, 2014, p.16, destacou-se).

Por sua vez, a terceira edição do mesmo documento, define governança pública organizacional da seguinte forma:

É a aplicação de práticas de liderança, de estratégia e de controle, que permitem aos mandatários de uma organização pública e às partes nela interessadas avaliar sua situação e demandas, direcionar a sua atuação e monitorar o seu funcionamento, de modo a aumentar as chances de entrega de bons resultados aos cidadãos, em termos de serviços e de políticas públicas. (TCU, 2020b, p.15).

O propósito da governança, por sua vez, deve ser a melhoria do desempenho da organização para a geração de valor, com a implementação de práticas para a criação de contextos favoráveis à entrega dos resultados esperados pelos cidadãos, com sustentabilidade (TCU, 2020b, p.15).

A Política de Governança da Administração Pública Federal, instituída pela Decreto federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017 (BRASIL, 2017)⁴³, corrobora o conceito de governança disposto no referencial teórico do TCU (TCU, 2020b), apontando seis princípios da governança pública, dos quais se destaca, para fim deste estudo, a capacidade de resposta.

Capacidade de resposta, por sua vez, “é a capacidade de responder de forma eficiente e eficaz às necessidades das partes interessadas”, sendo orientado o enfoque na “satisfação das expectativas das pessoas em termos de qualidade, quantidade e rapidez dos serviços públicos prestados com os recursos limitados disponíveis” (TCU, 2020b, p. 44).

Os princípios da governança são orientados por um conjunto de onze diretrizes, sendo a primeira delas “direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades” (artigo 4º, inciso I, do Decreto nº 9.203/17).

⁴³ Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 9.163/2017, de autoria do Poder Executivo que propõe dispor sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, cujo texto assemelha-se com o conteúdo do Decreto nº 9.203/17. O último andamento registra que o PL está sendo apreciado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, sendo objeto de pareceres do Relator, o Deputado Federal Fausto Pinato, do Partido Progressista em São Paulo (PP/SP).

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2163153>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Note-se, portanto, que um viés importante de aplicação da governança e seus princípios é a efetividade do resultado que beneficie a sociedade e atenda suas expectativas.

Assim, a governança contratual administrativa deve buscar como fim último atender ao interesse público delineado no objeto do contrato. Executar e concluir o objeto contratado no prazo programado e sem custos adicionais é a maior expressão de eficiência e eficácia.

Esse ponto relaciona-se diretamente com outro princípio já observado, qual seja a função social do contrato, que, apesar de não declarado na Lei nº 14.133/21, deve balizar as contratações públicas, pois está vinculado umbilicalmente à função social da propriedade. Manter a higidez do contrato administrativo é também atender sua função social, na medida em que são fortalecidas as estruturas externas que se vinculam ao negócio administrativo em específico, bem como na mesma proporção em que o interesse coletivo é consagrado.

A mesma estrutura de governança, como visto, deve avaliar, direcionar e monitorar os contratos administrativos. Essa disposição da legislação geral de contratos administrativos reconhece, com tais atividades, a dinamicidade existente no mundo contemporâneo, que se estende, também, aos contratos, especialmente os contratos complexos, expostos a variáveis imprevisíveis, ou de difícil previsão, e incertezas.

Portanto, deve-se “avaliar, com fundamento em evidências, o ambiente, os cenários, as alternativas, o desempenho e os resultados atuais e os almejados” (TCU, 2020b, p. 17), para poder direcionar a gestão.

A atividade dirigista, nesse sentido, busca “priorizar e orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e de planos”, devendo alinhar “as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas” e assegurar “o alcance dos objetivos estabelecidos” (TCU, 2020, p. 18). O direcionamento dá os critérios para a atividade de monitoramento, que, por sua vez, ao acompanhar os resultados, o desempenho e o cumprimento dos planos e das metas estabelecidas, gera insumos para a avaliação, em um ciclo contínuo de aperfeiçoamento.

A eficiência, ligada diretamente à boa governança, encontra associação também à gestão de riscos, pois o monitoramento e controle dos riscos permite o direcionamento do gestor aos objetivos da governança, com maior eficácia, eficiência e efetividade.

A gestão de riscos está intimamente associada ao princípio constitucional da eficiência, pois sua implementação só faz sentido quando proporciona ganhos em

termos de entrega de resultados e alcance dos objetivos institucionais. Isso a torna uma grande aliada do gestor no desafio de garantir a qualidade dos serviços prestados ao cidadão, porque permite a tomada de decisões de forma racional, contribui para aumentar a capacidade da organização em lidar com eventos inesperados, que podem afetar negativamente os objetivos, estimula a transparência, favorece o uso eficiente, eficaz e efetivo dos recursos, bem como fortalece a imagem da instituição. (TCU, 2020a, p.5).

A gestão de riscos, nessa direção, deve identificar e entender os riscos, mantendo as instâncias responsáveis informadas, a fim de que as respostas sejam apropriadas. Há necessidade de implantação de estrutura própria, com definição do processo de gestão de riscos e sua integração à gestão e à tomada de decisão, “garantindo a alocação de recursos e a existência dos canais de comunicação necessários” (TCU, 2020b, p. 71)⁴⁴.

Vale ressaltar que, segundo a International Organization for Standardization (ISO)⁴⁵, proprietária da Norma ISO 31.000:2018, risco “é o efeito da incerteza sobre os objetivos”. Efeito, segundo a mesma norma, “é um desvio em relação ao esperado. Pode ser positivo, negativo ou ambos, e pode abordar, criar ou resultar em oportunidades e ameaças” (ISO:2018).

Nesse sentido, o TCU distingue risco, “possibilidade de que um evento afete negativamente o alcance dos objetivos”, de oportunidade, “possibilidade de que um evento afete positivamente o alcance dos objetivos” (TCU, 2020a, p. 15).

A gestão do risco, nessa direção, é a atividade que se desenvolve a partir de atividades coordenadas para direcionar e controlar a organização em relação ao risco, que se expressa por meio de fontes, de eventos potenciais, suas consequências e probabilidades (ISO:2018).

A fonte do risco é o elemento que, por si só, ou em combinação com outras fontes, tem o potencial de gerar o risco. Evento, por sua vez, pode ser entendido como a ocorrência ou a mudança de um conjunto particular de circunstâncias, notando-se que (i) um evento pode ter uma ou mais ocorrências e pode ter múltiplas causas e múltiplas consequências, (ii) pode ser algo previsto que não ocorre ou algo imprevisto que ocorre, (iii) podendo ser, também, uma fonte de risco (ISO:2018).

⁴⁴ Deve-se ponderar, da mesma forma, que a gestão de riscos relaciona-se diretamente com a gestão da integridade na organização, na medida em que busca, como visto, a prevenção de aquisições com sobrepreço ou superfaturamento ao imprimir, por meio de controle interno, com monitoramento por indicadores, e procedimentos padronizados de desenvolvimento a atuação ética dos envolvidos nas contratações.

⁴⁵ É uma federação mundial de organismos nacionais de normalização, que prepara normas para padronização internacional em diversas áreas. Na referência citada, a norma ISO 31.000:2018 é destinada à padronização internacional para a gestão de riscos (ISO:2018).

A consequência, na gestão de risco, deve ser entendida como o resultado de um evento que afeta os objetivos. Ela pode ser certa ou incerta, podendo ter efeitos positivos ou negativos diretos ou indiretos sobre os objetivos, expressando-se de maneira qualitativa ou quantitativa. Qualquer consequência pode ser potencializada por efeitos em cascata e cumulativos (ISO:2018).

A probabilidade representa, enfim, a expectativa, a possibilidade de que o risco se concretize, seja definido, medido ou determinado objetiva ou subjetivamente, qualitativa ou quantitativamente e descrito em termos gerais ou matemáticos (ISO:2018).

Traçando um paralelo entre a gestão de riscos padronizada internacionalmente e a gestão de riscos nos contratos administrativos, como determina a Lei nº 14.133/21, entende-se o risco contratual como qualquer evento incerto que possa afetar o desenvolvimento do objeto contratado.

É necessário que, na formação do contrato e no desenvolvimento do seu objeto sejam identificadas as fontes de risco, eventos potenciais, suas consequências e probabilidades de se concretizarem, de modo que os contratantes, com destaque ao dirigente e ao gestor, representantes da Administração Pública, possam direcionar a execução com o fim de controlar e gerenciar os riscos para concluir o objeto.

Nesse alinhamento, destaca-se que “quando o evento é certo de ocorrer ou já aconteceu, não mais se configura um risco, mas sim um problema e deve ser tratado” (TJDFT, 2022, p. 19). Enquanto não se concretiza, é apenas um risco. “A não ser que se trate de algum acontecimento que pode se repetir no futuro. Nesse caso, há o efeito da incerteza, mesmo que a probabilidade de ocorrência seja muito alta, mas não certa” (TJDFT, 2022, p. 19).

A resolução de problemas e a sua prevenção na gestão contratual é, segundo os princípios de governança e gestão de risco, mandatória.

A governança contratual, portanto, deve avaliar, direcionar e monitorar o desenvolvimento do contrato, mantendo estrutura de gestão de riscos que possibilite, diante de eventos negativos verificados, implementar a tomada de decisão na direção da concretização do objeto contratual e do atingimento dos objetivos estabelecidos.

Nesse sentido, vale destacar a iniciativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que estabeleceu uma cartilha para a gestão do risco nas contratações públicas (TJDFT, 2022), em que aponta o principal erro da administração como sendo a

definição de objetivos relacionados à própria realização da contratação, quando, na verdade, o objetivo deveria voltar-se à justificativa da necessidade da solução sob o aspecto do interesse público. Veja-se, portanto, o que o TJDFT (2022) afirmou sobre o propósito da contratação:

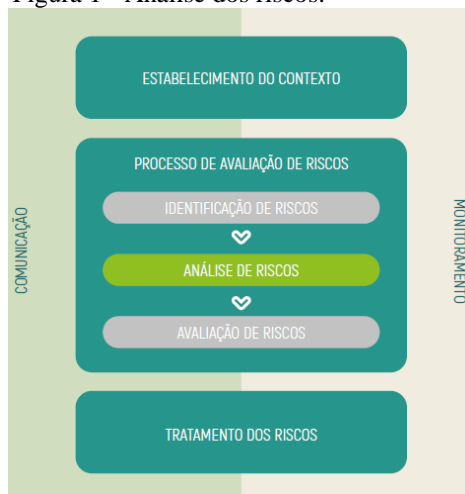
[...] o demandante de uma contratação deve especificar a sua motivação. Aí começa o principal erro de muitos: definir como objetivo a própria realização da contratação. É evidente que, se alguém está desenvolvendo um estudo técnico e preenchendo um projeto básico, esta pessoa quer realizar a contratação. O motivo, porém, deve basear-se na justificativa da necessidade desta solução, como a manutenção ou melhoria de algum serviço; o atendimento à uma demanda específica, ou ainda para possibilitar soluções inovadoras, etc. Por exemplo, quando se contrata um sistema de TIC, a intenção é que aquele sistema seja a melhor resposta para suprir uma necessidade da organização. O fim não é “o sistema” ou “a contratação do sistema”, mas sim a resolução de um problema que pode ser solucionado da melhor forma com a aquisição do sistema com as especificações determinadas na contratação. Logo, o objetivo é satisfazer o pleito que originou a busca por tal solução. Definido o objetivo real, [...], será mais fácil de identificar o que pode dificultar ou fomentar o seu alcance, ou seja, os riscos. (TJDFT, 2022, p. 18).

No que tange à avaliação dos riscos, é necessário que todos eles sejam classificados a partir de análise criteriosa. “Analisar os riscos significa atribuir uma probabilidade de ocorrência futura do evento e classificar o impacto das consequências no objetivo. Em seguida, obter o nível de risco por meio da multiplicação da probabilidade com o impacto” (TJDFT, 2022, p. 42).

Outro ponto relevante na atribuição do nível do risco é estabelecer o que se denomina nível de risco inerente (NRI), obtido antes da implementação de controles, e o nível de risco residual (NRR), obtido após a implementação dos controles, significando o nível de risco que permanecera depois da realização de ações para minimizá-los.

Destaca-se que o NRR deve ser registrado, assim como as ações adotadas para minimizá-lo, para que se possibilite o monitoramento constante dos controles, pois, no caso de falhas, haverá grande possibilidade de que o evento se materialize (TJDFT, 2022, p. 42).

Figura 1 - Análise dos riscos.



Fonte: TJDFT (2022, p. 42).

O estudo da probabilidade e do impacto do risco, nesse sentido, pode ser efetivado a partir da classificação por meio de escalonamento, desde muito baixa probabilidade até muito alta, assim como o impacto, que pode variar de insignificante até extremo, devendo-se, nesse sentido, estabelecer um índice numérico para a escala, conforme a Figura 2, abaixo:

Figura 2: Escala de probabilidade e impacto

ESCALA DE PROBABILIDADE	ESCALA DE IMPACTO
1 MUITO BAIXA Evento extraordinário, raro.	1 INSIGNIFICANTE Impacto nulo ou insignificante nos objetivos.
2 BAIXA Evento casual e inesperado, com baixo histórico de ocorrência.	2 POUCO RELEVANTE Impacto mínimo nos objetivos.
3 MÉDIA Evento esperado, de frequência reduzida, e com histórico de ocorrência conhecido pela maioria dos gestores e operadores do processo.	3 RELEVANTE Impacto mediano nos objetivos, com possibilidade de recuperação no caso de consequências negativas.
4 ALTA Evento usual, com histórico de ocorrência amplamente conhecido.	4 MUITO RELEVANTE Impacto significativo nos objetivos, com possibilidade remota de recuperação no caso de consequências negativas.
5 MUITO ALTA Evento repetitivo e constante.	5 EXTREMO Impacto máximo nos objetivos, sem possibilidade de recuperação no caso de consequências negativas.

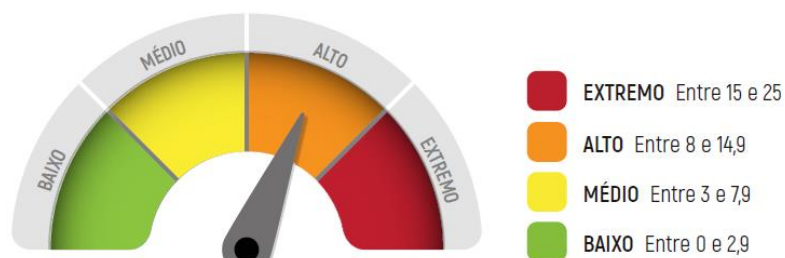
Fonte: TJDFT (2022, p. 43).

Com o resultado da multiplicação dos fatores probabilidade e impacto, obtém-se o nível de risco:

$$\text{Nível de risco} = \text{probabilidade} \times \text{impacto}$$

O produto obtido representará o Nível de Risco, que pode variar de baixo a extremo:

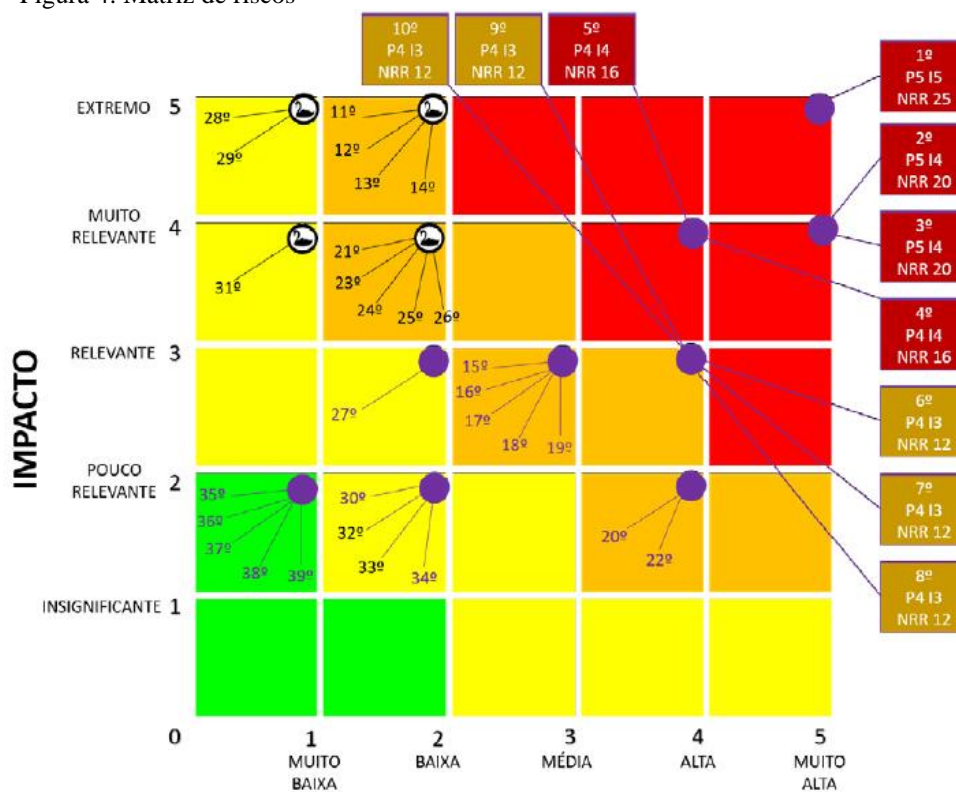
Figura 3: Classificação do nível de risco



Fonte: TJDF (2022, p. 44)

Com a obtenção dos níveis dos riscos, deve-se ordená-los por prioridades, do mais extremo ao mais baixo, para que sejam visualizados a partir de uma matriz de riscos:

Figura 4: Matriz de riscos



Fonte: TJDF (2022, p. 48).

A Lei nº 14.133/21 inovou ao trazer o conceito de matriz de riscos em seu artigo 6º, inciso XXVII, estabelecendo que ela deverá compor cláusula específica do contrato, caracterizando, nesse sentido o equilíbrio econômico-financeiro a ser aceito pelo vencedor do processo licitatório:

Art. 6º. [...]

[...]

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

[...].

Nesse processo de avaliação, todos os riscos deverão ser tratados. No entanto, “é comum não haver recursos ou pessoas disponíveis para a mitigação de todos”. Por isso, “numa conjuntura de recursos escassos, é preciso priorizar aqueles mais críticos”, organizando-os do maior para o menor nível, definindo “qual resposta será dada a cada um deles” (TJDFT, 2022, p. 49).

Isso varia conforme a declaração de apetite e a tolerância ao risco em cada organização. Apetite ao risco significa o “nível de risco que a organização está disposta a aceitar para atingir os objetivos identificados no contexto analisado”. Já a tolerância ao risco é a “margem que a Administração permite aos gestores de suportar o impacto de determinado risco em troca dos benefícios específicos, ainda que esse risco seja superior ao apetite a risco determinado pela organização” (TJDFT, 2022, p. 50).

Como exemplo, cita-se a Declaração de Apetite a Riscos do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS) do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR, 2020), que escalona os níveis de apetite a risco em baixo, moderado, alto e muito alto, definindo o procedimento a ser adotado e indicando, também, o nível de tolerância a ser suportado:

Esta declaração define o nível de apetite por risco no DNOCS usando como balizador a capacidade de tomada de risco, da seguinte forma:

a. **Risco de Severidade/Criticidade Muito Alta:** Risco inaceitável no âmbito de uma ação, deve ser mitigado ao máximo. A ação não deverá continuar com a existências de riscos neste nível.

b. **Risco com a Severidade/ Criticidade Alta:** Risco inaceitável no âmbito de uma ação, deve ser mitigado, não conseguindo atingir a faixa de apetite ao risco, que seja pelo menos dentro da faixa de tolerância, recomenda-se não seguir com a ação, salvo por

decisão registrada em ata do Comitê de Governança, Riscos e Controles, na composição dos diretores. Na ata deve indicar aumento na frequência dos controles. A ressalva não cabe para riscos para integridade.

c. **Risco com a Severidade/ Criticidade Moderada:** O risco deve ser mitigado, porém existe certo grau de tolerância diante dos resultados pretendidos. deverá atender pelo menos as restrições referentes à integridade.

d. **Risco com a Severidade/ Criticidade Baixa:** Dentro do apetite do risco. Devem ser mitigados, no caso de não ser possível a partir da relação custo e benefício, deverá atender pelo menos as restrições referentes à integridade.

Observações:

a. Para que o nível do risco seja aceito dentro da faixa do limite de tolerância, deverá ser dada ciência prévia ao Comitê de Governança, Riscos e Controle, com sua composição feita pelo conjunto de diretores do DNOCS, ou seus respectivos substitutos.

[...].

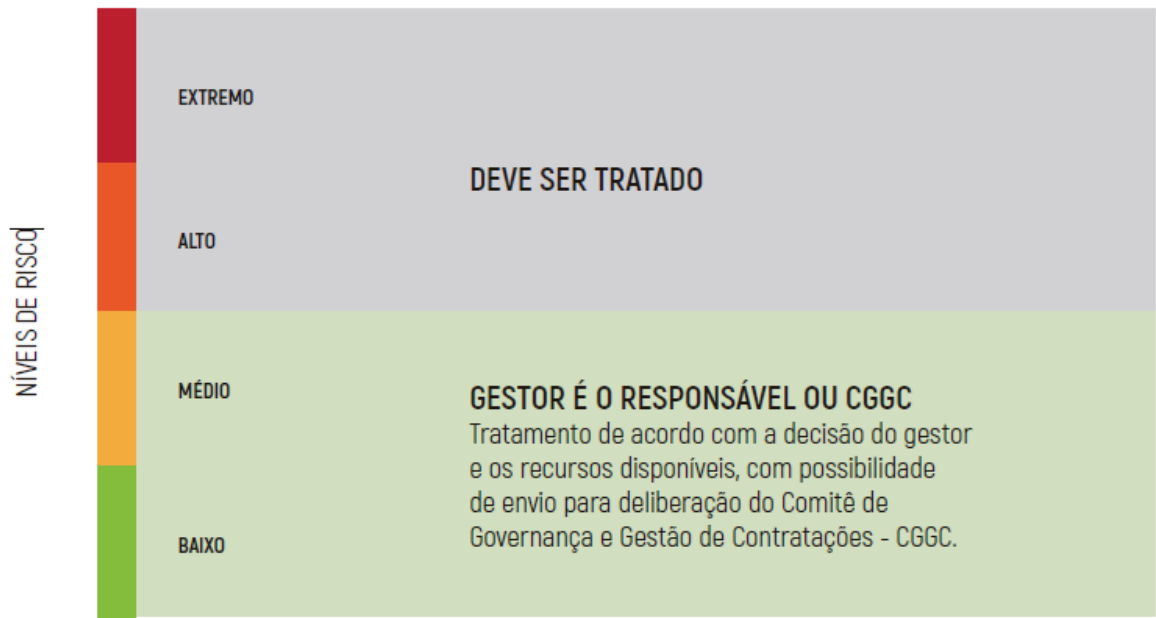
(MDR, 2020)

Em paralelo, o TJDFT, declarou que “tem capacidade de assumir riscos de níveis baixo ou médio, desde que não representem consequências que prejudiquem o alcance dos objetivos organizacionais ou de um processo/projeto específico”. Uma vez atendido esse requisito, “a resposta ao risco ficará a cargo do gestor responsável pelo gerenciamento do risco em questão” (TJDFT, 2022, p. 50).

No entanto, o mesmo Tribunal declara não aceitar riscos classificados como altos ou extremos, hipóteses em que determina sua redução ou eliminação, exceto se o custo for desproporcional aos benefícios obtidos. Nessa circunstância, o TJDFT estabelece que o gestor responsável deverá comunicar a situação ao Comitê de Governança e Gestão Estratégica para que haja deliberação sobre a solução a ser adotada. Veja-se o extrato abaixo:

No que se refere a níveis avaliados como alto ou extremo, não há aceitação e tais riscos devem necessariamente ser reduzidos ou totalmente eliminados, a não ser que o custo para isso seja desproporcional aos benefícios obtidos, ocasião na qual o gestor responsável deverá externar o problema ao Comitê de Governança e Gestão Estratégica a fim de, em conjunto, deliberarem a respeito da solução mais adequada aos propósitos da Casa. (TJDFT, 2022, p. 50).

Figura 5: Declaração de apetite a risco



Fonte: TJDFT (2022, p. 51).

O exemplo da gestão de riscos nas contratações do TJDFT pode ser aplicado em qualquer organização. Ele reflete o cumprimento do requisito legal imposto pela Lei nº 14.133/21 ao estabelecer um sistema de governança para a gestão contratual, contemplando todos os aspectos relacionados à eficiência, integridade e confiabilidade. Nesse alinhamento, vale a reflexão disposta na conclusão da política de governança do TJDFT:

O gerenciamento de riscos, consolidado por meio do Mapa de Riscos da contratação, é um instrumento que apoia o gestor na tomada de decisão e fortalece a profissionalização e a fiscalização dos serviços contratados. Sua prática sistematizada evidencia a maturidade sobre o tema nas unidades gestoras da Casa, mitigando ou evitando eventos potenciais que podem impactar na entrega dos resultados almejados nas contratações. Por isso, é fundamental a avaliação periódica do documento encartado nos autos do processo administrativo, uma vez que a gestão é viva e dinâmica. Sua atualização, portanto, deve fazer parte das rotinas das equipes de gestão contratual, pois servirão como fonte orientadora das ações a serem adotadas tanto aos próprios gestores e fiscais de contrato, como às empresas contratadas e à unidade gestora superior quando da necessidade de avaliar e supervisionar os esforços envidados pelos responsáveis. (TJDFT, 2022, p. 58).

Portanto, é necessário que a organização atue de forma a prevenir e mitigar os riscos, identificando ações a serem adotadas nessa direção, conforme o apetite e a tolerância declarados institucionalmente.

Todavia, não se deve olvidar a possibilidade de materialização de eventos não previstos. Nesse caso, a ação deverá ser contingencial, eis que não alocada inicialmente na matriz de riscos.

Obviamente, os riscos e problemas identificados na execução de contratos são mais gravosos e possíveis na medida em que a avença seja mais complexa e incompleta.

O TJDFT (2022, p. 38) elencou alguns exemplos de riscos de contratações na etapa da gestão e da fiscalização contratual:

- Inobservância dos procedimentos/controles previstos no instrumento contratual
 - Baixa qualificação técnica dos profissionais da empresa para execução do contrato
 - Entrega de produtos incompatíveis
 - Execução indevida do serviço
 - Atraso na entrega do objeto contratual
 - Incapacidade de execução do contrato pela contratada
 - Rescisão contratual
 - Vazamento de dados e informações pelos funcionários da contratada
 - Ausência de um plano de comunicação entre contratante e contratada.
 - Indisponibilidade do preposto da contratada.
 - Comunicação deficitária entre a equipe, e entre o gestor e a contratada
 - Corte do orçamento do projeto
 - Perda, roubo ou sabotagem em documentos do projeto
 - Pressão política para antecipar a entrega do projeto
 - Atraso na disponibilização dos recursos necessários à equipe do projeto
 - Indisponibilidade da equipe do projeto
 - Qualidade do produto não atinge a expectativa da contratante
- (TJDFT, 2022, p. 38-39).

Além desses riscos elencados, é possível apontar, ainda, a possibilidade de suspensão ou paralisação do contrato, além da rescisão e a judicialização de eventual conflito ou divergência verificados entre a contratante e a empresa contratada, o que geraria grande prejuízo para a concretização do objeto contratado e para toda a rede interdependente da continuidade da avença, muito mais potencializada em contratos de maior magnitude e alcance social, notadamente os contratos complexos.

Nesse sentido, é importante destacar que a Lei nº 14.133/21 definiu que o contrato deve refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, ressaltando-se a necessidade de previsão *(i)* das “hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento”, *(ii)* da “possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual” e *(iii)* da “contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado”.

Note-se que a previsão de resolução nas hipóteses em que o sinistro majorar excessivamente os custos ou impedir a continuidade da execução do contrato remete à hipótese de extinção contratual, que pode ser verificada de forma consensual, “por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração” (artigo 138, inciso II, da Lei nº 14.133/21).

Além disso, a Lei nº 14.133/21 passou a admitir a aplicação dos meios alternativos de resolução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, a exemplo das questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações, sem, no entanto, exaurir o rol de possibilidades de aplicação desse instrumento.

Essas hipóteses elencadas acima, relativas à exemplificação da aplicação dos mecanismos de resolução de controvérsias, no caso da busca da continuidade contratual, poderão, em grande parte, significar a necessidade de alteração do contrato inicialmente avençado.

O ponto central envolvendo essa questão é o fato de que, em casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis (portanto não mensurado na matriz de riscos), para que haja alteração contratual, deverá, necessariamente, haver acordo entre as partes, como preceitua a alínea “d” do inciso II do artigo 124 da Lei nº 14.133/21:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...];

II - por acordo entre as partes:

[...];

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Além disso, a substituição da garantia da execução, a modificação do regime de execução de obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários são fatores que compõem justificativa para alteração contratual, mas que também se condicionam ao acordo entre as partes.

Portanto, é necessária a adoção de mecanismos consensuais de resolução de controvérsias, pois “a consensualidade é apontada como uma das tendências atuais do direito

administrativo, no sentido de que se tenta reduzir a unilateralidade das decisões e ampliar o consenso nas relações entre Administração Pública e o cidadão” (DI PIETRO, 2022, p. 409).

Como dito, a conciliação, a mediação, a arbitragem e os *Dispute Boards*, ou comitês de resolução de disputas, são mecanismos alternativos à jurisdição, cuja aplicabilidade decorre do consenso entre as partes, e que serão abordados mais à frente.

2 DOS CONFLITOS NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS COMPLEXOS

O contrato é a forma de manifestação de vontade das partes, sendo essas pessoas físicas, pessoas jurídicas ou, ainda, ente da administração pública. É por meio desse instrumento jurídico que as relações se formam, com a promessa de cumprimento recíproco.

Nesse sentido, o negócio jurídico pactuado passa a ser essencial para a vida em sociedade e para a economia de um modo geral, tendo maior expressividade no ramo do direito empresarial, em que se verifica a função da empresa enquanto ente econômico. Nas palavras de Marques e Possato (2020, p. 303):

Inegável que a empresa, no contexto social, sempre constituiu um fator de impulsão à economia, pois, sem a atividade empresarial, não há desenvolvimento. Ao mesmo tempo em que as empresas são fontes de renda e emprego à massa de trabalhadores, são vetores de movimentação do capital. Se pudéssemos comparar o sistema econômico a um organismo vivo, poderíamos dizer que as empresas são o sangue que circula em suas veias e artérias, levando os nutrientes e demais elementos químicos e orgânicos necessários a todas as células do organismo para que ele continue vivo, exercendo sua função. (MARQUES, POSSATO, 2020, p. 303).

Da mesma forma, Maillart e Norberto (2018, p. 1267) reforçam que “a empresa é a mola que impulsiona a sociedade, que vai desde a geração de empregos, até o recolhimento de tributos, desempenhando papel fundamental para o equilíbrio econômico da sociedade. A empresa é aliada da sociedade e não o contrário”.

Ocorre que, como em qualquer relação social, o mundo corporativo também está sujeito a existência de conflitos. Weber (1995, p. 256) defende que o conflito é inerente ao mundo social, perdendo, desse modo, o seu caráter “patológico”, convertendo-se em um conceito analítico aplicável a toda a sociedade. Assim, considerando a importância da empresa no contexto social, verifica-se que, uma vez instaurado o conflito, os seus reflexos poderão influenciar em toda a sociedade. Ortiz (2009, p. 19-20) pontua que:

O fenômeno conflitante no âmbito da empresa, tal como sucede em outras áreas, tem um caráter funcional e inerente às relações humanas. Sendo um fenômeno social, aparece frequentemente e implica numa série de consequências de diferentes níveis, que afetam tanto as pessoas como a própria organização, seja no plano psicológico, trabalhista ou econômico. (ORTIZ, 2009, p. 19-20).

Nesse contexto, importante entender a definição de empresa. Coelho (2013, p. 34), conceitua empresa “como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o

oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”.

Domingues (2018, p. 475) ao definir empresa, rememora a lição de Asquini (1943), que, como já visto, conceituou empresa como um fenômeno poliédrico, em que ela assume quatro perfis, cada qual ligado a um dos elementos a ela intrínsecos, sendo:

Perfil subjetivo – a empresa aqui é entendida pela análise do empresário, pois ele é sua cabeça e alma, exercendo uma atividade organizada de forma profissional;

Perfil funcional – a empresa é entendida como atividade empresarial. A empresa deve ser interpretada como a força em movimento que é a atividade empresarial direcionada a um determinado fim produtivo e à realização do lucro;

Perfil objetivo – a empresa é tida como patrimônio, como estabelecimento, já que quando de sua concepção, dá lugar à formação de um complexo de bens especial, surgindo um patrimônio distinto, por seu escopo, do restante do patrimônio do empresário;

Perfil corporativo – a empresa é considerada enquanto instituição, enquanto organização de pessoas para a busca de um fim comum, a qual é formada pelo empresário, pelos empregados e pelos demais colaboradores (ou *stakeholders* como referem alguns doutrinadores). (DOMINGUES, 2018, p. 475).

No entanto, o Código Civil brasileiro deixou de conceituar empresa, definindo, em seu artigo 966, o que é empresário: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Assim, Domingues (2018, p. 475), entende que:

O conceito de empresa consiste na exploração de uma atividade econômica de forma organizada, mediante a conjugação de empresário, capital e força de trabalho, para produção ou a circulação de bens e de serviços. Flagrante, portanto, a distinção entre os conceitos de empresa e de sociedade, que não se confundem, sendo a empresa objeto do qual a sociedade ou o empresário será sujeito. (DOMINGUES, 2018, p. 475).

Coase (1937) define empresa como “um sistema de relações que passa a existir quando a direção dos recursos é dependente de um empresário” (COASE, 1937, p. 393, tradução nossa) destacando que a empresa é o meio mais lucrativo para o uso do mecanismo de preço, referindo-se a uma forma útil de minimizar custos de transação⁴⁶.

Pereira (1974, p. 102-103) aponta que empresa, enquanto fenômeno jurídico, precisa ser entendida de acordo com os seus pressupostos econômicos, isso porque não possui conceito único em nosso Direito Positivo, em razão das múltiplas facetas jurídicas que pode assumir como manifestação de um fenômeno econômico.

⁴⁶ Coase (1937) defende que o custo de transação refere-se à formulação de contratos, levantamento de preços dos produtos, obtenção de informações necessárias para o negócio, condução de negociações, inspeção de produtos, resolução de conflitos etc.

Domingues (2018, p.474) corrobora essa ideia, concluindo, da mesma forma, não ser possível a emissão de um conceito único de empresa, pois são diversas as implicações jurídicas no campo empresarial, “como se pode depreender da análise da empresa segundo o Direito Tributário, o Direito do Trabalho e o Direito Societário, exemplificativamente”.

Coexistem, portanto, muitas e variadas definições de empresa, que se alinham segundo o ângulo em que se analisa o fenômeno.

Apesar da falta de unicidade na conceituação jurídica de empresa, é importante considerar que a atividade empresarial está amparada por preceitos constitucionais, como a livre iniciativa, artigo 170 da Constituição Federal.

Assim, a livre iniciativa, o direito à liberdade de exercer a atividade empresarial, constitui, ao mesmo tempo, um fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal), segundo seu valor social, e um valor fundante da própria ordem econômica constitucional, assegurando-se “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica sem necessidade de autorização de órgãos públicos, exceto nos casos previstos em lei” (parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal).

A empresa é, portanto, reconhecida como a protagonista da geração da riqueza nacional, na medida em que é dela a titularidade da exploração da atividade econômica, eis que ao Estado só é permitida atuação quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público, de acordo com o artigo 173 da Constituição Federal.

Nesse contexto, a atuação do Estado deve concentrar-se na promoção do desenvolvimento econômico por meio do exercício da função regulatória, minimizando as incertezas oriundas da ausência de referenciais normativos. Assim defende Barbosa (2014, p. 18): “o incremento da atividade econômica requer regras claras e seguras, que estabeleçam de forma sólida os direitos de propriedade e a previsibilidade dos contratos, garantindo segurança jurídica e proteção contra o abuso estatal ou privado” (BARBOSA, 2014, p. 18).

A solidez normativa, por sua vez, ampara a estabilidade da atividade econômica, proporcionando-lhe alicerce para ancorar a livre iniciativa das empresas, que tem nos contratos o modo de materializar sua dinâmica relacional, tanto entre si como com os cidadãos.

Ocorre que, como visto anteriormente, os contratos complexos, ou incompletos, possuem maior relevância sob o aspecto econômico, pois, em regra, estabelecem valores mais

altos, além de maior relevância social, pois geram mais postos de trabalho e viabilizam a atividade econômica indireta.

Exemplo disso são os contratos de concessão celebrados pela Administração Pública, que possuem altos valores de execução e permitem ao ente privado a exploração econômica do serviço público, portanto, de grande relevância econômica e social. Todavia, tais contratos são expostos a variáveis de difícil previsão (riscos) e, portanto, incompletos por classificação.

A garantia da previsibilidade contratual, a segurança jurídica e a proteção contra o abuso das partes são ações de concretização dificultosa nesse ambiente de risco. Do mesmo modo, a eventual solução de continuidade da execução de contratos dessa magnitude pode afetar negativa e expressivamente o ambiente econômico e social da microrregião onde a atividade empresarial está sendo executada.

Note-se, portanto, que são os contratos incompletos as cartas negociais que sedimentam o próprio desenvolvimento econômico e social no ambiente em que estão inseridos e, por isso, merecem especial atenção normativa que tenha como foco a continuidade da relação empresarial previamente estabelecida, a bem da economia e do bem-estar social locais.

Isso porque, em razão da incompletude natural dessas relações contratuais, que, como visto, possuem alto custo de transação, há considerável expectativa de ocorrerem eventos que concretizem os riscos previstos, ou, muitas vezes, não previstos, o que acarretaria o aumento da tensão entre os contratantes, com potencial de instalação de conflitos.

Deve-se lembrar que “fatores estruturais, como assimetria de informação, deficiências na supervisão de conduta de uma parte pela outra (inobservabilidade) ou dificuldade de supervisão por um terceiro ao contrato (inverificabilidade)” (NÓBREGA, 2011, p. 102) são determinantes da incompletude dos contratos que precisam ser minimizados a fim de que a função utilitária dos contratantes seja eficiente.

Nesse cenário, a gestão contratual é turbada pela incerteza, vez que o negócio contratual que se estende no tempo está mais sujeito ao risco da superveniência. Nas palavras de SZTAJN (2010, p. 9):

[...] raramente, as circunstâncias ou o conjunto de fatos existentes e analisados no momento da contratação permanecerão constantes durante o tempo de execução do contrato; ainda que as pessoas prevejam ou intuem algumas possíveis mudanças, a previsão de regras que mantenham o equilíbrio e garantam a eficiência das alocações, para todas as situações, é difícil. Os efeitos que a passagem do tempo nas prestações de cada uma das partes difere, em comparação com as hipóteses em que a prestação seja adimplida imediatamente após a conclusão do contrato por uma das partes apenas, se ela

for devida durante o prazo do contrato de forma continuada ou periódica (a execução consistirá em série de atos escalonados). (SZTAJN, 2010, p. 9).

Nota-se, portanto, que quanto maior o prazo para execução, pendente de atos escalonados, maior a exposição a contingências futuras, até por que o contrato “é fruto de uma escolha precisa dos contratantes, cujo interesse, também duradouro, é voltado não a uma prestação, mas a uma execução conforme cronograma previsto” (MARASCO, 2006, p.21) que, no caso de contratos complexos ou incompletos, estão mais sujeitos a interferências, como atrasos, suspensões, paralizações, rescisões e instalação de litígios, com reflexos sociais e econômicos danosos. Eis a função social do contrato.

É importante não perder de vista que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, que o deve fazer por meio da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Nas palavras de GRAU (2010, p. 198-199):

[...] a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição. (GRAU, 2010, p. 198-199).

Nesse pensar, a função social do contrato assume preponderância, pois, em se tratando de contratos complexos ou incompletos, a ineficiência na execução contratual, com o não tratamento adequado dos conflitos naturalmente existentes, pode gerar reflexos negativos que transcendam os contratantes envolvidos na relação jurídica inicial, afetando a massa de pessoas que, indiretamente, são interdependentes da rede negocial.

Por isso, a resolução dos conflitos contratuais empresariais, em especial as divergências oriundas dos eventos verificados nos contratos incompletos, deve ter destaque na Economia. Nessa direção, aponta Sztajn;Zylbersztajn (2005. p.7):

Se a “firma” pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia. (SZTAJN;ZYLBERSZTAJN, 2005. p.7).

Destarte, a resolução de conflitos que permita a continuidade do contrato, sem que haja suspensão, paralisação ou aumento da expectativa de rescisão, por meio de litígios, assume maior relevância sob o aspecto relacionado à realização da função social.

É nesse contexto que se entende a necessidade de inserção dos *Dispute Boards*, pois são institutos que potencializam a eficiência do tratamento dos conflitos nos contratos complexos e, reflexamente, podem significar mecanismos importantes de estabilidade econômica e social locais.

2.1 Atraso e paralisação contratuais como resultados de conflitos tratados inadequadamente

Partindo da premissa da incompletude contratual, inerente aos contratos incompletos, e dos riscos e aleatoriedades a que esses tipos de contratos estão sujeitos ao longo de sua execução, não raras vezes, são necessários ajustes e renegociações para manutenção da avença, interferindo, diretamente, no cronograma inicial pactuado pelos contratantes.

Nesse contexto, podem-se citar os contratos denominados de *engineering*⁴⁷, que se caracterizam pela elaboração e execução de projetos industriais e de infraestrutura, sempre de grande porte, com longo prazo para execução e que necessitam, por vezes, de renegociação e consenso para que não haja interferência no desenvolvimento da avença. Assim esclarece Gil (2007, p. 5):

[...] os contratos *engineering*, considerados como contratos em que uma parte (normalmente empresa) se obriga frente à outra, a elaborar um projeto de natureza industrial, arquitetônica, urbanística e usualmente a realizá-lo, ou mesmo realizar projeto elaborado por outra empresa, dispondo-se também, se convencionado, a desenvolver prestações acessórias de assistência técnica, recebendo, a título de contraprestação, soma em dinheiro, integrada ou substituída por *royalties*, ou participação nos resultados da atividade empresarial desenvolvida em seguida à realização do projeto. (GIL, 2007, p. 5).

Tratam-se, portanto, de contratos de economia de massa, assim entendidos ao projetarmos sua utilização em situações expressivas, como narra Gil (2007, p. 9):

⁴⁷ Vale ressaltar que “os contratos de *engineering* são produto da modernidade, em que a disciplina da engenharia se amplia para quase todos os setores da vida: da tradicional construção civil à construção de aeronaves e espaçonaves, da mecânica localizada à linha de montagem, da eletricidade à microeletrônica. Enfim, os contratos de *engineering*, embora não sejam, eles próprios, massificados, são, sob o ponto de vista jurídico, um dos fatores de consolidação da produção em massa, ao permitir que a indústria se capacite para a produção em escala” (GIL, 2007, p. 8).

[...] obras de engenharia de grande porte, nas instalações industriais, inclusive as usinas de energia, na infra-estrutura [sic] que possibilita a circulação de mercadorias, nas mais diversas áreas, da indústria manufatureira às unidades geradoras de energia, das obras privadas às públicas. Antes de serem contratos da economia da informação, da pós-modernidade, são contratos da economia de massa. (GIL, 2007, p. 9).

Como exemplo de utilização desses contratos denominados *engineering*, pode-se citar a construção civil, pois envolvem questões sobre engenharia, arquitetura, infraestrutura, orçamento, custos, materiais, planejamento, projetos, pessoal, garantias, prazos, responsabilidades etc:

Nesse sentido, as obras exigem a elaboração prévia de uma gama de projetos destinados ao registro do método de construção sob o aspecto estrutural, hidráulico, elétrico, sanitário etc, além da indicação de custos do empreendimento por meio da elaboração de planilhas que sedimentem os referenciais dos preços de cada item a ser incorporado; há que se considerar, também, a necessidade de obtenção de diversos alvarás e autorizações do poder público, assim como se deve ponderar a possibilidade de adoção de medidas corretivas ao longo da execução, considerando, especialmente, a previsibilidade relativa, ou mesmo a imprevisibilidade, das variáveis que interferem nesse processo.

Uma vez elaborado o projeto completo de uma obra, ingressa-se na fase da construção civil propriamente dita, objetivando materializar o que, até então, foi pensado e planejado. Nessa nova etapa, a incidência de variáveis, como o clima, a oscilação dos preços, a disponibilidade dos itens da obra, entre outras, interferirão diretamente no custo e no prazo da execução previamente programada.

Além disso, as eventuais incorreções ou desacertos ocorridos na fase de projeto e planejamento, certamente, demandarão correções no curso da execução do cronograma, importando, necessariamente, revisões que deverão ser alvo de repactuação no âmbito do contrato. (MARQUES; POSSATO; POSSATO, 2022, p. 368).

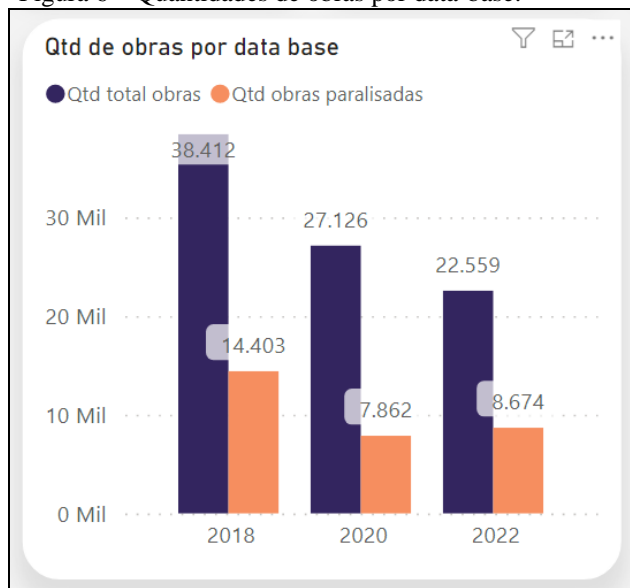
Vislumbra-se, portanto, nesses tipos de contratos, necessidades múltiplas de ajustes que podem ocorrer tanto na elaboração quanto na execução das avenças que, caso não haja consenso, necessariamente, impactarão no resultado final a ser alcançado, sofrendo com atrasos ou paralisações, além da possibilidade de rescisão contratual, com instalação de litígio e eventual judicialização da demanda.

De modo a ilustrar esse problema, o Tribunal de Contas da União (TCU)⁴⁸ realizou acompanhamento com o objetivo de analisar a conjectura de atrasos e paralizações de obras públicas financiadas com recursos federais, indicando (na data base de agosto de 2022) 8.674 (oito mil seiscentas e setenta e quatro) obras paralisadas de um total de 22.559 (vinte e duas mil quinhentos e cinquenta e nove) obras contratadas, significando um índice de 38,45% (trinta e oito inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento) de paralisação.

⁴⁸ Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em 18 fev. 2023.

O valor total dos contratos vigentes somou R\$ 116,86 bilhões, sendo que R\$ 22,43 bilhões já foram efetivamente investidos⁴⁹, dos quais R\$ 6,88 bilhões foram aplicados em obras que se encontram paralisadas.

Figura 6 – Quantidades de obras por data-base.

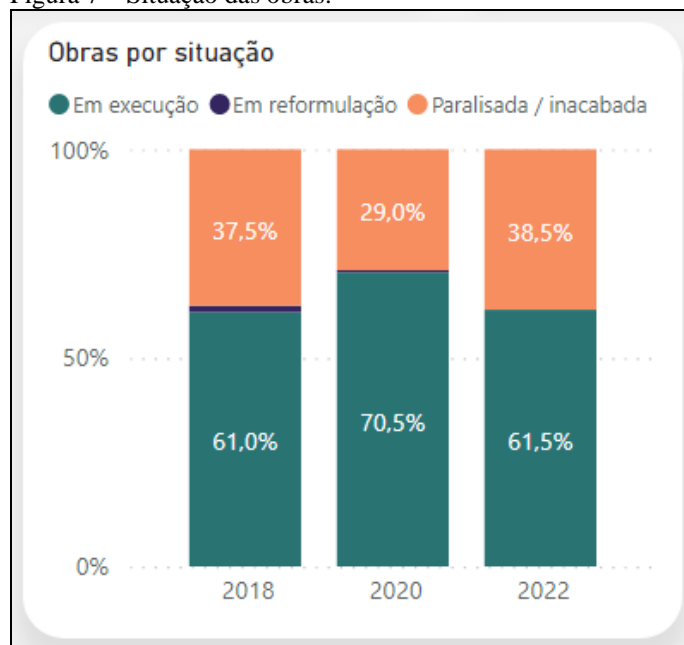


Fonte: TCU. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

Nota-se que, no ano 2018, o percentual de obras paralisadas foi de 37,49% (trinta e sete inteiros e quarenta e nove centésimos por cento). Em 2020, esse percentual caiu para 28,98% (vinte e oito inteiros e noventa e oito centésimos por cento). No ano 2022, conforme já mencionado, verificou-se o maior índice de obras paralisadas, no caso 38,45% (trinta e oito inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento).

⁴⁹ TCU - “Recursos federais já investidos – São os valores de repasse do governo federal já gastos nas obras, obtidos pelos valores desbloqueados ou liquidados dos bancos de dados. Também são valores históricos, sem atualização”. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

Figura 7 – Situação das obras.



Fonte: TCU. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

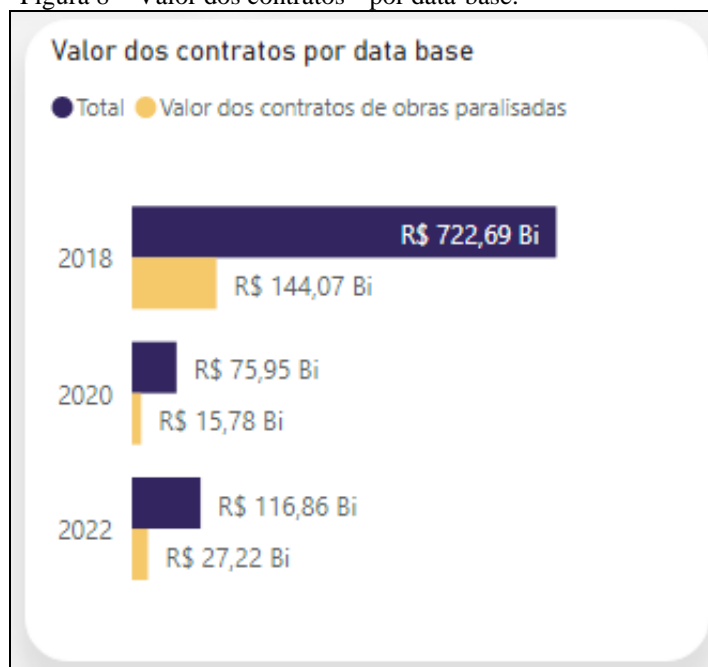
É importante observar na Figura 7 acima a existência de contratos em reformulação, ou seja, que possivelmente passaram por ajustes. No caso de 2018, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) dos contratos foram revistos, totalizando 590 (quinhentas e noventa) obras. Em 2020, foram 0,5% (meio por cento), equivalente a 145 (cento e quarenta e cinco) obras em reformulação. No ano 2022 não houve registro de contratos reformulados.

A despeito da conjuntura econômica mundial e da afetação da cadeia de suprimentos global em decorrência da pandemia de Covid-19, da guerra entre Rússia e Ucrânia e das ameaças da China que circundam Taiwan, nota-se que a quantidade percentual de contratos em reformulação decresceu. Isso poderia significar que a quantidade de intercorrências no desenvolvimento dos objetos contratuais também diminuiu. No entanto, tal circunstância não coaduna a situação econômica e geopolítica mencionada inicialmente, pois se nota o considerável aumento de paralisações em 2022.

Por isso, o que se pode afirmar é que há eventos negativos acontecendo, os quais têm gerado as paralisações contratuais. Entretanto, tais paralisações ocorrem, possivelmente, por não

haver uma política de governança voltada ao tratamento das controvérsias, que, por sua vez, são efetivamente instaladas e ocasionam as suspensões contratuais.

Figura 8 – Valor dos contratos⁵⁰ por data-base.



Fonte: TCU. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

Depreende-se da Figura 8 acima que, no ano 2018, o valor dos contratos paralisados equivaleu a 19,92% (dezenove inteiros e noventa e dois centésimos por cento) do total investido. No ano de 2020 esse percentual subiu para 20,80% (vinte inteiros e oitenta centésimos por cento). Em 2022, o mesmo percentual aumentou, resultando 23,29% (vinte e três inteiros e vinte e nove centésimos por cento) dos investimentos paralisados.

Nota-se, portanto, uma tendência de elevação das paralisações e, conseqüentemente, dos recursos investidos. Essa situação tende a vulnerar ainda mais a eficiência do aparelho do

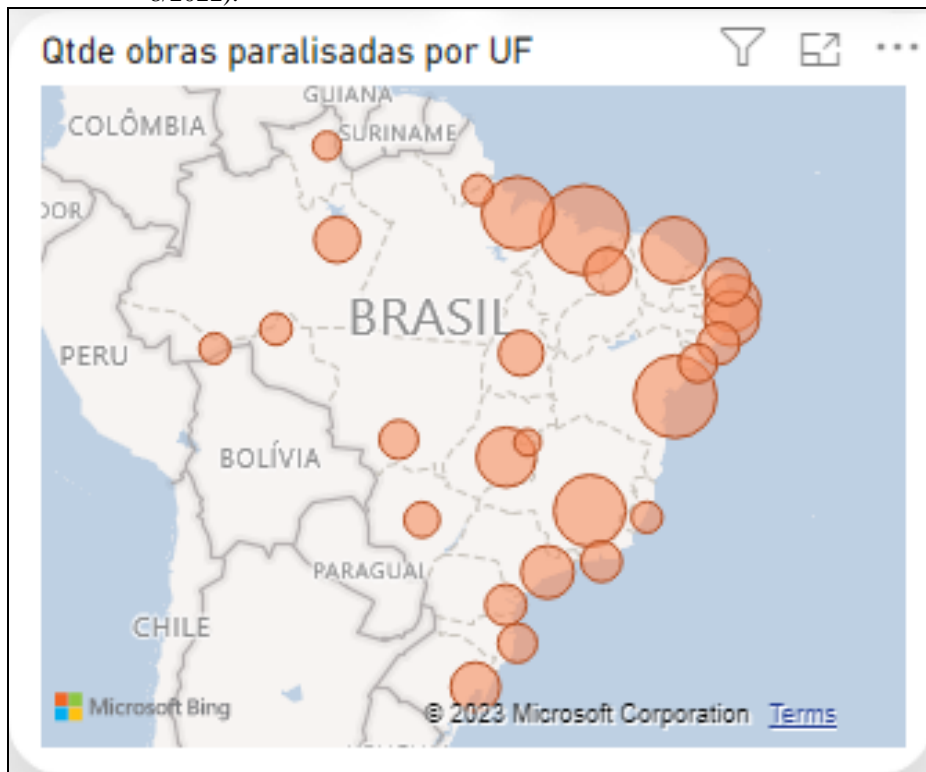
⁵⁰ Segundo o TCU (2022) “[...] é a previsão do valor de investimento dos contratos, em valores históricos-sem atualização-, quando da assinatura dos instrumentos. O valor de investimento engloba os repasses do governo federal e as contrapartidas (aporte de recursos financeiros estaduais ou municipais). Valor de investimento = repasse + contrapartida”. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

Estado e indica, novamente, a falta de tratamento adequado para a resolução de divergências contratuais, com elevação contínua do custo social e econômico gerado.

Soma-se a essa consideração o fato de que, como se trata de recurso proveniente de repasse federal, a execução se dá sob a gestão do ente federativo estadual ou municipal. Portanto, é importante verificar o nível de eficiência em termos regionais, a fim de localizar as maiores deficiências no trato das controvérsias contratuais.

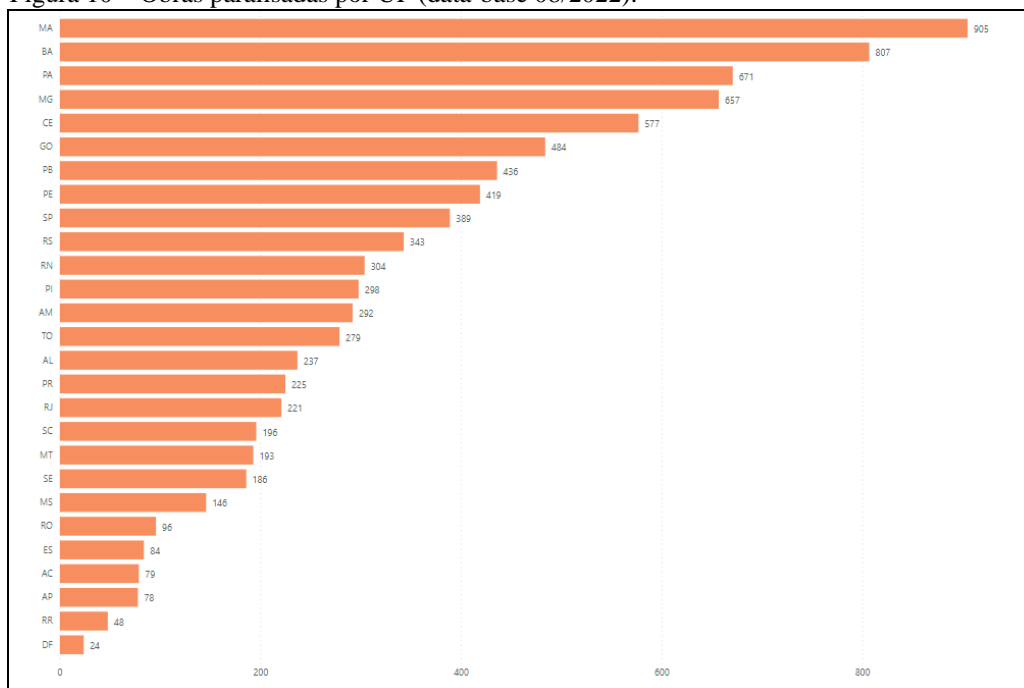
Nesse sentido, as figuras 9 e 10 abaixo demonstram a quantidade de obras que se encontravam paralisadas por Estado, no ano 2022:

Figura 9 – Quantidade de obras paralisadas por Unidade Federativa-UF (data-base 8/2022).



Fonte: TCU. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41ecbb17175. Acesso em: 19 fev. 2023.

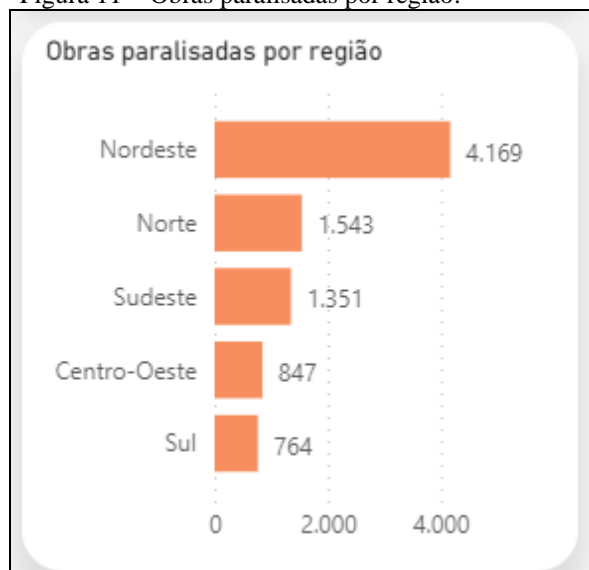
Figura 10 – Obras paralisadas por UF (data-base 08/2022).



Fonte: TCU. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

Destaca-se o maior número de obras paralisadas no Estado do Maranhão, com o total de 905, enquanto no Distrito Federal verifica-se a menor quantidade, no caso 24 obras paralisadas.

Figura 11 – Obras paralisadas por região.



Fonte: TCU. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 19 fev. 2023.

De acordo com a Figura 11 acima, constata-se que a região nordeste é a mais afetada pela ineficiência na gestão dos contratos, com expressiva quantidade de obras paralisadas, se comparados aos dados das demais regiões do País.

Nessa baila, a Figura 12, a seguir, demonstra que o Estado do Maranhão possuía, em 2022, 47,5% (quarenta e sete inteiros e cinco décimos por cento) de obras paralisadas, a terceira posição em termos de ineficiência. Pior é a situação do Estado do Tocantins, com mais da metade de suas obras paralisadas, perfazendo 52,6% (cinquenta e dois inteiros e seis décimos por cento), e o Estado do Pará, com 53,5 (cinquenta e três inteiros e cinco décimos por cento) de paralisações.

Ao contrário, o Distrito Federal (DF) é o mais eficiente entre as Unidades da Federação, com somente 9% (nove por cento) de suas obras paralisadas. Essa constatação permite asseverar que a implementação de políticas de governança na gestão dos contratos complexos, como no caso do DF, é medida necessária para a prevenção de litígios e da majoração de custos decorrentes de paralisações.

De modo geral, a partir dos dados extraídos da Figura 12 a seguir, a mediana relacionada às paralisações nas Unidades da Federação é de 37,3% (trinta sete inteiros e três décimos por cento) e a média é de 36,39% (trinta e seis inteiros e trinta e nove centésimos por cento), indicadores altos da ineficiência.

Outra informação a ser extraída é que, com exceção do Piauí, os demais estados da Região Nordeste possuem índice de paralisação acima da média.

Figura 12 – Situação das obras por UF.

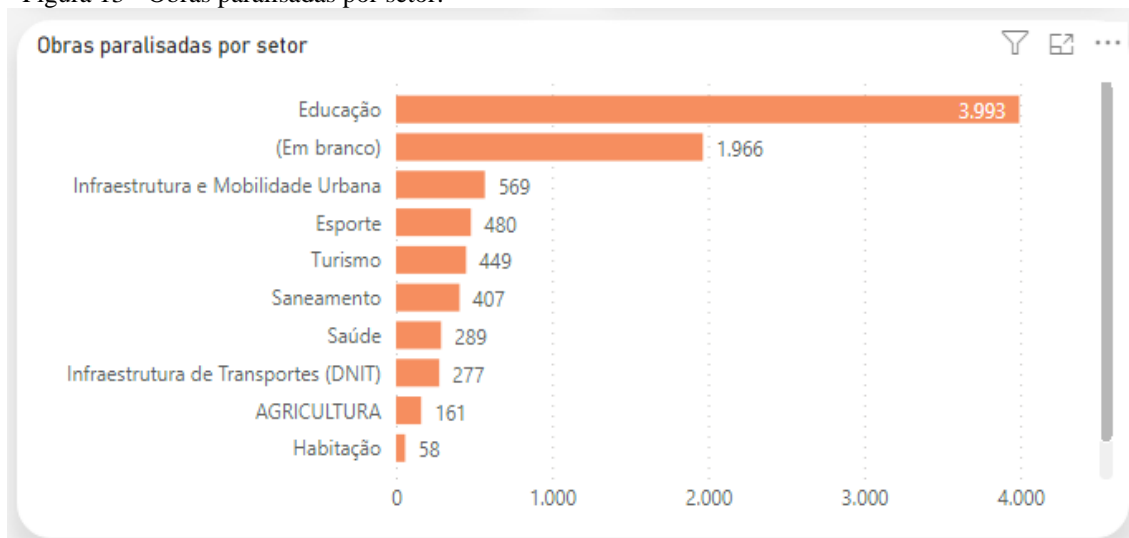
Situação UF	Em execução		Paralisada / inacabada	
	% obras na situação	Qtd obras	% obras na situação	Qtd obras
AC	65,9%	153	34,1%	79
AL	55,7%	298	44,3%	237
AM	56,1%	373	43,9%	292
AP	62,7%	131	37,3%	78
BA	57,6%	1.097	42,4%	807
CE	60,6%	888	39,4%	577
DF	91,0%	242	9,0%	24
ES	72,7%	224	27,3%	84
GO	49,1%	467	50,9%	484
MA	52,5%	1.000	47,5%	905
MG	65,2%	1.233	34,8%	657
MS	70,6%	351	29,4%	146
MT	64,3%	348	35,7%	193
PA	46,5%	584	53,5%	671
PB	60,4%	666	39,6%	436
PE	61,1%	658	38,9%	419
PI	70,1%	697	29,9%	298
PR	72,9%	605	27,1%	225
RJ	61,2%	348	38,8%	221
RN	62,7%	510	37,3%	304
RO	68,9%	213	31,1%	96
RR	76,4%	155	23,6%	48
RS	72,7%	914	27,3%	343
SC	71,1%	483	28,9%	196
SE	56,1%	238	43,9%	186
SP	66,1%	758	33,9%	389
TO	47,4%	251	52,6%	279

Fonte: TCU. Disponível em:
https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

A Figura 13, a seguir, indica a quantidade de obras paralisadas por setor do serviço público, sendo possível identificar os custos sociais efetivamente envolvidos pela ineficiência na gestão das controvérsias contratuais.

Assim, a educação desponta como a área mais afetada, concentrando 60,55% (sessenta inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento) do total de obras paralisadas, seguida pela infraestrutura de transportes e mobilidade urbana, com 11,48% (onze inteiros e quarenta e oito por cento) do total e pelo setor de saneamento e saúde que, juntos, somam 10,55% (dez inteiros e cinquenta e cinco por cento).

Figura 13 - Obras paralisadas por setor.



Fonte: TCU. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41ecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

Sobre os motivos das paralisações, o TCU (2018), por meio do Processo TC 011.196/2018 – 1⁵¹, auditou obras paralisadas e identificou as causas das paralisações registradas no banco de dados do Programa de Aceleração do Crescimento, concluindo que o mau planejamento das obras, decorrente de projetos básicos deficitários, é o principal fator que gera o problema, como se verifica no excerto abaixo:

[...] o mau planejamento dos empreendimentos é o principal fator de paralisação de obras tanto para obras de baixo como de alto valor. O mau planejamento é decorrente de projeto básico deficiente, falta de contrapartida e falta de capacidade técnica para execução do empreendimento.

O Banco de dados Sistema Integrado de Monitoramento Execução e Controle (SIMEC), que consolida as obras relacionadas à educação infantil, também detalha as causas de paralisação. De acordo com esse banco, as principais causas são: Contrato rescindido, abandono da empresa e irregularidades na gestão anterior. (TCU, 2018)

Acrescenta-se que o mau planejamento gerará problemas de execução do contrato, que, por sua vez, desaguará em divergências no desenvolvimento das obras e, naturalmente, a instalação de conflitos e litígios.

É o que aponta o Relatório de Avaliação da Controladoria-Geral da União (CGU, 2020, p. 49 e 55), que identificou que a necessidade de alteração ou adequação do projeto é a segunda maior causa de paralisações de obras, concentrando 18% (dezoito por cento) do total, aspecto que

é recorrente nas obras de maior porte e, portanto, mais custosas e com maior impacto econômico e social.

Vale destacar que as alterações e readequações de projetos são circunstâncias que podem gerar discordâncias entre os contratantes. Aliás, não se vislumbra outra causa de paralisação senão o desajuste e a falta de consenso na formação da readequação ou alteração. Por isso, mais uma vez, é possível reconhecer a necessidade do tratamento da divergência, que, em regra, dependerá da atuação de um terceiro ente para aconselhar ou mesmo decidir os pontos controversos.

Até por que, no âmbito da Administração Pública, a inexecução parcial ou total do contrato constitui motivo para a sua rescisão, nos termos da Lei nº 8.666/93, artigos 77 a 79, assim como é causa de extinção prevista na Lei nº 14.133/21, artigo 137, sentido em que o atraso ou a paralisação da obra pode tornar o contrato resoluto.

O TCU (2019), de acordo com o Acórdão nº 1079/2019, proferido no Processo 011.196/2018-1, mencionou, na ocasião do julgamento, 5 (cinco) obras de grande vulto paralisadas⁵² que, juntas, perfaziam R\$25,868 bilhões. Dentre os motivos das paralisações, citam-se falhas de projeto e de planejamento, dificuldades financeiras e restrições orçamentárias e abandono e paralisação dos serviços pela empresa contratada. A Ata nº 16/2019, do mesmo processo, menciona a precariedade e a deficiência na gestão, gerenciamento, acompanhamento e fiscalização das obras.

Nesse cenário, vale mencionar a pesquisa de Frischtak (2018), que, ao estudar o impacto econômico e social das paralisações das obras públicas, indicou diversos efeitos (i) sobre a demanda agregada, a curto e médio prazos, considerando que os gastos são suspensos e interrompem a circulação de riquezas na economia, e (ii) sobre a oferta agregada, que se revela a longo prazo, eis que os projetos, caso fossem concluídos “incrementariam de forma duradoura o fluxo de serviços à sociedade – empresas e famílias – associada à infraestrutura econômica e social” (FRISCHTAK, 2018, p. 32).

O reflexo mais imediato da paralisação de obras sobre a economia se dá diretamente sobre os trabalhadores que se encontram envolvidos na execução do projeto: a empresa

⁵¹ Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

⁵² Usina Termonuclear de Angra 3, Complexo Petroquímico do Estado do Rio de Janeiro (Comperj), Porto de Salvador (ampliação do quebra-mar), Ferrovia Norte-Sul (FNS) e Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL).

contratada, a cadeia de subcontratados e fornecedores de bens e serviços. Além disso, o Estado também sofre reflexos negativos diretos na medida em que deixa de arrecadar tributos e recolher outros pagamentos aos entes governamentais. Indiretamente, deve-se mencionar que a riqueza auferida pelas empresas e pessoas envolvidas deixa de circular e de se converter em outros gastos e, assim, sucessivamente.

Conseqüentemente, “menos obras em andamento impactam o produto e a renda do país em termos agregados, inclusive ao causar efeitos indiretos sobre todos os setores da economia” (FRISCTAK, 2018, p. 32), o que, nos modelos macroeconômicos é representado pelo que se denomina multiplicador de investimento, significando que o valor gasto com investimento tende a se multiplicar no PIB, especialmente quando a propensão de consumo no país é alta, tornando-se mais intenso nos períodos em que a economia conta com níveis elevados de capacidade ociosa, com nível de endividamento baixo ou financiável.

Frischtak (2018, p. 33) indica que diferentes autores apontam que “o investimento público tem efeito positivo no PIB, estatisticamente significativo e sempre superior ao das despesas de consumo do governo”. Além disso, o fator multiplicador sobre as despesas governamentais e sobre a carga tributária líquida é sempre negativo, ou seja, quando gasta com investimento, o Poder Público reduz despesas de consumo e diminui a carga tributária, potencializando a justiça social do recurso.

O estudo apontou que a retomada e conclusão de obras paralisadas estima a expansão média do PIB em 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento), sendo que o impacto sobre a demanda agregada, com reflexos a curto e médio prazo, poderia oscilar entre 0,9 (nove décimos) e 3,3% (três inteiros e três décimos por cento) do PIB (FRISCHTAK, 2018, p. 35).

Como já dito, o maior custo das paralisações das obras recai sobre a oferta agregada, quando os serviços associados aos investimentos paralisados não podem ser ofertados em razão da inexecução do projeto. Especialmente em investimentos de infraestrutura, muitos ativos só podem ser efetivamente disponibilizados quando verificada a completude do objeto; portanto, quanto maior o atraso, maiores serão os custos diretos e indiretos, sem retorno, sob o ponto de vista da oferta de serviços, à sociedade.

Destarte, “o investimento em infraestrutura é capaz de modificar a própria função de produção agregada da economia”, ampliando estruturalmente “a produtividade dos fatores e as tecnologias pelas quais eles se combinam” (FRISCHTAK, 2018, p. 36).

Portanto, “mais do que apenas influir no nível de ocupação de uma capacidade instalada predefinida, como também fazem o consumo e outros componentes da demanda, o investimento em projetos e obras de infraestrutura expande essa capacidade de forma duradoura”; permite “ao país ofertar bens e serviços em maior quantidade, qualidade e valor agregado”. “Em outras palavras, *o produto potencial da economia é ampliado por obras de infraestrutura – e restringido por suas paralisações*” (FRISCHTAK, 2018, p. 36).

Nesse sentido, Frischtak (2018, p. 37), ao estimar o impacto agregado de longo prazo da paralisação de obras de infraestrutura no Brasil, concluiu que há um impacto permanente de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) no PIB potencial de longo prazo.

A ênfase na permanência desse impacto não significa que a conclusão das obras paradas faria o PIB aumentar indefinidamente, mas sim que o ganho de infraestrutura, uma vez obtido, seria capaz de mudar o patamar da capacidade produtiva do país de uma forma sustentável, a não ser por sua depreciação ao longo dos anos. Ou seja, ampliaria o PIB potencial, desde que a depreciação desses ativos fosse compensada com sua manutenção e atualização. (FRISCHTAK, 2018, p. 38).

Dentre os projetos de infraestrutura, Frischtak (2018) destaca aqueles que envolvem a logística de transporte, o saneamento básico e a educação.

No caso da logística de transporte, o autor referencia a significância no escoamento da produção de soja e milho que se concentra na Região Centro-Oeste do País e destina-se à exportação para os mercados europeus e asiáticos, considerando que, no período de desenvolvimento do estudo, os grãos eram, e ainda são, exportados predominantemente pelos portos de Santos e Paranaguá. Conseqüentemente, a grande distância e a saturação desses portos comprometem a eficiência logística, com redução da lucratividade e restrição do potencial de exportação.

Frischtak (2018) aponta que a alternativa mais viável para as regiões agrícolas mencionadas é a saída pelo chamado Arco Norte, com a utilização de “corredores que conectam o interior do País aos portos dos estados de Rondônia, Amazonas, Pará e Maranhão, fundamentalmente por meio de uma cadeia intermodal” Frischtak (2018, p. 42-43), com transporte rodoviário, hidroviário e ferroviário.

Note-se que, “apesar da produção de soja e milho das regiões de Matopiba [Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia], Mato Grosso e Pará corresponderem a 58,5% das exportações do país, os portos do Arco Norte só participam em 24% do total de grãos destinados ao mercado externo”. Por outro lado, “estima-se que a utilização dos portos da região é de apenas metade da sua

capacidade total e com grande potencial de expansão”. Há, portanto, um represamento do potencial de escoamento e encarecimento dos custos de logística, com consequente diminuição do potencial de exportação dos produtos agrícolas das regiões.

Frischtak (2018, p. 46), conclui que “se os corredores da saída Norte estivessem operando na sua plenitude, a melhoria de eficiência do sistema logístico da região representaria uma redução média no custo do frete de US\$ 45 para os produtores de grãos”, de forma que “o ganho potencial com a redução do custo do frete seria de US\$ 765 milhões por ano”. Ressalta-se que tais valores são subestimados na medida em que desconsideram o potencial de ganho com a concretização de obras de melhoria dos trechos rodoviários e hidroviários, deixando de incluir, também, os efeitos indiretos com os ganhos de competitividade e maior penetração no mercado global.

O autor indica, ainda, que “a utilização desses recursos para ampliação do consumo e investimento multiplicaria o efeito da melhora na logística de transporte, colocando em evidência o custo de oportunidade das obras inacabadas e paralisadas” (FRISCHTAK, 2018, p. 46).

Outro aspecto a ser observado é que, a despeito dos recentes debates acerca do marco legal do saneamento básico no Brasil, o País ainda enfrenta grandes desafios à universalização desses serviços. “Quase 2/3 da água consumida nas residências brasileiras acaba voltando ao meio ambiente sem qualquer tipo de tratamento” (FRISCHTAK, 2018, p. 47), indicando que “os custos estimados de reversão desse quadro e universalização do saneamento no Brasil seriam da ordem de R\$ 430 bilhões em 20 anos” (FRISCHTAK, 2018, p. 47). Entretanto, assim como outros setores de infraestrutura, “muitas obras de saneamento estão em situação irregular com relação ao cronograma inicial: paralisadas, atrasadas e não iniciadas” (FRISCHTAK, 2018, p. 47).

Vale aqui sublinhar que a importância do saneamento para o bem-estar da população, a redução dos custos associados às doenças diretamente vinculadas à falta de saneamento básico e logo à produtividade do capital humano no país é de primeira grandeza. Maior cobertura do saneamento no país reduziria os custos com prevenção, combate e tratamento de doenças, como as transmitidas pelo *Aedes Aegypti* (zika, dengue e chikungunya), e outras como diarreia e leptospirose. (FRISCHTAK, 2018, p. 47).

Estima-se que, em 2016, o custo com a Dengue foi de R\$ 2,3 bilhões, dos quais 80% (oitenta por cento) foram custos médicos e de combate ao vetor, sem considerar as perdas de

produtividade. Considerando as demais doenças de veiculação hídrica, os valores se aproximam de R\$ 3,3 bilhões.

Quão relevantes são as obras paralisadas e não iniciadas do ponto de vista de incidência de doenças ocasionadas pela falta de saneamento básico?

- Considerando, em primeiro lugar, o valor investido em saneamento em 2017 – R\$ 9,4 bilhões -, as obras paralisadas perfazem 76% e as não iniciadas, 112%.
- Segundo, o custo médio per capita de internações por doenças ligadas à falta de saneamento nos 10 municípios que apresentaram os piores índices de saneamento em 2017 é 2,7 vezes maior que o custo dos 10 melhores municípios nesse mesmo ranking, indicação do elevado retorno dos investimentos em saneamento, e inversamente, do custo de oportunidade das obras paralisadas no setor.
- Terceiro, uma amostra de três municípios com os piores índices de saneamento do Brasil sugere o elevado impacto da paralisação de obras de saneamento nos custos associados às doenças por transmissão hídrica e pelo vetor *Aedes* [...]. (FRISCHTAK, 2018, p. 49).

Frischtak (2018, p. 49) “sublinha a importância da retomada e conclusão das obras de saneamento básico no país, não apenas pela significativa redução dos custos diretos com doenças relacionadas à falta de saneamento básico como para mitigar os custos sociais associados à incidência dessas doenças”, sugerindo que a retomada das obras de saneamento elevaria significativamente o retorno para a sociedade.

Quanto aos impactos de obras paralisadas na educação, Frischtak (2018, p. 50), avaliando o reflexo das creches paralisadas na renda familiar e no seu bem-estar, apontou que “programas de alta qualidade voltados ao desenvolvimento na primeira infância gerem um retorno anual de 13% sobre o investimento”, no mesmo passo que elevam o desempenho educacional das crianças, com melhora na saúde, emprego, renda e afastamento do envolvimento com a criminalidade.

Corroborando essa assertiva, observa-se o seguinte:

Com base em dados detalhados das mesmas pessoas acompanhadas anualmente na infância e em vários momentos da adolescência e da vida adulta, [...] creches e pré-escolas de qualidade de dois programas nos Estados Unidos proporcionaram benefícios duradouros, aumentando a produtividade futura das crianças, reduzindo custos para os contribuintes e melhorando as perspectivas econômicas imediatas para seus pais. (FRISCHTAK, 2018, p. 50).

Pautado em dados de 2017, Frischtak (2018, p. 51) concluiu que “somente a paralisação das obras em creches contempladas pelo programa [Programa Agora é Avançar, do Governo

Federal]⁵³ subtrairia anualmente R\$ 60 milhões da renda das famílias com crianças nos municípios afetados”. Caso “esse fluxo fosse acumulado por vinte anos e considerando uma taxa de juros reais de 6% ao ano, o valor presente seria de R\$ 688 milhões” (FRISCHTAK, 2018, p. 51).

Citando uma reunião havida em 2018 envolvendo a Comissão de Educação, Cultura e Esporte para discutir a paralisação de 3.000 (três mil) obras financiadas desde 2013 pelo governo federal em parceria com os municípios, Frischtak (2018, p. 51) estimou que “o impacto direto esperado na renda das famílias seria uma perda anual de mais de R\$ 420 milhões, sendo o valor presente num horizonte de vinte anos e uma taxa de desconto de 6% de R\$ 4,8 bilhões”.

Comparando-se o estudo às metas do Plano Nacional da Educação (PNE) em 2018, haveria um impacto negativo de R\$ 3 bilhões na renda anual das famílias beneficiadas, sendo que o impacto acumulado em vinte anos seria em torno de R\$ 35 bilhões, descontando-se todas as perdas de longo prazo associadas ao desenvolvimento das crianças atendidas. (FRISCHTAK, 2018, p. 51-52).

Por fim, as consequências das obras de creches paralisadas permitem estimar que se “retirem anualmente R\$ 424 milhões da renda dos responsáveis (especialmente das mães) das crianças prejudicadas e subtraíam R\$ 273 milhões anuais em benefícios futuros pelo investimento não realizado na primeira infância”. (FRISCHTAK, 2018, p. 53).

Frischtak (2018, p. 58) conclui que as paralisações e atrasos das obras de infraestrutura refletem de forma expressiva as perdas de bem-estar da população e de competitividade do País, indicando a necessidade de superação dos obstáculos relacionados à elaboração, realização e conclusão dos projetos, muitas vezes afetados pela má qualidade e gestão, de modo que se aprenda a concluí-los no prazo e sem interrupções.

Paralelamente, pode-se inferir que a mesma lógica valorativa deve ser aplicada à iniciativa privada nos projetos relacionados a infraestrutura, como a construção civil e o desenvolvimento de tecnologias, permitindo-se afirmar que, igualmente, as paralisações e atrasos desses projetos privados causam impactos negativos na economia e acarretam, também, custos sociais na mesma medida.

⁵³ Como se verifica em <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2017/novembro/conheca-o-programa- agora-e-avancar-iniciativa-que-vai-retomar-o-crescimento-do-brasil>. Acesso em: 23 fev. 2023.

Portanto, a implementação de mecanismos de governança que viabilizem a gestão de riscos na execução dos contratos complexos, como os de infraestrutura, é uma medida que, sob o aspecto corporativo, visa a potencializar a eficiência relacionada ao lucro, bem como amplia a função social pertinente aos contratos. Sob a ótica da Administração Pública é medida de eficiência relacionada à diminuição dos custos sociais, com maximização do bem-estar social.

E gestão de risco relaciona-se, por sua vez, à prevenção de conflitos contratuais que, em contratos complexos, tendem à litigiosidade e ampliam, antagonicamente, o potencial de atrasos e paralisações. Assim, soluções que viabilizem a continuidade da execução do contrato ao mesmo tempo que permitam a discussão de eventuais divergências, são medidas de eficiência que devem ser implementadas, como no caso dos *Dispute Boards*.

2.2 A litigiosidade e a ausência de especialização jurisdicional em contratos empresariais

Como visto, o contrato complexo e sua longa duração no tempo torna a execução da avença muito mais suscetível a influências externas, ou seja, com maior exposição a riscos, necessidade de ajustes, conflitos e outras questões supervenientes à concepção contratual.

Nesse contexto, a incompletude e a complexidade contratuais potencializam os fatores capazes de alterar o equilíbrio do negócio pactuado, afetando, em última análise, a eficácia do contrato, eis que os indivíduos tendem a acirrar as disputas na defesa de seus interesses, abalando, ainda mais, a relação negocial.

Por isso, a segurança jurídica dos negócios contratuais, em especial aqueles de natureza complexa, constitui um fator de promoção de estabilidade “essencial para fomentar o investimento e a eficiência econômica” do contrato (PINHEIRO, 2005, p. 9), pois:

[...] quanto menos segurança jurídica existe, mais arriscadas se tornam as relações sociais e, em especial, as transações econômicas. Isso porque as bases onde estas se calcam ficam mais instáveis; seus efeitos, mais difíceis de prever; e os seus custos e benefícios, mais complicados de calcular”. (PINHEIRO, 2005, p. 5).

Assim, na busca por segurança jurídica, o Estado, por meio do Poder Judiciário, normalmente é provocado para resolver os conflitos de interesses instalados na relação e promover a pacificação social. Como pontuam Maillart e Norberto (2018, p. 1268), “habitualmente, toda vez que se fala em controvérsias, convencionou-se automaticamente a pensar no Judiciário como órgão capaz de dirimir os conflitos”.

Entretanto, o fato é que o Judiciário muitas vezes, ao contrário, “aumenta os atritos”, pois “como as partes na jurisdição tradicional não contribuem para a construção da resolução da lide, sempre haverá uma das partes descontente com o processo e que arcará com o ônus da decisão judicial, eminentemente contenciosa”. (MAILLART; NORBERTO, 2018, p. 1268).

A prestação jurisdicional é baseada em métodos adversariais, em que as partes ocupam posições antagônicas, cabendo ao magistrado, no exercício da jurisdição, a valoração dos fatos e a aplicação do Direito em um sistema coativo e sancionatório. É nesse sentido que Wambier (1999, p.38) define a caracteriza a jurisdição:

Jurisdição é a função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas, em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pela função normatizadora do Direito, está consistente em regular a apropriação dos bens da vida pelas pessoas, mediante o uso de um sistema de comandos coativos ou sancionatórios, de sorte que seja possível alcançar soluções compatíveis com a necessidade de manutenção da paz social. (WAMBIER, 1999, p. 38).

Portanto, o exercício da jurisdição é de competência estatal, pois requer a capacidade de coação para impor a solução prevista na norma e assegurar a ordem jurídica, com o que corrobora Santos (1980, p. 115):

Desde o momento em que, proibida a defesa privada por comprometer a paz do grupo social, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida. (SANTOS,1980, p. 115)

Especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observou-se um aumento na procura pelo Poder Judiciário, na busca da resolução dos conflitos. Trata-se do processo que Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 18) denominou de “judicialização dos conflitos”, o que Esteves (2006, p. 41) entende, seja um movimento pela efetivação de direitos sociais não implementados pelo Estado, como se verifica abaixo:

Desde a edição da Constituição Federal de 1988, particularmente no âmbito da jurisdicional constitucional, através do controle concreto ou abstrato de leis, tem sido comum a busca da sociedade pela efetivação dos direitos sociais. Através de uma visão do panorama geral das atividades desenvolvidas para esta efetivação é possível enxergar que os sindicatos, as organizações sociais não governamentais, além do próprio cidadão de maneira individual, depois de uma série de batalhas no âmbito político, passaram a procurar, através do ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Poder Judiciário quanto à garantia e efetivação daqueles direitos. Este fenômeno tem sido chamado no mundo acadêmico de ‘judicialização dos conflitos sociais’, ou em uma amplitude que revele a problematização da atividade política, ‘judicialização da política’ a qual, muitas das vezes, trás nela embutidas questões de ordem social. (ESTEVES, 2006, p.41)

Em outras linhas, a judicialização dos conflitos sociais pode ser entendida como forma de garantia e efetividade à Carta Política, de modo a possibilitar a consolidação da cidadania a partir do caráter decisório e impositivo da jurisdição, eis que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Ocorre que, como consequência da intensa procura pela prestação jurisdicional, houve um crescimento desproporcional de processos em relação à estrutura disponível para resolvê-los, mesmo considerando o impacto das novas tecnologias e ferramentas digitais que propiciam a informatização dos tribunais⁵⁴ brasileiros e, no mesmo passo, o acesso dos cidadãos às plataformas virtuais.

Maillart e Norberto (2018, p. 1268), ao comentar acerca da atuação do Poder Judiciário na resolução de controvérsias, pontuam que:

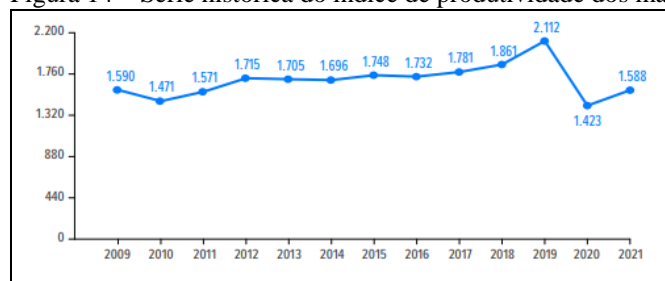
O quadro vicioso em que se encontra este Poder, caracterizado pela morosidade de resolver as contendas, pela burocratização na administração processual, pela rigorosidade procedimental, pela debilidade do acesso à justiça e pela imprevisibilidade das decisões, entre outros fatores, contribui ainda mais para o distanciamento entre a população, inclusive empresarial, e o Poder Judiciário. (MAILLART e NORBERTO 2008, p. 1268).

Nessa direção, o Relatório Justiça em Números 2022 (ano base 2021)⁵⁵, emitido anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta um aumento de 11,6% (onze inteiros e seis décimos) na carga de trabalho dos magistrados, que assumiram um volume médio de 6.411 (seis mil quatrocentos e onze) processos em 2021. (CNJ, 2022, p. 117).

⁵⁴ O Conselho Nacional de Justiça esclarece que “o nível de informatização dos tribunais é calculado a partir do percentual de processos eletrônicos em relação ao total de processos” e que “o percentual de processos que ingressa eletronicamente no Poder Judiciário tem crescido linearmente, em curva acentuada, desde 2012”. (CNJ, 2022, p. 186).

⁵⁵ O Conselho Nacional de Justiça, ao se referir ao Relatório Justiça em Números, esclarece que se trata de “principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade,

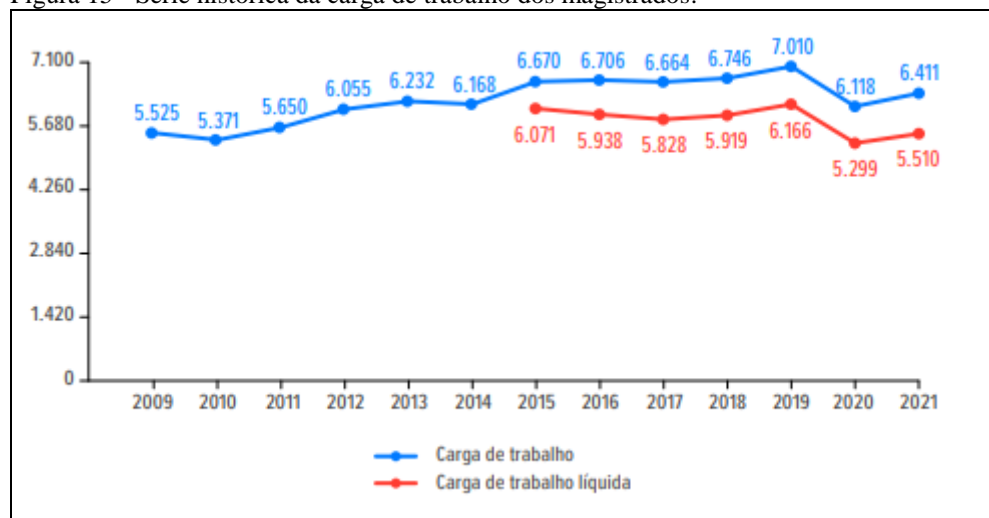
Figura 14 – Série histórica do índice de produtividade dos magistrados (IPM).



Fonte: CNJ (2022, p. 119).

De acordo com a figura acima, observa-se que o Índice de Produtividade dos(as) Magistrados(as) (IPM)⁵⁶ foi de 1.588 (mil quinhentos e oitenta e oito) processos baixados em 2021, o que corresponde a uma média de 6,3 (seis inteiros e três décimos) casos solucionados por dia útil.

Figura 15 - Série histórica da carga de trabalho dos magistrados.



Fonte: CNJ (2022, p. 118).

Na figura acima é possível verificar a carga de trabalho do magistrado na versão bruta e líquida, sendo que essa última desconta a quantidade de processos suspensos, sobrestados ou provisoriamente arquivados, correspondentes a 19,8% (dezenove inteiros e oito décimos por cento) dos casos pendentes de decisão (CNJ, 2022, p.118). Nota-se que houve uma retomada do crescimento da carga de trabalho no período pós-pandemia, que, igualmente, vinha aumentando.

além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 1º mar. 2023.

⁵⁶ Índice de Produtividade dos(as) Magistrados(as) refere-se a um indicador de produtividade “calculado pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados(as)” [...]“que atuaram durante o ano na jurisdição”. (CNJ, 2022, p. 117).

Tanto a carga de trabalho bruta quanto a carga líquida cresceram em torno de 4% (quatro por cento). (CNJ, 2022, p. 118).

Apesar da sobrecarga do Poder Judiciário, é importante ressaltar a existência de varas especializadas em matéria empresarial, que ampliam os benefícios da jurisdição “tanto em relação à celeridade e à eficiência, como para maior qualidade técnica das decisões e a consequente segurança jurídica” (CALÇAS; MARQUES, 2018, p. 231).

Nesse sentido, atualmente, na Comarca de São Paulo, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)⁵⁷, há três Varas de Falência e Recuperação Judiciais, competentes para julgar ações que versem sobre falência, recuperação judicial e extrajudicial, além de ações por crime falimentar, e duas Varas Empresariais e de Conflitos Relacionados à Arbitragem, com competência para julgamento das seguintes ações:

[...] ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial, do Código Civil (artigos 966 a 1.195), e na Lei n. 6.404/76 (sociedades anônimas), bem como propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/96, franquias (Lei n. 8.955/94) e ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), criadas pela Resolução 763/16 do TJSP. (TJSP, 20--).

Com relação à especialização de Varas Empresariais, a Juíza Diretora do Fórum de São José do Rio Preto, Luciana Cassiano Zamperlini Cochito, afirma que “uma Vara especializada em falência e em questões econômicas é de suma importância para a economia do País. O fechamento de uma empresa até esse gerenciamento de uma eventual falência, de recuperação dos ativos, precisa ter um juiz especializado”⁵⁸ (TJSP, 2022).

Nesse sentido, a especialização da Justiça nas causas empresariais tende a incorporar na valoração do Juízo, ao apreciar os conflitos levados à jurisdição, as questões relacionadas à função social e econômica da empresa sob o aspecto dos princípios da ordem econômica e dos objetivos da República brasileira, como o desenvolvimento nacional, a livre iniciativa e, paralelamente, a busca do pleno emprego. Tais características tendem a se afastarem quando a atuação é geral, sem especialização.

A atenção que merece ser dispensada ao instituto da empresa se relaciona diretamente à defesa da ordem econômica regulada no Brasil, que estabelece o atingimento dos objetivos republicanos por meio de um sistema capitalista pautado, especialmente, na livre concorrência e

⁵⁷ Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Especialidade/Especialidade/FalenciasRecuperacoesJudiciaisConflitos>. Acesso em: 27 abr. 2023.

na livre iniciativa. Benacchio (2011, p. 198), ao tratar do exercício da atividade empresarial defende que “quanto melhor o funcionamento do mercado capitalista, maior riqueza será gerada e, por consequência, haverá maior possibilidade para atendimento das necessidades humanas” (BENACCHIO, 2011, p. 198).

As relações de produção e consumo exigem, por consectário, o exercício da atividade empresarial, seja ela industrial, comercial ou no ramo dos serviços. Tal condição posiciona a empresa no centro da economia moderna, constituindo, ao mesmo tempo, fator de promoção de emprego e trabalho para as pessoas e garante da circulação de bens e riquezas na economia.

Nesse contexto, as relações empresarias assumem grande importância no desenvolvimento social e econômico, pois representam a materialização das realizações das empresas. No mesmo sentido, a regulação adequada dessas relações representa segurança para os negócios empresarias pactuados e sua execução.

A manifestação da empresa no mundo corporativo e o seu relacionamento com os demais agentes econômicos, nessa direção, se faz por meio da celebração de contratos. Nas palavras de Forgioni (2023, p. 23), “a empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*”. Pode-se, desse modo, afirmar que a “vida da empresa” depende dos contratos que são estabelecidos “ao longo de” e “para” a sua existência.

A importância dos contratos na realidade da atividade empresarial revela, ao mesmo tempo, a necessidade de atenção do Estado para a solução das contendas, considerando, especialmente, que o fim almejado nas relações contratuais representa, de modo geral e amplificado, os próprios objetivos republicanos.

É coerente, portanto, que haja a especialização das atividades do Estado na área dos contratos empresariais, principalmente na promoção da segurança das relações contratuais e na pacificação dos conflitos empresariais decorrentes delas. É uma medida que se alinha aos fins do próprio Estado.

Ocorre que as Varas Empresariais, como no Estado de São Paulo, recebem diversas demandas que versam sobre temas alheios aos “contratos”, condição que tende a afastar o Juízo do tema em específico, que é complexo por natureza.

⁵⁸ Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=85679>. Acesso em 27 abr. 2023.

Nesse sentido, a Juíza de Direito Renata Mota Maciel⁵⁹, ao participar do 1º Congresso Brasileiro de Direito Processual Empresarial⁶⁰, organizado e sediado pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), em São Paulo, proferiu palestra com o tema “A especialização judicial em Direito Empresarial” e alertou para o fato das questões contratuais não serem distribuídas nas varas empresarias:

Creio que a melhor definição hoje em dia para empresa é que ela é um feixe de contratos. A empresa é contratos. E os contratos ainda não vêm para a nossa vara. Acho que é importante pensar nos contratos associativos, de colaboração. Esses contratos às vezes chegam na vara empresarial por via arbitral, mas a maiorias das vezes, não. E se o objetivo das varas é atender a atividade empresarial e dar resposta a estes litígios, é importante pensar na ida dos processos de contratos para as varas empresariais. Não tardará o momento que teremos que pensar nisso. (CONSULTOR JURÍDICO, 2019)⁶¹.

No mesmo evento, corroborando a necessidade de especialização da Justiça, a magistrada destacou que a adequação das varas com o perfil da demanda dos processos contribui com a eficiência da Justiça: “O Judiciário é eficiente quando é célere e gera segurança jurídica. Basicamente esses são os dois vetores que nos acompanham” (TJSP, 2018b).

Outro ponto importante defendido pela magistrada, para além da especialização das varas em matéria empresarial, reside na interpretação dos contratos empresariais pelos juízes. Isso porque esse tipo de contrato, como visto, possui peculiaridades complexas tanto em sua formação quanto na sua execução, cujos conflitos demandam urgência na sua resolução, porém “nem sempre recebem adequada atenção” (DEZEM; OLIVEIRA FILHO, 2019, p. 130).

⁵⁹ Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Professora de Direito Empresarial no IBMEC/SP. Juíza Coordenadora da Área de Direito Empresarial na Escola Paulista da Magistratura - EPM (2016-2023). Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Capital do Estado de São Paulo. Juíza Auxiliar no Superior Tribunal de Justiça - STJ (2022/2023). Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2016). (Texto informado pelo autor). Disponível em: <https://www.responsabilidadecivil.org/bd-associados-1/renata-mota-maciel>. Acesso em: 5 nov. 2023.

⁶⁰ O 1º Congresso Brasileiro de Direito Processual Empresarial foi organizado e sediado pela Fundação Armando Álvares Penteado, FAAP, em São Paulo, nos dias 15 e 16 de agosto de 2019. No referido evento, evidenciou-se que “no cenário globalizado e cada vez mais tecnológico é essencial destacar o papel da Empresa e seus eventuais conflitos, por estar no centro da economia moderna e diretamente ligada a diversos ramos do Direito”. Disponível em: <https://www.faap.br/congressodireito/>. Acesso em: 6 nov. 2023.

⁶¹ O 1º Congresso Brasileiro de Direito Processual Empresarial foi realizado em 15/08/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/vara-empresariais-absorver-processos-contratos-juiza>. Acesso em: 6 nov. 2023.

Nesse contexto, a interpretação jurídica dos contratos empresariais deve considerar os fatores que influenciam e orientam o seu funcionamento⁶², “extraindo-se o resultado mais eficiente aos próprios contratantes e ao mercado em geral” (DEZEM; OLIVEIRA FILHO, 2019, p. 130).

Em sentido oposto, quando não observadas essas minúcias inerentes às relações contratuais empresariais, origina-se um “movimento circular de causa-consequência-causa”, conforme explicam Dezem e Oliveira Filho (2019, p. 123).

[...] as relações contratuais envolvendo empresários acabam relegadas e, quando levadas aos tribunais, muitas vezes são tratadas sem que seus peculiares vetores de funcionamento sejam considerados.

A situação gera um movimento circular de causa-consequência-causa, ou seja, os contratos empresariais são submetidos ao Poder Judiciário, que os interpreta de forma muitas vezes divorciada do contexto no qual estão inseridos. Como consequência, evita-se que sejam submetidas ao Poder Judiciário questões envolvendo relações contratuais entre empresários, por receio de que sejam equivocadamente interpretadas. O Poder Judiciário, então, deixa de exercer papel fundamental no processo de tomada de decisão, aumentando os custos do contrato. (DEZEM; OLIVEIRA FILHO, 2019, p. 123).

Assim, há uma lógica própria nos contratos empresariais que deve ser considerada na análise dos julgadores. Por certo que situações de assimetria anormal devem ser corrigidas, porém, as particularidades ligadas à relação empresarial devem ser conhecidas.

Nesse sentido, a questão do lucro necessita ser perscrutada com cuidado, há se considerar que as partes envolvidas nesse tipo de relação contratual possuem esse mesmo escopo, conforme ensinam Dezem e Oliveira Filho (2019, p. 130):

O primeiro traço marcante dos contratos empresariais é o escopo de lucro em ambos os polos da relação contratual. Não há atividade empresarial sem lucro, o que parece óbvio, mas muitas vezes não é devidamente valorado na interpretação dos contratos entre empresários.

O exemplo mais singelo a confirmar a afirmação acima pode ser encontrado ao se confrontar uma situação envolvendo alegação de prejuízo causado a uma das partes em detrimento do lucro obtido pela outra, em relação contratual firmada a partir de cláusulas estabelecidas de comum acordo.

Lucro e prejuízo são faces da mesma moeda, não se podendo olvidar que, nas relações empresariais, o lucro é aplaudido enquanto o prejuízo é punido, ao passo que, no contexto empresarial, nada há de errado com essa dura realidade.

Evidentemente, situações de assimetria anormal devem ser resolvidas, sem nenhuma dúvida, embora se reconheça que, na maioria das vezes, lucro e prejuízo são decorrência da diuturna atividade do empresário, razão pela qual a ingerência estatal, por meio de

⁶² Forgioni (2023, p. 109-110) denomina tais fatores como “vetores de funcionamento dos contratos empresariais”, elementos que direcionam as relações jurídicas entre as empresas. Portanto, sua compreensão para a análise dessas relações é importante sob o aspecto da jurisdição.

decisões judiciais com clara intenção de reequilibrar relações não desiguais, pode não ser recomendável, daí a importância da compreensão dessa peculiaridade dos contratos empresariais. (DEZEM; OLIVEIRA FILHO, 2019, p. 130).

Além dos vetores de funcionamento dos contratos, dentre os quais o lucro, os autores destacam que outras diretrizes complementares devem guiar a interpretação dos contratos empresariais, como a Análise Econômica do Direito, destacando que é preciso “considerar os reflexos em todo o mercado envolvido” (DEZEM; OLIVEIRA FILHO, 2019, p. 139).

Em síntese, é preciso considerar que o método de interpretação dado pelos juízes influencia o conjunto de contratos que serão pactuados na sequência, situação que impõe se afastarem interpretações ingênuas, voltadas apenas ao caso concreto, sem considerar os reflexos em todo o mercado envolvido, assim como a lógica econômica e as peculiaridades dos contratos empresariais não podem ser olvidadas pelo julgador. (DEZEM; OLIVEIRA FILHO, p. 139).

Nesse contexto, destaca-se a necessidade de as demandas empresariais serem solucionadas sem que seja afetada a rede de relações que circundam os demais contratos. Por isso, a regra de efetividade a ser seguida é aquela que busca a preservação e a continuidade do negócio, especialmente em relação aos contratos complexos, expostos a variáveis de difícil previsibilidade, custosos e de execução prolongada.

Ocorre que qualquer decisão judicial acerca de conflitos empresariais decorrentes da execução de contratos encontra-se distante da realidade dos fatos que ensejaram a contenda, eis que o julgador não acompanhou nem vivenciou o desenvolvimento do objeto pactuado. Portanto, a decisão judicial a ser exarada é menos eficiente sob esse aspecto.

Soma-se a essa questão a realidade estrutural do Poder Judiciário, como no Estado de São Paulo, que não distribui os litígios contratuais de empresas às Varas Empresariais, especializadas, o que potencializa a deficiência no exercício da jurisdição.

Evidencia-se, portanto, a necessidade de aplicação de meios de resolução de disputas que supram as peculiaridades dos contratos empresariais e, ao mesmo tempo, considerem e modulem o reflexo das decisões no mercado.

A proximidade e a capacidade técnica (adequada ao objeto do contrato) de quem decide a controvérsia tende a resolvê-la de modo mais célere e com maior segurança jurídica, portanto, mais eficiente, corroborando o que Dezem (TJSP, 2018b) afirmou.

Portanto, a figura do Estado-Juiz, em princípio, não se mostra mais apropriada à resolução das controvérsias contratuais empresariais, especialmente em contratos complexos, pois há muito distanciamento do desenvolvimento do objeto pactuado e dos conflitos que a ele são inerentes e demandam solução técnica e rápida.

Nesse sentido, destaca-se a utilização dos *Dispute Boards* como método adequado de solução de disputas, pois acompanha o contrato desde seu nascedouro até a sua finalização, prevenindo conflitos e os tratando apropriadamente.

3 DISPUTE BOARDS OU COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS: ORIGEM E CONCEITO

Os *Dispute Boards* ou Comitês de Resolução de Disputas foram originalmente concebidos para atender a demanda da indústria de construção no sentido de evitar paralisações e consequentes atrasos nas obras, devido às controvérsias surgidas ao longo da execução dos contratos, especialmente aqueles com longa duração.

Destaca-se que, do final do século XVIII até o começo do século XX, nos países de *common law*, a prevenção de disputas ocorridas durante a execução de uma obra era realizada pelo engenheiro responsável, quem arbitrava soluções. Ainda no século XX, após a II Guerra Mundial, as demandas tornaram-se mais complexas, pois a competição entre construtores se intensificou, exigindo do engenheiro outros conhecimentos, além do técnico, para solucionar os conflitos, o que acabou por relativizar a sua autonomia e consequente seu poder decisório. (SILVA NETO, 2019, p. 71).

Isso porque, apesar da autonomia e dos princípios morais inerentes ao exercício da engenharia, a relação de subordinação entre o engenheiro e o contratante demonstrava conflito de interesses, interferindo, portanto, na neutralidade exigida para a tomada de decisões. Ademais, devido ao aumento da complexidade das construções, outros conhecimentos passaram a ser exigidos dos engenheiros, como os relacionados às normas ambientais e ao cumprimento de determinações de órgãos governamentais (WALD, 2011, p.140).

Assim, o conhecimento técnico do engenheiro, que antes bastava para solucionar os problemas vivenciados durante a execução de um contrato de construção, já não era suficiente diante da variedade de matérias a serem enfrentadas, exigindo do mercado a procura de novas formas de resolução de disputas que evitassem, ao mesmo tempo, conflitos e facilitassem a execução eficaz dos contratos, mantendo-se os prazos e orçamento previstos.

Nesse contexto, na década de 1960, no estado de Washington, nos EUA, houve o primeiro relato de uso de um *Dispute Board* na construção da *Boundary Dam*⁶³, situação em que foi formado um conselho consultivo conjunto, imparcial e com conhecimento técnico,

⁶³ Trata-se de uma usina hidrelétrica localizada na Cidade de Seattle, inaugurada em 1967. Disponível em: <https://www.seattle.gov/cityarchives/exhibits-and-education/online-exhibits/boundary-dam>. Acesso em: 10 jul. 2023.

denominado “*Joint Consulting Board*”, com o objetivo de dirimir conflitos que surgissem ao longo da execução do contrato⁶⁴.

O sucesso desse comitê foi reconhecido, aumentando a percepção pelo mercado acerca dos proveitos na utilização dos *Dispute Boards*. Nesse sentido, em 1974 foi publicado um estudo, intitulado “*Better Contracting for Underground Construction*”, patrocinado pela “*US National Committee on Tunnelling Technology*”⁶⁵ que tratou dos problemas instaurados na indústria da construção, indicando a utilização dos comitês nos moldes adotados anteriormente pelo “*Joint Consulting Board*” e, também, recomendando a sua utilização no contrato destinado à construção do túnel Eisenhower, no Colorado, em 1975 (CHER, 2015, p.11), situação reconhecida como a primeira utilização oficial com a denominação “*Dispute Board*” dentro de uma controvérsia contratual (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 37).

Durante a construção do referido túnel, entre os anos de 1968 e 1974, na primeira parte da obra, vários problemas ocorreram, especialmente financeiros⁶⁶, levando o “*Colorado Department of Highways*” a convocar o *Dispute Board*⁶⁷ para se manifestar acerca de recomendações não vinculativas.

A esse respeito, vale destacar que, apesar de as partes terem convencionado em contrato que o DB seria instalado a partir do surgimento de um conflito declarado, houve o reconhecimento consensual de que o comitê deveria acompanhar o desenvolvimento do contrato desde o início da obra (CHER, 2015, p. 11), e foi o que aconteceu.

O sucesso nessa demanda foi tão expressivo que os DBs passaram a ser utilizados ao redor dos EUA. Em um movimento crescente, o reconhecimento dos benefícios dessa abordagem espalhou-se pelo mundo e a sua utilização foi estendida para diversos contratos de construção e infraestrutura, conforme esclarece Silva Neto (2019, p. 71):

⁶⁴ Segundo Silva Neto (2019, p. 71), “alguns artigos mencionam que a publicação de um relatório pelo *US National Committee* sobre tecnologia na perfuração de túneis tenha chamado a atenção do mercado para a inovação, resultado na adoção dos *dispute boards* nos projetos de construção do Túnel Eisenhower no ano de 1975 e contribuído para a difusão da prática nos EUA”.

⁶⁵ Vale destacar que o estudo iniciou-se em 1972, com a publicação em 1974. (SILVA NETO, SALLA, p. 37, 2021).

⁶⁶ O custo inicial licitado da construção do primeiro furo do túnel Eisenhower foi de US\$ 49,6 milhões com a estimativa de entrega em quatro anos. Todavia, o valor final dessa etapa da obra totalizou US\$ 109 milhões e a sua conclusão deu-se em quase seis anos. Já, no segundo furo, com a previsão contratual que incluía um DB, a construção foi bem sucedida e, mesmo após diversas alterações contratuais, o custo final da obra foi de, aproximadamente, US\$ 108 milhões. (DRBF).

⁶⁷ Registra-se que o primeiro Comitê, conforme cláusula contratual com previsão do DB, foi composto dos seguintes integrantes: Al Mathews, Palmer King e Charles McGraw. (DRBF).

A crescente percepção pelo mercado das vantagens práticas na utilização dos *dispute boards* ao longo das décadas de 1970 e 1980 em projetos internacionais levou a três iniciativas, em meados dos anos 1990, que foram determinantes para a sua difusão: (i) em 1995, a exigência pelo Banco Mundial da sua previsão nos projetos por ele financiados; (ii) a previsão pela FIDIC em 1996 dos *dispute boards* como método preferencial de resolução de disputas quando da revisão das condições para seus contratos-padrão; e (iii) a publicação no Reino Unido em 1996 do *UK Adjudication Act*, que requereu que boa parte dos contratos de construção no Reino Unido previsse cláusulas de adjudicação. Neste último caso, o estímulo veio às avessas, pois não demorou para que a indústria da construção local percebesse que, para projetos maiores, os *dispute boards* se mostravam mais efetivos que adjudicadores atuando em disputas isoladas. Não por coincidência, nessa mesma época nasceu a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), uma organização sem fins lucrativos dedicada à promoção da prevenção e resolução de disputas em todo o mundo pela utilização dos *dispute boards* e que atua como um verdadeiro motor na difusão das boas práticas do método e congregando os principais profissionais em atuação no mercado. (SILVA NETO 2019, p. 71).

Nesse contexto, a Federação Internacional de Engenheiros e Consultores “*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*” (FIDIC)⁶⁸, bem como o Banco Mundial passaram a recomendar a utilização dos DBs, oferecendo modelos padronizados aos usuários com regras claras prevendo, dentre outras questões, o modo de instauração, a forma de acompanhamento ao longo da execução dos contratos e o procedimento a ser adotado caso ocorresse a necessidade de resolução de disputas, evitando-se, assim, desgastes negociais (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 38).

Destaca-se que, em 1991, o Banco Mundial apenas recomendava o uso dos DBs para a resolução de disputas nos contratos de financiamento, passando a exigir a utilização da ferramenta a partir de 1995 nos projetos cujo valor de financiamento ultrapassasse US\$ 10 milhões (SILVA NETO, 2019, p. 71). Atualmente, a Instituição exige a adoção dos DBs para qualquer contrato de financiamento, independentemente do valor ajustado, o que denota a relevância do instrumento e o crescimento de sua importância ao longo do tempo (WORLD BANK, 2020).

Em 1995, a FIDIC⁶⁹ apresentou uma série de condições específicas a serem observadas nos contratos do tipo “design-build”⁷⁰ situação em que houve, pela primeira vez, a exigência para

⁶⁸ A FIDIC foi criada em 22 de julho de 1913 e, desde 1950, publica modelos de contratos, estabelecendo diretrizes e padrões, para uso em projetos internacionais de construção. Disponível em: <https://fidic.org/history>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁶⁹ FIDIC. *Orange book*. Disponível em: <https://fidic.org/books/design-build-and-turnkey-1st-ed-1995-orange-book>. Acesso em 15 jun. 2023.

⁷⁰ Contratos do tipo “design-build” são comumente utilizados no ramo da construção civil onde o desenvolvimento do projeto, bem como a sua conclusão são de responsabilidade de uma única entidade ou equipe colaborativa, ou

que as disputas fossem submetidas a um *Dispute Adjudication Board* ou a um *Dispute Adjudication Expert*⁷¹.

De modo a fomentar as boas práticas na utilização dos DBs, em 1996, em Wisconsin, nos EUA, foi criada a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), uma instituição sem fins lucrativos “dedicada a promover a prevenção e resolução de disputas em todo o mundo usando o método único e comprovado do *Dispute Board* (DB)” fornecendo “orientação sobre a implementação eficaz do DB sob medida para as condições e práticas existentes nas áreas do projeto, além de treinar profissionais do DB e promover as melhores práticas.” (DRBFd).

Com a eficiência dos *Dispute Boards* na resolução de disputas nos contratos complexos cada vez mais evidente, em 1999, a FIDIC⁷², após revisar suas formas de contrato, estabeleceu em seu “*Red Book*” intitulado “*Conditions of Contract form Construction*” que o *Dispute Board* deveria ser constituído desde o início da execução dos contratos. Somente os modelos “*Condition of Contract for Plant and Design-Build*” ou “*Yellow Book*” e “*Conditions of Contract for EPC/ Turnkey Projects (Engineering, Procurement and Construction (EPC))*”, ou “*Silver Book*”, voltados para projeto de EPC (Engenharia, Suprimentos e Construção), mantiveram a previsão de formação do Comitê no momento de surgimento do conflito que demandasse a intervenção de terceiro para a resolução da disputa (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 39).

De qualquer modo, a confirmação do sucesso na utilização das práticas adotadas pelos DBs foi consagrada como um dos cinco princípios de ouro elencados pela FIDIC, publicados em 2019. Trata-se do denominado “*Golden Principles*”, referindo-se a princípios que devem ser observados e respeitados de forma inviolável (FIDIC, 2019, p. 6).

Nessa relação, especificamente o Princípio de Ouro número 5 “GP5” que trata dos DBs, estabelece que, “a menos que haja um conflito com a lei vigente do Contrato, todas as disputas formais devem ser reportadas a um DAAB [*Dispute Avoidance/Adjudication Board*] (ou um

seja, a mesma empresa se obriga a cumprir as duas funções: projetar e construir. Disponível em: <https://www.mafeng.com.br/design-build-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-esse-tipo-de-contrato/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

⁷¹ A distinção entre “*Dispute Adjudication Board*” e “*Dispute Adjudication Expert*” reside no fato daquele ser composto por mais de um integrante ao passo que este possui apenas um profissional, o *expert*. Ressalta-se que esse tema será abordado adiante, na sessão destinada à classificação dos *Dispute Boards*.

⁷² A FIDIC publica livros de contratos padrão voltados as diferentes situações e tipos de projetos no setor de engenharia e construção, visando à equidade e clareza nas relações estabelecidas mundialmente entre as partes envolvidas em uma avença.

DAB [Dispute Adjudication Board], se aplicável) para uma decisão provisória vinculativa como uma condição precedente à arbitragem”⁷³.

Diante disso, outras instituições de mediação e arbitragem passaram a disponibilizar modelos contratuais com a previsão clausular de solução de disputas por meio dos Comitês⁷⁴, inclusive destacando o DB como modelo escalonado de arbitragem, na eventualidade de uma decisão proferida pelo Comitê ser rejeitada por uma ou ambas as partes⁷⁵.

Destaca-se, abaixo, o modelo adotado pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA):

As Partes se comprometem a respeitar as decisões do CRD [Comitê de Resolução de Disputas] e a utilizá-lo como mecanismo efetivo de prevenção, resolução e adjudicação de controvérsias. Em nenhuma hipótese a existência de disputa ou controvérsia dará direito às Partes de interromper a execução do Contrato, sendo facultado às partes recorrer [ao Poder Judiciário ou a juízo arbitral] no caso de inconformidade com a decisão do CRD, mantendo-se em vigor o compromisso de respeito às decisões do CRD e de continuidade na execução do Contrato até que o [Poder Judiciário / Tribunal Arbitral] emita a sua decisão. (CBMA).

Ressalta-se que, nos projetos financiados por organismos multilaterais com imposição de utilização dos modelos contratuais FIDIC, também há previsão do uso dos DBs de modo escalonado, todavia, com a ressalva de que, caso o Comitê não tenha sido constituído por qualquer motivo, o conflito poderá ser submetido diretamente à arbitragem⁷⁶.

Silva Neto e Salla (2021, p. 77-78) entendem que, embora os DBs venham sendo utilizados nas cláusulas escalonadas para a solução de conflitos, eles não devem ser usados como

⁷³ Tradução livre do texto original “GP5: Unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.” (FIDIC, 2019, p.8).

⁷⁴ Nesse sentido, pode-se citar a Câmara de Comércio Internacional (ICC), a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo, (CIESP), o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá CAM-CCBC, a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial-Brasil CAMARB, a Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia (CMA IE), entre outras.

⁷⁵ Destaca-se que os tribunais podem aplicar a decisão exarada pelo DB como parte de uma sentença arbitral, salvo se o tribunal arbitral verificar na decisão do DB falha para implementá-la, desconsiderando, então, o mérito da matéria em disputa. Vale a ressalva de que, em regra, o membro do DB está impedido de atuar como árbitro ou testemunha, exceto se houver disposição contratual em sentido contrário. (OWEN, TOTTERDILL, 2008, p.137-138).

⁷⁶ De acordo com a Cláusula 20.8 das 1999 FIDIC *Conditions*, que trata do “Termo da Nomeação do Conselho de Resolução de Disputas”, dispõe que “se, por qualquer motivo, não houver DAB em vigor, então a exigência de acordo amigável não será aplicada e a disputa poderá ser encaminhada diretamente para arbitragem”. Tradução livre do original “20.8 *Expiry of Dispute Adjudication Board’s Appointment*”. (SILVA NETO; SALLA, 2021, 77).

etapa prévia obrigatória a uma decisão vinculativa definitiva. Tal assertiva encontra fundamento, segundo os autores, na própria natureza do instituto dos DBs na medida em que são dotados de eficiência com foco na proteção do objeto contratual, ao invés dos interesses individuais⁷⁷:

[...] sendo os *dispute boards* um mecanismo de solução de controvérsias que tem como característica principal a função de proteção do objeto contratual e não dos interesses individuais das partes contratantes, não há sentido impor a utilização do comitê como uma etapa prévia necessária nos casos em que a controvérsia versa apenas sobre referidos interesses individuais.

No meu entendimento, obrigar a parte afetada a utilizar o mecanismo por meio de cláusula escalonada para toda e qualquer controvérsia que venha a surgir na relação contratual apenas torna o *dispute board* um obstáculo e não uma solução para o conflito. (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 77-78).

De qualquer modo, nota-se que, se houver falha na solução das divergências, as partes poderão recorrer à arbitragem (caso haja a existência de cláusula compromissória) ou, ainda, levar a demanda para apreciação pelo Poder Judiciário⁷⁸, sendo, desse modo, a utilização dos DBs mais uma via de acesso à justiça ao considerar que “a amplitude das possibilidades de resolução dos conflitos, tanto a forma litigiosa como a consensual, ou não adversarial, contribuem, igualmente, para a concretização do acesso à justiça”⁷⁹ (POSSATO, 2020, p. 52). Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p.11-12):

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. CAPPELLETTI, GARTH (1988, p.11-12).

If - for any reason- there is no DAB in place, then requirement for amicable settlement will not apply, and the dispute may be referred directly to arbitration.”

⁷⁷“Um estudo do DRBF aponta um índice de manutenção de 98% das decisões emitidas por *dispute boards* e que vieram a ser questionadas perante um tribunal arbitral, sendo que, dos 2% que foram revertidos, 1% o foi em razão de problemas com o mérito e 1% em razão de irregularidades procedimentais” e que “cerca de 60% das disputas surgidas em projetos com *dispute boards* atuantes são resolvidas de forma negociada, sem chegarem a requerer decisões” (SILVA NETO, 2019, p. 75), fatores que evidenciam que a vocação dos DBs é “evitar disputas posteriores, e não servir como uma espécie de preparação para elas, ainda que de certa forma este venha a ser um efeito secundário da sua atuação” (SILVA NETO, 2019, p. 75).

⁷⁸ Vale ressaltar que, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, prevê o Princípio da Inafastabilidade da jurisdição do Poder Judiciário brasileiro, preconizando o “acesso à justiça”, cujo significado consiste não só na sua acessibilidade ao processo jurisdicional estatal, mas, sobretudo, à ordem jurídica justa, isto é, garantia de ingressar com demanda judicial e obter, em um tempo razoável, a manifestação jurisdicional de solução do conflito. Vale lembrar que nos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era compreendido como “o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

⁷⁹ Acesso à justiça, portanto, representa a efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos, além dos direitos sociais (POSSATO, 2020, p. 53).

Assim, Cappelletti e Garth (1988, p.9) defendem que o acesso à justiça deve ser entendido como um direito fundamental, sendo os mecanismos alternativos de resolução de disputas opções eficazes e acessíveis, até porque a titularidade de direitos, quando esvaziada de mecanismos que propiciem a sua efetivação, se torna apenas teórica ou ilusória.

Nesse sentido, o *Dispute Resolution Board*, ou, simplesmente, *Dispute Board*, ou Comitês de Resolução de Disputas, como são conhecidos no Brasil, “possuem um escopo de atuação bem mais amplo do que o de um simples método extrajudicial de resolução de conflitos⁸⁰. Antes de qualquer coisa, trata-se de um instrumento de governança contratual” (DOMINGUES, 2022, p. 22) na medida em que avalia, direciona e monitora o desenvolvimento do contrato, mantendo um sistema de gestão de riscos que permite, caso haja eventos adversos, à tomada de decisões imediata que busquem alcançar a continuidade da execução do contrato.

Em outras linhas, a principal finalidade da ferramenta é a contribuição direta para que o contrato seja executado regularmente, no tempo e, se possível, nas condições inicialmente previstas, mitigando ou minimizando o risco causado pelas divergências contratuais, tendentes a impactar o cumprimento das obrigações das partes em razão de conflitos que se instalam por não serem devidamente tratados.

Herñandez-Garcia (2020), em análise opinativa, ao comparar os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, explica que “Dispute Boards não são mini-arbitragens, mini-mediações ou mini-determinações de peritos, mas uma mistura muito inteligente de todos esses métodos em um mecanismo único” (HERÑANDEZ-GARCIA, 2020, tradução nossa).

Nesse sentido, destaca-se que a principal diferença do *Dispute Board* para os demais meios alternativos de resolução de conflitos⁸¹ reside no momento de sua constituição⁸². Isso

⁸⁰ “É importante notar que o marco fático real da ampliação da utilização dos meios consensuais foi a aprovação da Lei nº 9.099/95, estimulando a reformulação da cultura da sentença através de mudanças que vão desde a forma de ajuizamento até a instrução do processo e mesmo nos próprios julgamentos.

Após, em 2004, tivemos a Emenda Constitucional nº 45, constitucionalização do princípio da celeridade ao incluir o inciso LXXVIII no art. 5º e instituindo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – criou o artigo 103- B –, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal, que trata dos princípios da administração pública: legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Em 2010, tivemos a Resolução nº 125/2010 do CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, incorporando assim os meios alternativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico. Foi também quando foram criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça (NUPEMESC) e os Centros Jurídicos de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), uma verdadeira revolução no seio do Poder Judiciário”. (SILVA NETO, 2019, p. 70).

⁸¹ Quanto aos meios alternativos de resolução de conflitos, utiliza-se o acrônimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) ou MASC (Meio Alternativo para Solução de Conflitos) como Conciliação, Negociação, Mediação e

porque os DBs, em regra, são constituídos desde o início da contratação, ou seja, antes mesmo de haver alguma divergência ou conflito entre os contratantes, podendo, ainda, permanecer ativo mesmo após concluído o objeto contratual (SILVA NETO, SALLA, 2021, p. 54)⁸³. A exemplo disso, pode-se citar um contrato de construção com previsão clausular de uso dos DBs para após a conclusão e entrega da obra, direcionando, assim, o uso da ferramenta para eventuais problemas futuros.

Assim, o DB se apresenta como o único método de resolução de disputas que consegue atender as partes no momento em que surge a divergência (ou mesmo antes), aliás, essa proximidade com as partes e com o desenvolvimento contratual também é outra característica que destaca os DBs dos demais métodos alternativos de resolução de conflitos.

Vale pontuar que, tanto a Conciliação⁸⁴ como a Mediação⁸⁵ preveem a figura de um terceiro imparcial para atuar no deslinde do conflito já instaurado, todavia, sem poder decisório. Já no *Dispute Board*, além de atuação precedente ao conflito, também há previsão da figura de um terceiro imparcial⁸⁶ que, a depender do tipo de DB contratado⁸⁷, poderá emitir uma decisão vinculativa⁸⁸.

Arbitragem, ou na modalidade on-line ODR (*On Line Dispute Resolution*) ou MESC (Meio Eletrônico de Solução de Conflitos), como Conciliação on-line e Mediação on-line. (POSSATO, 2020).

⁸² Excetuando-se o DB *ad hoc*, em que o Comitê será formado a partir do momento em que houver uma controvérsia instaurada e apresentada pelas partes. Ressalta-se que a classificação dos DBs será abordada adiante.

⁸³ De acordo com o Regulamento relativo aos *Dispute Boards* (ICC, 2022), cujo artigo 14 trata do funcionamento das atividades do Comitê, “salvo convenção em contrário das Partes, o DB encerrará suas atividades mediante recebimento de notificação destas, informando sua decisão conjunta de dissolver o DB”.

⁸⁴ O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, em seu artigo 165, prevê a diferenciação da atuação do conciliador (§ 2º) e do mediador (§ 3º). Nesse contexto, o conciliador poderá sugerir soluções ao passo que o mediador facilitará o diálogo entre as partes para que elas proponham soluções.

⁸⁵ A Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei de Mediação, em seu artigo 1º, parágrafo único, reconhece como mediação “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

⁸⁶ As partes disporão acerca do número de membros a compor o Comitê. Apesar de normalmente verificar sua formação por três membros, a depender do porte do contrato, as partes contratantes poderão optar por apenas um membro no DB.

⁸⁷ “O teor das decisões caracteriza os tipos de *Dispute Boards* atualmente previstos nos principais regulamentos: (i) *dispute review boards* (DRBs) ou comitês revisores, que emitem apenas recomendações; (ii) *dispute adjudication boards* (DABs), também chamados de comitês adjudicadores ou de decisão, que emitem apenas decisões; e (iii) os *combined dispute boards* (CDBs) ou comitês mistos, que combinam os tipos anteriores emitindo recomendações e decisões, de acordo com a situação a que lhes é submetida. Vale notar que, quando as partes optam pela utilização dos comitês nos contratos sem especificar o número de membros, o tipo de decisão e a temporariedade da sua atuação, em geral os regulamentos definem como padrão os *boards* de três membros (permanentes e de decisão)”. (SILVA NETO, 2019, p. 74).

⁸⁸ Destaca-se que a decisão emitida pelo Comitê ou DB não reúne as condições necessárias para constituir título executivo extrajudicial (artigos 798, alínea a e 806 ambos do CPC), isso porque essas decisões não tem força executória (artigo 516, inciso III, CPC), devendo para tanto sujeitar-se a um processo judicial ou arbitral. A Lei

As técnicas de sucesso utilizadas em outros métodos de solução de conflitos também são aproveitadas no *Dispute Board*, como o uso de critérios objetivos na análise do caso, a utilização de técnicas de negociação que crie conexão positiva com as partes, conhecida como *rapport*,⁸⁹ a escuta ativa que, além de evidenciar o interesse em entender a perspectiva apresentada pelas partes, consegue capturar elementos relevantes capazes de aumentar o poder de negociação (FISHER; URY, 2005 p 141.), o *brainstorming*, ou seja, uma geração de ideias livres e espontâneas das partes envolvidas no conflito a serem posteriormente analisadas, na tentativa de encontrar a opção mais adequada para o caso apresentado (FISHER; URY, 2005 p. 63).

Vale mencionar que a utilização dessas técnicas pelo DB possui um contorno próprio, devendo haver cautela em sua aplicação. Como exemplo, cita-se que, diferentemente de outros métodos extrajudiciais, os membros do Comitê não devem, na medida do possível, encontrar-se com as partes informalmente ou separadamente, o que poderia levantar argumentos contrários a eventual parecer vinculativo e decisório sob a alegação de ofensa à neutralidade exigida do Comitê⁹⁰.

Apesar disso, a ICC admite a possibilidade de assistência informal em caso de divergências, como se observa no artigo 17 do Regulamento relativo aos *Dispute Boards* (ICC, 2022), *in verbis*:

1

Por iniciativa própria ou a pedido de uma das Partes, mas sempre com o consentimento de todas as Partes, o DB poderá, de maneira informal, auxiliar as Partes na resolução de qualquer Desacordo que tiver surgido durante a execução do Contrato. Essa assistência informal pode ser prestada durante qualquer reunião ou visita às obras. A Parte que propuser a assistência informal do DB deverá envidar esforços para informar o DB e a outra Parte de tal proposta com o máximo de antecedência possível da data da reunião ou visita às obras durante a qual tal assistência informal deverá ser prestada.

2

A assistência informal do DB poderá ser prestada sob a forma de diálogo entre o DB e as Partes; uma ou mais reuniões separadas entre o DB e qualquer uma das Partes, com o consentimento prévio de todas as Partes; de opiniões informais fornecidas pelo DB às

de Mediação prevê em seu artigo 20, parágrafo único, que a celebração do acordo entre as partes constitui título executivo extrajudicial. Nesse mesmo sentido, o acordo alcançado em uma negociação direta pelas partes, desde que preenchido os requisitos previsto no artigo 784, inciso III, do Código de Processo Civil (CPC), também constituirá título executivo extrajudicial.

⁸⁹ O *rapport* é um método de construção de relacionamento que visa criar uma conexão de confiança e empatia com a outra pessoa, melhorando, assim, o ambiente para negociação. Encontrar interesses em comum, demonstrar interesse genuíno na outra pessoa e usar linguagem corporal e tom de voz que demonstrem uma atitude positiva e receptiva são algumas maneiras para criar o *rapport*. Destaca-se que o *rapport* não é uma técnica manipulativa, mas sim uma forma de estabelecer uma relação de confiança e respeito mútuo. (FISHER; URY, 2005, p. 40-41)

⁹⁰ O mesmo acontece com a Arbitragem, em que o árbitro, no exercício de sua função, deverá proceder com imparcialidade e competência (artigo 6º da Lei 9.307/96, Lei da Arbitragem), considerando que após ouvir as partes, emitirá decisão vinculativa, nos termos do artigo 18 da referida lei.

Partes; de nota do DB endereçada por escrito às Partes; ou qualquer outra forma de assistência capaz de auxiliar as Partes a solucionarem o Desacordo.

3

Se o DB for chamado para emitir uma Conclusão em relação a um Desacordo sobre o qual ele já prestou assistência informal, o DB não ficará vinculado por nenhuma opinião, oral ou escrita, que tiver expressado ao prestar assistência informal, nem levará em consideração nenhuma informação que não estiver disponível a todas as Partes. (ICC, 2022).

Com relação à Arbitragem, embora também haja uma decisão vinculativa, é importante diferenciá-la da decisão emitida no DB. A dissemelhança essencial encontra-se na natureza jurídica dos institutos. No caso da Arbitragem, há previsão legal específica na Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem), que atribui caráter vinculativo definitivo e jurisdicional^{91 92} à decisão proferida pelo árbitro, diferentemente do *Dispute Board*, cuja natureza jurídica é contratual.

A fonte da eficácia do DB, portanto, é o contrato, sendo pautada na autonomia da vontade das partes, e a sua decisão não é revestida pelo poder de jurisdição⁹³, diferentemente da sentença arbitral que, apesar de ter alcance decorrente de contrato (por meio de cláusula compromissória específica), constitui título executivo.

No entanto, diferentemente da arbitragem, que acontece fora do ambiente e do tempo da execução do contrato, o DB se desenvolve junto com o próprio objeto contratado, sendo, como já visto, “um conselho de profissionais imparciais formado no início do projeto para acompanhar o andamento da construção, incentivar a prevenção de disputas e auxiliar na sua resolução” (DRBFa, tradução nossa).

Esse, também, é o entendimento da ICC, que define o DB em seu Regulamento como “um órgão permanente normalmente estabelecido na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de médio ou longo prazo para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer

⁹¹ O artigo 3º, § 1º, do Código de Processo Civil, reafirma o caráter jurisdicional da Arbitragem ao estabelecer que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, sendo “permitida a arbitragem, na forma da lei”. Além disso, há previsão legal também no artigo 515, inciso VII, do mesmo Códex, com o reconhecimento de que a sentença arbitral é título executivo judicial.

⁹² Artigo 18, Lei 9.307/96: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

⁹³ Como exemplo disso, a Lei Municipal nº 16.875/2018, do Município de São Paulo, reforça a ausência de poder de jurisdição na decisão exarada pelos Comitês dos DBs ao estabelecer em artigo 2º, parágrafo único, que “as decisões emitidas pelos Comitês com poderes de adjudicação poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes”. O mesmo se verifica no Projeto de Lei (PL) nº 2421/2021, que tramita na Câmara dos Deputados, que prevê a reforma da decisão do DB pelo Poder Judiciário ou pela Arbitragem, caso tenha sido acordado pelas partes, como se verifica no artigo 2º, § 2º, do PL: “as recomendações e as decisões proferidas pelos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas poderão ser reformadas pelo Poder Judiciário ou, quando houver convenção neste sentido, por arbitragem”.

desentendimentos ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato” (ICC, 2022, p. 2).

Essa mesma Instituição destaca que os DBs são “utilizados de modo geral em projetos de construção”, mas que “também são encontrados em outras áreas, incluindo pesquisa e desenvolvimento, propriedade intelectual, acordos de acionistas e de partilha de produção” (ICC, 2019, p. 2), o que denota, também, o caráter generalista dos DBs, permitindo abranger qualquer avença de execução complexa que exija a continuidade contratual e rápida solução das controvérsias.

Tal aplicação coaduna algumas características essenciais dos DBs, como a contratualidade, a imparcialidade, a independência, a capacidade técnica, a perenidade e o objetivo focado na prevenção de conflitos e manutenção da execução contratual.

A contratualidade se faz presente porque a ferramenta só pode ser aplicada se houver consenso na disposição clausular prevista em contrato, por expressa manifestação de vontade dos contratantes, que pode ser materializada na formação inicial do instrumento negocial, ou declarada após o surgimento de uma divergência.

Trata-se, portanto, da expressão da autonomia da vontade das partes em contratar. Pereira (2022, p. 63) correlaciona a *autonomia da vontade* à *liberdade de contratar*, na medida em que a ordem jurídica assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva.

Nesse sentido, a liberdade de contratar, segundo o mesmo autor, concretiza-se em quatro momentos fundamentais dos ajustes, como se destaca a seguir:

A – Em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual. [...].

B – Em segundo lugar, a liberdade de contratar implica a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo de negócio a efetuar. Não é, também, absoluto o poder de ação individual, porque às vezes a pessoa do outro contratante não é suscetível de opção, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código do Consumidor. As exceções, que não infirmam a regra, deixam incólume o princípio da livre escolha.

C – Em terceiro lugar, a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes. De regra, estes lhe imprimem a modalidade peculiar ao seu negócio, e atribuem ao contrato redação própria, estipulando condições, fixando obrigações, determinando prestações etc.

D – Finalmente, uma vez concluído o contrato, passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho coator do Estado para fazê-lo

respeitar tal como está, e assegurar a sua execução segundo a vontade que presidiu a sua constituição. (PEREIRA, 2022, p. 63-67).

Disso decorre que o princípio da autonomia da vontade, de modo geral, pode ser entendido como o direito subjetivo das pessoas a concluírem de forma livre e autônoma os negócios jurídicos por meio de contratos⁹⁴.

Uma vez instrumentalizada essas vontades, o acordo passa a ter força vinculante por meio do princípio *pacta sunt servanda*, conferindo ao negócio jurídico garantia da calculabilidade (FORGIONI, 2023, p. 6)⁹⁵. Sob esse aspecto, portanto, a vinculação contratual por meio de cláusula que estabeleça a atuação do DB, representa capacidade coativa na medida em que tenha sido demonstrada e respeitada a autonomia da vontade no ato da contratação, como mecanismo de garantia da função social do contrato.

Nesse caso, nas relações contratuais privadas, deve prevalecer o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, observando-se, especialmente, que as normas de ordenação pública devem ser interpretadas em favor do respeito aos contratos, quando tratarem de atividades econômicas privadas. Isso é o que se depreende do estudo do § 2º do artigo 1º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), e do artigo 421 do Código Civil, como se destaca abaixo:

Código Civil

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Declaração de Direitos de Liberdade Econômica

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

[...]

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

⁹⁴ No entanto, a liberdade de contratar não é absoluta, submetendo-se a fatores restritivos que se relacionam à ordem pública, como o dever de obediência à realização da função social, e ao dirigismo contratual, consubstanciado na possibilidade intervencionista do Estado na economia do contrato.

⁹⁵ Nesse sentido, Forgioni (2023, p. 6) afirma que é o *pacta sunt servanda* assegurado pela autoridade coercitiva dos Estados que oferece a garantia da calculabilidade, ou seja, as partes do negócio contam com aquilo que virá (FORGIONI, 2023, p.6).

A imparcialidade, independência⁹⁶ e capacidade técnica também são características necessárias à garantia da legalidade e legitimidade das recomendações ou decisões do Comitê. Referida exigência é amplamente disseminada em regulamentos de Câmaras que trabalham com *Dispute Boards*, a exemplo do disposto nas subcláusulas 6.2 e 6.4 do artigo 6º do Regulamento dos DBs da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP) e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP):

6.2. Todos os Membros indicados a integrar o Comitê deverão assinar declaração de independência e de disponibilidade e comunicar imediatamente, por escrito, às Partes, aos demais Membros do Comitê e à Secretaria da Câmara Ciesp/Fiesp, todos os fatos e circunstâncias que possam colocar em dúvida, perante as Partes, sua independência e imparcialidade, inclusive os que possam surgir durante o seu mandato.

6.4. Todo Membro do Comitê preservará o equilíbrio de participação e poder decisório entre as Partes, procedendo com imparcialidade, competência, diligência, sigilo e celeridade. (CIESP/FIESP, 2018).

Nesse contexto, o conhecimento técnico necessário aos membros que compõem os Comitês, protegido pela independência e imparcialidade, torna as recomendações ou decisões mais bem aceitas pelas partes se comparadas às decisões judiciais.

Nesse sentido, destaca-se que, em consulta de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), verificou-se somente um registro de contestação de decisão adjudicatória emitida por Comitê de *Dispute Board*⁹⁷.

Quanto à perenidade, deve-se pontuar que a atuação do DB desde o início do contrato é a regra a ser reconhecida, pois, originariamente, o DB deve ser dedicado ao acompanhamento integral da execução contratual, condição em que apresenta resultados mais rápidos e efetivos.

Isso não inviabiliza, todavia, a instalação pontual do DB, no modo *ad hoc*, após o surgimento e declaração da controvérsia. Ocorre que, nesse caso, a atuação preventiva fica

⁹⁶ Tanto a FIDIC quanto a ICC preveem formas contratuais com procedimentos consensuais ou obrigatórios disponíveis nos DBs. No tocante a composição dos membros do Comitê, a cláusula 4 do Apêndice “Condições Gerais do Acordo de Adjudicação de Disputa”, edição de 1999, da FIDIC, estabelece uma relação de exigências de modo a assegurar a independência de um membro do *Dispute Board*.

⁹⁷ O caso refere-se ao Processo nº 1014265-98.2018.8.26.0053, que tramita na 10ª Câmara de Direito Público no TJSP. Trata-se de Ação Declaratória de Inexigibilidade de Obrigação combinada com Revisão de Decisão de Conselho de Resolução de Disputas, com pedido de Antecipação de Tutela, ajuizada pela Companhia do Metropolitan de São Paulo - Metrô em face do Consórcio TC Linha Amarela. Destaca-se que a pesquisa foi realizada em 26/08/2023. Ressalta-se, também, que litígios tratados em juízos arbitrais não foram objeto da pesquisa, eis que o acesso é restrito por imposição de cláusula de sigilo, própria à arbitragem.

relativizada, na medida em que o conflito já fora instalado (DOMINGUES, 2022, p. 23). Nas palavras de Wald (2011, p. 142):

Em qualquer caso, para que o dispute board possa ser eficiente e cumprir de forma adequada sua função, é necessário que seus membros acompanhem, desde o início, a execução do contrato, conhecendo o dia a dia do negócio e o relacionamento entre as partes. É importante também que os membros do painel sejam informados regularmente acerca do desenvolvimento do contrato, tanto mediante o acesso à documentação pertinente, quanto por visitas regulares ao local de sua execução. Com isso, o procedimento perante um dispute board pode ser sumário, contando com tempo relativamente limitado para a realização de investigações ou reflexões mais profundas (WALD, 2011, p. 142).

Infere-se que o DB *ad hoc* tem sido solução adotada por ter custo mais reduzido em relação ao DB tradicional, no entanto, é inegável que a característica da preventividade é afetada, pois, ao ser instalado após o conflito, sua atuação passa a ser restaurativa, com o fim de pacificar a relação contratual e mantê-la hígida, o que, de certo modo, contrapõe uma das características básicas do DB, que, como dito, é o foco na prevenção de conflitos e na manutenção da execução contratual.

Nesse contexto, é a possibilidade do DB emitir recomendações ou decisões sobre as controvérsias suscitadas pelas partes que lhe caracteriza o foco preventivo e na manutenção da execução contratual. Não se confunde com a dinâmica da arbitragem, com a qual se aproxima, desvirtuadamente, os comitês *ad hoc*. (DOMINGUES, 2022, p. 23).

Nesse sentido, apesar do instituto da arbitragem e do *Dispute Board* possuírem algumas semelhanças procedimentais, a despeito da possibilidade de suas atuações ocorrerem quando instaurado o conflito, na modalidade *ad hoc*, eles não se confundem à medida que possuem características diferenciadas essenciais, conforme assinalado por Cairns e Madalena (2006, p. 187):

Os DBs não se configuram como um tribunal arbitral, vez que suas determinações não serão reconhecidas e executadas da mesma maneira que uma sentença arbitral, já que estas só obrigam contratualmente as partes (artigo 1 do Regulamento). Por conseguinte, se uma parte descumpre uma decisão de um DAB (ou CDB), sendo esta vinculante para as partes, a outra parte poderia submeter tal descumprimento a uma arbitragem (ou à jurisdição ordinária se não existisse cláusula compromissória entre as partes). (CAIRNS; MADALENA, 2006, p. 187, tradução nossa)⁹⁸.

⁹⁸ Tradução do original: “Los DBs no se configuran como un tribunal arbitral, por lo que sus determinaciones no serán reconocidas y ejecutadas de la misma manera que una sentencia arbitral, ya que éstas solo obligan contractualmente a las partes (Artículo 1 del Reglamento). Por consiguiente, si una parte incumple una decisión de un DAB (o CDB) o una recomendación de un DRB (o CDB), una vez sea ésta vinculante para las partes, la otra parte podría someter dicho incumplimiento a un arbitraje (o la jurisdicción ordinaria si no existiese convenio arbitral entre las partes)”. (CAIRNS; MADALENA, 2006, p. 187).

Diferentemente do verificado na Arbitragem, a participação do DB é técnica (relacionada ao objeto do contrato e não técnico-jurídica – relacionada ao conteúdo interpretativo clausular propriamente dito) e imparcial, o que tende a tornar a relação contratual mais amena e dinâmica, eis que é nítida a prevenção da instalação de conflitos em razão da proatividade intrínseca à atuação do Comitê. Esses são seus fatores distintivos.

Nas palavras de Domingues (2022, p. 23), os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos buscam distencionar a relação entre as contrapartes, criando soluções (impostas, sugeridas ou facilitadas) para as controvérsias, dissipando-as. Todavia, mesmo obtendo êxito, sempre será uma atuação *a posteriori*, motivo pelo qual, em uma relação contínua, o estado anterior não será mais restaurado e a confiança poderá já ter sido perdida. Por isso, a atuação preventiva de conflitos na execução de contratos empresariais complexos é relevante.

Mesmo assim, quando a prevenção não se mostra suficiente para pôr fim a controvérsias suscitadas, instalando-se a disputa entre os contratantes, o DB pode, ainda, se houver sido acordado previamente entre as partes, proferir decisões céleres, que vinculam as partes ao seu cumprimento.

Essa função do DB é dita adjudicatória, dá maior amplitude na atuação do Comitê e, por isso, maior efetividade na sua participação. Assim, o ciclo de atuação do DB na execução do contrato se completa, iniciando-se com a prevenção dos conflitos, prosseguindo com recomendações que auxiliam na autocomposição e, por fim, se houver a instalação da disputa devidamente formalizada, concluem com a imposição de soluções técnicas, por meio de heterocomposição.

Destaque-se que a autocomposição é solução obtida a partir do consenso entre as partes, que compõem conjuntamente o modo como resolver determinada divergência. Pode-se dizer que uma recomendação do DB pacifica o conflito contratual no caso de sua aceitação pelas partes. Nessa circunstância, o auxílio do Comitê, prestando recomendações aos contratantes, conduz ao entendimento.

Por outro lado, na hipótese de inexistência de consenso, mesmo a partir da recomendação do DB, a solução para a divergência necessitará ser imposta. Impera, portanto, a heterocomposição que, na mesma medida, busca a pacificação do conflito, porém com uma decisão heterônoma acerca da demanda contratual, que possui natureza adjudicatória.

Ressalta-se que as decisões heterocompositivas do DB, por serem de ordem administrativa e no bojo do contrato, são, como já dito, passíveis de revisão jurisdicional ou arbitral, a depender do regramento contratual estabelecido para a resolução dos litígios, mas por serem técnicas e prolatadas por Comitês que vivenciam a execução cotidiana da avença, tendem, como observado alhures, a não ser reformadas pelo Poder Judiciário.

Um fator importante, sobre esse aspecto é que, como as decisões do DB são impostas durante a execução contratual, não resta alternativa às partes senão cumprir o que tenha sido apontado pelo Comitê. Vale a regra da continuidade contratual.

3.1 Tipos e classificações dos *Dispute Boards*

O *Dispute Board* (DB) ou *Dispute Resolution Board* ou Conselho de Resolução de Disputas (CRD) constitui gênero do qual derivam 3 (três) tipos, assim denominados *Dispute Review Board* (DRB), *Dispute Adjudication Board* (DAB) e *Combined Dispute Board* (CDB)⁹⁹, nomenclatura que se encontra intimamente ligada ao caráter da decisão exarada pelo Conselho, se vinculativa ou meramente recomendatória, ou, em outras palavras, de acordo com o “tipo de conclusão que emite após uma remessa formal”¹⁰⁰.

Tanto a ICC quanto a DRBF classificam os DBs segundo o caráter vinculativo da decisão, definindo-os como “tipos” de DB, ao invés de espécies. Por outro lado, Silva Neto e Salla (2021, p. 68-70) entendem que DRB, DAB e CDB são modalidades cujas espécies se referem ao momento de sua instalação, se permanente ou *ad hoc*. Este estudo segue a distinção estabelecida pelo referencial internacional mencionado, apresentando as possíveis classificações conforme características específicas.

As nomenclaturas mencionadas seguem o padrão da ICC, que, no inciso V do artigo 2º (“Definições”) do Regulamento relativo aos *Dispute Boards* (ICC, 2022) estabelece que “‘Dispute Board’ (‘DB’) significa um *Dispute Review Board* [Conselho de Revisão de Disputas]

⁹⁹ De acordo com definição disposta no Regulamento relativo aos *Dispute Boards* (ICC, 2022), artigo 2º (“Definições”), inciso V, “‘Dispute Board’ (‘DB’) significa um Conselho de Revisão de Disputas (‘DRB’), um Conselho de Adjucação de Disputas (‘DAB’) ou um Conselho Combinado de Disputas (‘CDB’), composto por um, três ou mais Membros do banco de dados”. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/dispute-board-rules/#block-accordion-2>. Acesso em 28 ago. 2023.

¹⁰⁰ ICC. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/>. Acesso em: 28 ago. 2023.

(‘DRB’), um Dispute Adjudication Board [Conselho de Adjudicação de Disputas] (‘DAB’) ou um Combined Dispute Board [Conselho de Disputas Combinado] (‘CDB’), composto de um, três ou mais Membros do DB”.

A ICC preconiza o seguinte:

As Regras dão às partes a escolha entre três tipos de DB – cada um dos quais se distingue pelo tipo de conclusão que emite após uma remessa formal. Os Conselhos de Adjudicação de Disputas [Dispute Adjudication Boards] (DABs) emitem decisões que devem ser cumpridas imediatamente. Por outro lado, os Conselhos de Revisão de Disputas [Dispute Review Boards] (DRBs) emitem recomendações que não são imediatamente vinculativas para as partes, no entanto, tornam-se assim se nenhuma das partes se opuser no prazo de 30 dias. Finalmente, os Conselhos Combinados de Disputas [Combined Dispute Boards] (CDBs) oferecem uma solução intermediária entre o DRB e o DAB. Eles normalmente emitem recomendações, mas também podem emitir decisões se uma parte assim o solicitar e nenhuma outra parte se opuser ou se o DB decidir assim com base nos critérios estabelecidos nas Regras. (ICC, tradução livre).¹⁰¹

Vale pontuar que as nomenclaturas retrocitadas, como dito, estão apoiadas nas regras da ICC (2022), podendo apresentar distinção de acordo com o regramento específico adotado segundo a Câmara analisada. Tal nomenclatura, de qualquer modo, indicará, em regra, os efeitos finais das conclusões do DB.

Não existe, portanto, um regramento impositivo pré-estabelecido para o funcionamento do DB, mas referenciais normativos em câmaras especializadas de caráter privado que podem ser eleitas a partir de disposição contratual que defina a atuação do Comitê¹⁰².

Nesse contexto, as partes são livres para adotar qualquer modelo que já esteja padronizado por entidades internacionais ou nacionais, normalmente vinculados a câmaras de arbitragem, ou mesmo estabelecer regramento próprio para funcionamento do DB, condição essa que demandaria a formalização de instrumento jurídico acessório ao contrato principal.

¹⁰¹ ICC. Tradução livre de “The Rules give parties a choice between three types of DB—each of which are distinguished by the type of conclusion it issues upon a formal referral. Dispute Adjudication Boards (DABs) issue decisions that must be complied with immediately. On the other hand, Dispute Review Boards (DRBs) issue recommendations that are not immediately binding on the parties, however, become so if no party objects within 30 days. Finally, Combined Dispute Boards (CDBs) offer an intermediate solution between DRB and DAB. They normally issue recommendations but may also issue decisions if a party so requests and no other party objects or the DB so decides on the basis of criteria set out in the Rules. There is a contractual obligation to comply with recommendations and decisions—when so required—by disallowing objections on the merits as a defence to non-compliance and through explicit use of the terms ‘final’ and ‘binding’.” Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/>. Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁰² A ICC esclarece que, mesmo quando a disputa não for levada ao seu Centro Internacional de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), as partes poderão se valer de seu regramento relativo aos DBs. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/role-of-the-icc-centre-for-adr/>. Acesso em 28 ago. 2023.

Silva Neto (2019, p. 74-75), ao mencionar a diferença entre os DBs administrados diretamente pelas partes e os que são apoiados administrativamente por instituições de arbitragem, assevera o seguinte:

Os primeiros são o formato historicamente praticado no mundo, usualmente regulados pelas regras da FIDIC ou da CCI [ICC]. Já a possibilidade de ter instituições de arbitragem dando apoio aos DBs surgiu de uma iniciativa pioneira do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), no Rio de Janeiro, como uma forma de dar mais segurança às partes para a utilização da ferramenta principalmente no que diz respeito à administração pública. Trata-se de uma iniciativa inovadora e que foi muito bem recebida pelo mercado, já tendo sido adotada também pelas principais câmaras nacionais. (SILVA NETO, 2019, p. 74-75).

Além do caráter vinculante das conclusões do DB, o momento em que ele é instalado e sua composição podem, também, constituir critérios para classificação, cuja compreensão é relevante para o estudo do instituto, como será abordado a seguir.

3.1.1 Classificação quanto ao número de integrantes

A composição mais comum dos DBs é o modelo com 3 (três) membros¹⁰³, que podem ser escolhidos de várias formas, sendo a mais usual a indicação de um membro por cada parte, com aprovação pela outra, e a indicação do terceiro, que será o presidente¹⁰⁴, pelos dois em conjunto (DOMINGUES, 2022, p. 23).

De acordo com o entendimento de Silva Neto e Sallas (2021, p. 107), recomenda-se que o presidente seja um advogado, com conhecimento em Direito e habituado a trabalhar com procedimentos formais, conforme se verifica:

Recomenda-se que o terceiro membro seja um advogado. É mais lógico deixar a presidência do DB para um profissional da área do Direito, em função de sua familiaridade com procedimentos formais e, também, pelo fato de que as decisões do DB, por mais que tenham conteúdo técnico, deverão ser aplicadas de acordo com as regras fixadas no contrato e, na falta de disposições específicas, de acordo com a lei. (SILVA NETO; SALLAS, 2021, p. 107).

¹⁰³ A ICC estabelece em seu artigo 7º (“nomeação dos Membros do DB”) que, quando não acordarem acerca no número de membros a compor o Comitê, será composto por três membros. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/dispute-board-rules/#block-accordion-7>. Acesso em: 30 ago. 2023.

¹⁰⁴ Vale mencionar que, mesmo após a escolha dos membros do Comitê, de acordo com o regulamento da FIDIC, subcláusula 20.2, haverá possibilidade de previsão contratual contendo relação de possíveis membros, caso haja necessidade de substituição.

Os autores destacam a importância de a presidência ser ocupada por um causídico, ressaltando que o seu voto como presidente terá o mesmo peso dos demais membros, todavia, o papel desempenhado pelo presidente se aproxima mais dos atributos de um advogado, ao considerar que sua atividade se aproxima à de um secretário, relacionada à redação de atas, organização de documentos e outros procedimentos cartorários. Veja-se:

Acontece que, às vezes, uma das partes nomeia um advogado, de modo que, sendo o outro membro um engenheiro, devem eles escolher outro engenheiro para compor o painel. Nesse caso o segundo engenheiro seria o presidente, mas recomenda-se que as partes concordem em transferir a presidência para o advogado, ainda que ele tenha sido eleito por uma das partes. Não há nenhum risco à higidez do procedimento, pois a função do presidente equivale, na verdade, à de um secretário, pois suas atividades consistem em redigir atas, organizar os documentos, as convocações e as reuniões, redigir as primeiras minutas das recomendações e decisões, sem que lhe seja dado nenhum poder adicional sobre os outros membros, Seu voto terá o mesmo valor e, de qualquer forma, a neutralidade é esperada de todos os membros indistintamente, não havendo nenhum significado implícito no fato de que este ou aquele membro tenha sido indicado por uma das partes (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 107-108).

De qualquer modo, a ICC (2022) define, no silêncio ou indecisão das partes quanto à quantidade de integrantes do DB, que a composição-base será com 3 (três) membros, estabelecendo o seguinte:

Artigo 7º

1

O DB será constituído de acordo com as disposições do Contrato ou, no silêncio deste, de acordo com o Regulamento.

2

Caso as Partes tenham decidido constituir um DB de acordo com o Regulamento, mas sem decisão quanto ao número de Membros do DB, o DB será composto de três membros.

[...]

4

Quando o DB é composto de três Membros, as Partes nomearão de comum acordo os dois primeiros Membros do DB. Se as Partes não nomearem um ou ambos os Membros do DB no prazo de 30 dias após a assinatura do Contrato, ou em 30 dias contados do início da execução de qualquer obrigação no âmbito do Contrato, o que ocorrer primeiro, ou em qualquer outro prazo estipulado pelas Partes, ambos os Membros do DB serão nomeados pelo Centro a pedido de qualquer uma das Partes.

5

O terceiro Membro do DB será proposto às Partes pelos primeiros dois Membros do DB, no prazo de 30 dias contados da nomeação do segundo Membro do DB. Se as Partes não nomearem o terceiro Membro proposto em até 15 dias após o recebimento da proposta, ou se os dois Membros do DB não propuserem um terceiro Membro do DB, este será nomeado pelo Centro a pedido de qualquer uma das Partes. O terceiro Membro do DB exercerá a função de presidente do DB, salvo se todos os Membros do DB convencionarem, com o consentimento das Partes, que outro Membro do DB seja o presidente. (ICC, 2022).

Admite-se, também, a composição do DB por um único membro, apesar de ser essa uma condição menos frequente, muitas vezes relacionada a contratos de menor porte, em que se busca a redução dos custos da ferramenta sem perda de eficiência. (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 71).

Assim, em projetos com custos mais reduzidos é possível a atuação de apenas um membro que recomenda ou decide. Mas vale a ressalva de que essa composição fragiliza o caráter de imparcialidade e tecnicidade do instituto, tornando, de certo modo, mais questionável sua atuação.

Nesse caso, a ICC (2022) estabelece que a nomeação do membro único deverá acontecer em conjunto pelas partes, veja-se:

Artigo 7º

[...]

3

Quando as Partes tiverem convencionado que o DB terá um único Membro do DB, deverão designar conjuntamente o único Membro do DB. Se as Partes não nomearem o Membro único do DB no prazo de 30 dias após a assinatura do Contrato, ou em 30 dias contados do início da execução de qualquer obrigação no âmbito do Contrato, o que ocorrer primeiro, ou em qualquer outro prazo estipulado pelas Partes, o Membro único do DB será nomeado pelo Centro a pedido de qualquer uma das Partes.

[...]. (ICC, 2022).

Domingues (2022, p.33), todavia, destaca as vantagens da composição do DB por três integrantes em relação ao modelo de um único membro:

As vantagens dessa formação, em relação ao modelo de um único membro, são muitas, destacando-se: 1 – *experiência somada* de cada membro; 2 – decisões/recomendações com maior *credibilidade e peso*, eis que oriundas de um maior número de especialistas (principalmente quando forem unânimes); 3 – *maior flexibilidade e velocidade de resposta*, eis que o comitê pode dividir algumas tarefas entre seus membros e pode funcionar mesmo na ausência eventual de algum deles, se o contrato permitir. (DOMINGUES, 2022, p. 33).

Por outro lado, essa quantidade de membros, dependendo do tamanho do projeto, pode ser maior, podendo-se agregar profissionais com outras especialidades que sejam pertinentes ao objeto do contrato em si, sendo ideal a composição por quantidade ímpar de membros, evitando-se impasses. O contraponto é que, quanto mais membros integrarem o comitê, mais custosa será a manutenção da ferramenta.

Como exemplo de utilização de um comitê formado com mais de três membros em contratos de megaprojetos, pode-se citar o uso na construção do Aeroporto Internacional de Hong Kong em Chek Lap Kok, que contou 6 (seis) membros em sua composição. Vale destacar que, apesar de possuir tantos membros, eles não eram acionados em conjunto, mas sim a partir do surgimento da controvérsia e verificada a necessidade da especialidade a ser tratada, quando se formava, então, um comitê atuante com até 3 (três) membros (SILVA NETO; SALLA, 72).

Com relação à regulamentação brasileira, o que se constata é a prevalência de formação de comitês com até 3 (três) membros, número que, da mesma forma, deverá ser observado na ausência de definição ou de consenso¹⁰⁵.

A CBMA (2019), por sua vez, assim como no modelo adotado em Hong Kong, prevê a possibilidade de conformação do Comitê por mais de 3 (três) membros. Todavia, apesar de todos eles exercerem, igualmente, as funções ordinárias de acompanhamento do contrato, quando solicitado um parecer, o Presidente comporá o Comitê de acordo com os mais capacitados, segundo suas especializações, para dirimir a disputa, sempre em número ímpar, conforme se verifica no artigo 3º, item 3.3, parágrafo único, do respectivo regulamento:

Artigo 3º [...]

3.3 O CPRD Permanente e o CPRD *Ad Hoc* poderão ser compostos por 1 (um) membro ou por 3 (três) membros, sendo que o CPRD composto por 1 (um) membro terá apenas o Presidente do Comitê e o CPRD composto por 3 (três) membros terá 2 (dois) Membros Técnicos e 1 (um) Presidente do Comitê.

Parágrafo único: É prevista a possibilidade de o CPRD ser composto por mais de 3 (três) membros em Contratos de alta complexidade técnica. Nesta hipótese, todos os membros exercerão igualmente as funções ordinárias de acompanhamento do Contrato e caberá ao Presidente, quando as Partes solicitarem a emissão de Decisões ou Recomendações, compor o Comitê com os membros técnicos mais capacitados a avaliar a disputa, sendo certo que a composição do Comitê deverá ser sempre em número ímpar. (CBMA, 2019, p. 4).

De qualquer modo, apesar das regras adotadas nos DBs serem bastante simples, o perfil dos membros que os compõem exigem qualidades específicas, algumas adquiridas e outras inatas.

¹⁰⁵ Conforme regulamento da CCMA CIESP/FIESP, artigo 2º, item 2.4: “O Comitê deverá ser composto por 1 (um) ou 3 (três) Membros, conforme determinação do Contrato ou Consenso.” (CCMA, 2018, p.1). No mesmo sentido: “3.8 Na falta de acordo sobre o número de Membros do Comitê, o Comitê será constituído por 3 (três) membros.(CAM-CCBC, 2018, p.5). O mesmo se verifica no regulamento da CBMA, artigo 7º, item 7.3, parágrafo único: “Caso o Contrato seja silente quanto ao tipo de CPRD a ser constituído, este será um Comitê Misto, Permanente e composto por 3 (três) membros”. (CBMA, 2019, p.6).

Com relação às qualidades adquiridas dos profissionais, membros dos comitês, pode-se, inicialmente, pontuar o conhecimento obtido em sua formação, ou seja, no caso do engenheiro relaciona-se, em tese, com gestão de obras e, em se tratando de advogado, espera-se o aprofundamento com temas jurídicos de acordo com o contrato adotado. Ressalta-se, todavia, que, caso haja necessidade de um *expert* em algum tema específico, poderá haver contratação pontual, nos moldes do que se verifica com a atuação de peritos em processos arbitrais ou judiciais. Assim esclarecem Silva Neto e Salla (2021, p. 104-105):

Primeiramente, uma grande experiência profissional no que diz respeito à gestão de obras (no caso dos engenheiros) e um sólido conhecimento prático das questões jurídicas que surgem das relações estabelecidas e desenvolvidas em torno de um projeto de construção (no caso dos advogados que, normalmente, presidem os painéis). Em relação aos membros engenheiros, não se deve esperar que sejam versados especificamente em temas técnicos como fundações, estruturas, geotecnia, etc. Se alguma dessas expertises for necessária ao longo da atuação do DB, ela poderá ser obtida através da contratação de especialistas a serviço das partes ou do próprio DB, atuando à semelhança do que fazem os peritos em processos arbitrais ou judiciais. (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 104-105).

Outra qualidade adquirida desejável refere-se ao treinamento específico para atuação como membro de um DB, situação em que, além das regras inerentes ao procedimento adotado, é difundida a dinâmica própria dessa ferramenta e suas peculiaridades. Nesse sentido, a DRBF oferece profissionais capacitados no Brasil para ministrar treinamento onde “os membros do *Dispute Board* aprendem não apenas os procedimentos relevantes, mas também considerações éticas e medidas práticas para melhorar a prevenção de disputas”¹⁰⁶.

A reputação do profissional ao longo de sua carreira é outra característica exigida para compor o Comitê, ao se considerar que os membros são escolhidos também em função de sua larga experiência e conduta imaculada.

Com relação às características inatas, é indispensável que o membro tenha sob controle o seu ego, isso porque a posição de poder, inerente a tomada de decisão ou recomendação atribuída ao Comitê, pode fazer com que ele apresente uma postura arrogante, afastando-se, assim, do objetivo principal dos DBs que é “contribuir para a criação e manutenção de um ambiente amistoso, propício ao entendimento” (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 105).

¹⁰⁶ DRBF. Educação e treinamento do *Dispute Board*. Disponível em: <https://drbf.memberclicks.net/training>. Acesso em: 3 out. 2023.

Outra habilidade muito importante para o membro do DB é a empatia. Assim, é fundamental que o profissional do comitê seja capaz de se colocar no lugar do outro, de modo a assistir as partes em busca de entendimento dos impasses que se apresentarem ao longo da execução da avença. Silva Neto e Salla (2021, p. 106) ressaltam a importância dessa habilidade, ao considerar que 70% (setenta por cento) das demandas aduzidas pelas partes perante um DB são resolvidas sem, contudo, a necessidade formal de emissão de recomendação ou decisão, como se verifica a seguir:

Empatia. A capacidade de se colocar “nos sapatos” do outro, de perscrutar a verdadeira raiz dos problemas (que, no mais das vezes, está no desgaste das relações entre os atores do projeto) e conduzir as partes para um bom desfecho, é uma das habilidades mais importantes que se deve esperar de um candidato a membro de um DB. De nada adianta o conhecimento técnico e a experiência de décadas, se os membros não forem capazes de assistir as partes no entendimento sobre os impasses, já que, estatisticamente, nada menos do que 70 por cento dos temas levantados pelas partes perante um DB, acabam se resolvendo sem a necessidade de uma recomendação ou decisão formal. (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 106).

A informalidade também é uma característica inata ao cenário enfrentando normalmente com o uso dos DB. Seja com relação ao vocábulo ou, ainda, às vestimentas. Consegue-se vislumbrar tal situação no exemplo da visitação *in loco* dos membros do DB a um canteiro de obras “em que só o necessário tem lugar” (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 106), ou seja, qualquer excesso de formalidade é percebido como algo negativo. Tudo deve fluir para preservar um ambiente leve, de modo a evitar desconforto entre as partes.

Outra característica relevante no perfil do membro do DB é a serenidade. Isso porque, por vezes, até que as partes envolvidas no procedimento o entendam, não é incomum haver alteração de voz e postura mais agressiva nas primeiras reuniões. Todavia, o preparo e atuação dos membros devem ser preponderantes para o restabelecimento da ordem e cumprimento do objetivo focado em mediar os conflitos. Assim, explicam Silva Neto e Salla (2021, p. 106):

Serenidade. Às vezes, o ambiente se torna tenso em uma reunião. Principalmente nas primeiras reuniões em que as partes ainda não se adaptaram à presença do DB e ainda não sabem como tirar proveito dele para conduzir seus impasses de forma tranquila, pode acontecer de as vozes se alterarem e, até mesmo, as pessoas se levantarem, dispostas a partir para as vias de fato. Nesses momentos, é função do DB restaurar a ordem, com firmeza, porém, sem se deixar conduzir pela tensão das partes, pois isso lhe tiraria a objetividade. Determinar um intervalo na reunião, dirigir-se aos participantes mais equilibrados para que conduzam a discussão, recordar que a presença do DB é uma forma de mediar esses conflitos, são providências importantes que podem fazer a

diferença, inclusive, para que seja dado o tom das reuniões que se seguirão. (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 107).

Nota-se, por tudo exposto, que o papel desempenhado pelos membros dos DBs requer contornos próprios e cuidados específicos, mantendo-se a neutralidade, confiança das partes e eficiência no procedimento adotado.

Com relação aos custos, a ICC (2022) define em seu Regulamento relativo aos *Dispute Boards* que as despesas com os membros deverão ser distribuídas equitativamente entre as partes, devendo, em regra, todos eles serem tratados de forma isonômica. É o que estabelece o artigo 28 do referencial:

Artigo 28

Considerações gerais

1

Salvo convenção em contrário das Partes, todos os honorários e despesas dos Membros do DB deverão ser suportados em parcelas iguais pelas Partes.

2

Salvo convenção em contrário das Partes, quando o DB for composto por três membros ou mais, todos eles deverão ser tratados de forma igualitária e receber os mesmos honorários mensais de gestão e os mesmos honorários diários pelo trabalho realizado como Membro do DB.

3

Salvo convenção em contrário no[s] Contrato[s] de Membro do DB, os honorários serão fixados para os primeiros 24 meses após a assinatura do[s] Contrato[s] de Membro do DB e serão reajustados a cada aniversário do[s] Contrato[s] de Membro do DB, nos termos deste[s] último[s].

4

Se as Partes e os Membros do DB não chegarem a um acordo quanto aos honorários dos Membros do DB, o Centro, a pedido de qualquer Parte ou qualquer Membro do DB, fixará os referidos honorários após consulta às Partes e aos Membros do DB. As Partes ficarão vinculadas pela determinação do Centro. Os Membros do DB deverão aceitar essa determinação ou recusar a nomeação. (ICC, 2022).

A ICC (2022), ainda, define custos de honorários mensais, relacionados à gestão do DB, como o estudo de relatórios, exame de correspondências e despesas de escritório, e diários, destinados a cobrir gastos relacionados a visitas, viagens e outros, como se verifica abaixo:

Artigo 29

Honorários mensais de gestão

1

Salvo convenção em contrário no[s] Contrato[s] de Membro do DB, cada Membro do DB deverá receber honorários mensais de gestão estipulados no[s] Contrato[s] de Membro do DB, os quais cobrirão o seguinte:

- familiarização com o Contrato e acompanhamento de sua execução;
- atividades de gestão e coordenação do funcionamento do DB;
- estudo de relatórios de execução a fim de avaliar, entre outros, o andamento da execução e identificar possíveis Desacordos;
- exame de todas as correspondências entre as Partes copiadas para o DB;

- disponibilidade para participar de todas as reuniões do DB com as Partes, reuniões internas do DB e as visitas às obras; e
- custos operacionais fixos de escritório.

2

Salvo estipulação em contrário no[s] Contrato[s] de Membro do DB, os honorários mensais de gestão equivalerão a três vezes os honorários diários fixados no[s] Contrato[s] de Membro do DB e serão devidos a partir da data de assinatura do[s] Contrato[s] de Membro do DB até a rescisão do[s] mesmo[s], ressalvado o disposto no Artigo 10(2).

Artigo 30

Honorários diários

Salvo estipulação em contrário no[s] Contrato[s] de Membro do DB, cada Membro do DB deverá receber os honorários diários estipulados no[s] Contrato[s] de Membro do DB, os quais cobrirão o tempo despendido no exercício das seguintes atividades:

- reuniões e visitas às obras;
- viagens;
- reuniões internas do DB;
- estudo dos documentos encaminhados pelas Partes relativos a procedimentos perante o DB;
- trabalhos que visam evitar Desacordos;
- trabalhos no âmbito de assistência informal com Desacordos; e
- trabalhos relacionados à remissão formal para uma Conclusão, incluindo audiências. (ICC, 2022).

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), por sua vez, fixa taxa de registro do DB no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), taxa de administração mensal no mesmo montante, taxa de proferimento de decisão no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e honorários dos membros a serem estabelecidos em contrato pelas partes, que podem, igualmente, ser complementados por quantia mensal e em conformidade com recomendações e decisões proferidas¹⁰⁷.

Já a tabela de custas e honorários dos membros disponibilizada pela CCMA da CIESP/FIESP estabelece como taxa de registro do DB o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), taxa mensal de administração de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a ser paga por cada parte à CCMA e honorários mensais dos membros que variam de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a depender do valor do contrato, conforme se verifica:

¹⁰⁷ Cf. Tabela de Despesas 2019 da CAM-CCBC (2019).

Figura 16- Honorários mensais dos membros dos DBs.

Valor do Contrato		Honorários por Membro
De	Até	
0	R\$ 50.000.000,00	R\$ 5.000,00
R\$ 50.000.000,01	R\$ 100.000.000,00	R\$ 7.500,00
R\$ 100.000.000,01	R\$ 500.000.000,00	R\$ 10.000,00
R\$ 500.000.000,01	R\$ 1.000.000.000,00	R\$ 15.000,00
A partir de 1.000.000.000,01		R\$ 20.000,00

Fonte: CCMA da CIESP/FIESP¹⁰⁸.

Seguindo o referencial do CAM-CCBC, considerando um contrato executado em um prazo de 24 (vinte e quatro) meses, em que o DB, composto por 3 (três) membros, tenha proferido 5 (cinco) recomendações ou decisões, mas que pode emitir relatórios mensais, fazendo jus ao honorário periódico, é possível estimar o custo total do DB em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Se esse valor for aplicado a um contrato de R\$ 20.000.000 (vinte milhões de reais), o montante equivalerá a 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) do valor total contratado, a ser partilhado entre as partes, conforme dispuser o regulamento.

Wald (2011, p. 143), ao se referir aos custos do DB, esclarece que:

No que tange aos custos, eles são divididos igualmente entre ambas as partes, impedindo qualquer tipo de dúvida quanto à independência e imparcialidade dos membros do painel. Se compararmos os custos de um conflito submetido a um *dispute board* com outro submetido à arbitragem, verificaremos que o custo de um *dispute board* costuma ser bastante inferior ao de uma arbitragem. De acordo com dados da *Dispute Resolution Board Foundation*, os custos de um conflito de construção solucionado por *dispute board* variam entre 0,05% do custo total final da obra, para projetos em que surjam poucas divergências, e 0,25% para projetos complexos e com muitas disputas, ao passo que os custos da arbitragem podem chegar a aproximadamente 5% do valor do contrato. (WALD, 2011, 143).

Denota-se, portanto, uma relação positiva entre o custo e os benefícios, potencializados pela prevenção de riscos¹⁰⁹ e a capacidade de auxiliar na governança do contrato, ampliando a eficiência da execução e a expectativa de cumprimento de prazos e custos programados.

¹⁰⁸ Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/tabela-custas.html>. Acesso em 19 set. 2023.

¹⁰⁹ A judicialização do conflito representará, no mínimo, 1% (um por cento) do valor contratual, correspondente às custas processuais (no caso de processos em 1º grau de jurisdição), valor que poderá ser acrescido de 4% (quatro por cento), no caso de recurso em 2º grau de jurisdição, além do correspondente à sucumbência (no mínimo 10%) e custos periciais e diligenciais.

3.1.2 Classificação quanto ao momento de instalação

Inicialmente, impende destacar que o *Dispute Bord* como método de prevenção de disputas, em essência, requer que sua instalação se dê na celebração da avença entre as partes, ou seja, o efeito preventivo desse mecanismo só é possível se houver previsão clausular e atuação efetiva do DB antes da instalação de uma disputa, com sua atuação de modo permanente, até a execução de todas as obrigações contratuais¹¹⁰.

Assim, na modelagem mais usual, os comitês são constituídos desde o início do projeto, instalando-se antes do início da execução do contrato e atuando mesmo após sua conclusão. Nesse formato, há a realização de uma reunião de instalação, sendo que, logo após, os membros já iniciam a familiarização com o projeto e com as partes, passando a analisar detidamente o contrato, o projeto, seu cronograma, especificações jurídicas e técnicas etc (DOMINGUES, 2022, p. 36). Também recebem os contatos dos contratantes e seus prepostos e dos demais profissionais envolvidos, possibilitando-se acesso a uma comunicação mais efetiva entre todos (DOMINGUES, 2022, p. 36).

Após a instalação, os membros do comitê são continuamente abastecidos com informações relevantes sobre a execução do contrato e o progresso da obra, com cópias de relatórios gerenciais, atas de reunião, e-mails, dentre outros documentos. Além disso, é usual que os membros façam visitas rotineiras ao canteiro de obras, para verificar pessoalmente o andamento do projeto (DOMINGUES, 2022, p. 36).

Tudo isso ocorre em concomitância com o desenvolvimento da construção ou de projeto de outra natureza, e antes de surgir qualquer conflito que possa fazer com que seja adotada uma postura adversarial pelos contratantes (DOMINGUES, 2022, p. 36).

Nesse pensar, Silva Neto (2019, p. 75) reafirma que:

As boas práticas mundiais sugerem que seja estabelecido um cronograma de visitas ao local de execução do contrato – usualmente a cada dois ou três meses – e, periodicamente, deve ser submetida aos comitês a documentação gerada ao longo da

¹¹⁰ Nesse sentido, o regulamento da CAM-CCBC, em seu artigo 2º, itens 2.12 e 2.13, estabelece o seguinte: “2.12 O requerimento para instalação do Comitê Permanente, salvo acordo específico das partes, deverá ser apresentado em até 60 (sessenta) dias após a data de celebração do contrato, independentemente da existência de controvérsia. 2.13 O Comitê Permanente extingui-se-á após resolução de todas as controvérsias a ele submetidas e finda a execução de todas as obrigações contratuais (com a ressalva de prazos de garantias, obrigações de confidencialidade e outras semelhantes)” (CAM-CCBC, 2018, p. 4).

realização dos serviços, como diário de obra, histogramas, comunicações relevantes trocadas entre as partes e quaisquer outros documentos que possam ser úteis na tarefa de se inteirar não apenas sobre o dia a dia da execução do contrato, mas também da existência de possíveis desacordos entre as partes e que possam, potencialmente, evoluir para um conflito. Isso permite que os membros conheçam profundamente não apenas o contrato e a realidade da evolução do projeto, mas também os profissionais envolvidos com a sua entrega, podendo atuar de maneira bastante produtiva e eficiente. (SILVA NETO, 2019, p. 75).

Ressalta-se que, sempre que o Comitê perceber qualquer problema potencial, deve agir até mesmo de ofício, estimulando as partes a discutirem o problema e auxiliando-as a encontrar um consenso. Para tanto, podem se valer de orientações informais ou de uma audiência (DOMINGUES, 2022, p. 36), como nos casos mais complexos:

Nos casos mais complexos, em que as partes não estejam conseguindo alcançar uma solução consensual, elas podem, prontamente, solicitar uma audiência com o comitê, que, após seguir o rito convencionado, irá emitir, a depender do tipo de CRD pactuado, uma deliberação – que deverá ser imediatamente seguida, ainda que as partes busquem posteriormente a sua reforma na instância arbitral ou judicial – ou uma recomendação – que poderá ser rejeitada pelas partes. (DOMINGUES, 2022, p. 36).

No caso dos comitês *ad hoc*, instalados após a verificação da disputa formal, o trabalho dos membros se assemelha à atuação de árbitros em uma câmara arbitral (por isso a confusão existente entre os institutos), que recebem e tratam um conflito já instalado. Portanto, o comitê *ad hoc* não previne, apenas busca a resolução da disputa sem a necessidade de litígio extracontratual¹¹¹. Apesar disso, a decisão emitida pelo Comitê pode ter força vinculativa entre as partes ou consistir mera recomendação.

Note-se que, no caso do comitê *ad hoc*, perde-se relativamente a característica de celeridade no cumprimento do cronograma contratual, pois os membros necessitarão de tempo para estudar o contrato, o projeto, o conflito em si, relatórios gerenciais e outros documentos, até estarem aptos a deliberar.

Como apontou Domingues (2022, p. 37), os membros do DB *ad hoc* tendem a ficar presos nas narrativas das partes, pois deliberarão sobre fatos passados que não acompanharam, não conheciam e não vivenciaram, o que é diferente com o DB permanente.

¹¹¹ Nesse sentido, o regulamento da CAM-CCBC, artigo 2º, itens 2.14 e 2.15 prevê: “2.14 O requerimento para instalação de Comitê *ad hoc* deverá ser apresentado por qualquer das partes para tratar de controvérsias específicas. O Comitê *ad hoc* será extinto após a emissão de seu Provimento Final e eventual resposta a pedido de esclarecimentos. 2.15 Salvo disposição contrária das partes, os Membros do Comitê *ad hoc* serão automaticamente reconduzidos para a solução de eventual nova controvérsia”. (CAM-CCBC, 2018, p.4).

Resumindo, “os membros do CRD [DB] permanente têm acesso a ‘outros lados da história’ que seriam inimagináveis para qualquer julgador constituído a posteriori. Por isso conseguem fazer um julgamento mais célere e com mais qualidade” (DOMINGUES, 2022, p. 37).

Em outras linhas, verifica-se que o DB permanente é método preventivo de disputas contratuais mais efetivo, ao considerar que o modelo *ad hoc* ou temporário é utilizado para resolver a controvérsia já existente¹¹². Nas palavras de Silva Neto e Salla (2021, p. 70):

[...] enquanto os comitês permanentes acompanham toda a vida do contrato, realizando reuniões e visitas periódicas e tendo acesso às informações e documentos antes da existência de uma controvérsia, o que permite que estes atuem na assistência informal e profiram recomendações ou decisões mais adequadas e próximas à realidade dos fatos, os comitês *ad hoc* atuam apenas quando o conflito já existe, o que a meu ver reduz consideravelmente os benefícios desse mecanismo. (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 70).

Apesar do reconhecimento dos benefícios atribuídos à instalação do DB permanente, a ideia aparente de redução de custos com a instalação do DB temporário ou *ad hoc* pode justificar o seu uso, conforme esclarece Silva Neto e Salla (2021, p. 70):

Vale mencionar que, mesmo tendo ciência dos benefícios de se adotar um comitê permanente, algumas vezes as partes contratantes preferem utilizar o formato *ad hoc*, buscando reduzir os custos do uso do mecanismo. Muito embora entenda que essa irrisória economia não justifica a não utilização do comitê permanente, devemos considerar essa possibilidade, principalmente quando alguns regulamentos tratam especialmente dos comitês *ad hoc*. (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 70).

Vale mencionar, mais uma vez, que os regulamentos em geral preconizam que, caso não haja previsão em contrato e ausente o consenso entre as partes, o modelo de DB a ser utilizado será o Permanente¹¹³, reforçando, assim, o reconhecimento da principal função dos *Dispute Boards*, que é a prevenção de disputas.

¹¹² De acordo com o artigo 3º, item 3.2, alínea “b” do Regulamento da CBMA: “CRD *Ad Hoc*: formado somente quando da ocorrência de uma controvérsia formalmente submetida, permanecendo ativo até a emissão da Decisão e após o exaurimento dos procedimentos a ela aplicáveis”. (CBMA, 2019, p. 4).

¹¹³ Conforme regulamento do CCMA CIESP/FIESP, artigo 2º, item 2.5. “em caso de silêncio do Contrato e ausência de Consenso quanto ao número de Membros, modalidade e espécie de Comitê, a Câmara Ciesp/Fiesp escolherá o número de Membros para compor o Comitê, após ouvidas as Partes, sendo a modalidade de CA e a espécie de Comitê Permanente” (CCMA, 2018, p.1). Destaca-se que há previsão no mesmo sentido no regulamento da CAM-CCBC em seu artigo 2º, item 2.10: “há dois tipos de Comitê, permanente ou *ad hoc*. Na ausência de escolha expressa pelas partes o Comitê será permanente”. (CAM-CCBC, 2018, p. 4).

Mesmo assim, o DB *ad hoc* é um instrumento que apresenta mais rapidez na apreciação de conflitos do que a arbitragem e, muito mais, em relação à jurisdição, ao se considerar a sua instalação imediatamente ao surgimento de um conflito, ainda na vigência do contrato.

3.1.3 Classificação quanto ao caráter vinculante das decisões

Conforme mencionado alhures, quanto ao caráter vinculante das decisões do DB, adotando-se a nomenclatura utilizada pela ICC, os Comitês podem ser classificados em três principais espécies, de acordo com o grau de vinculação da decisão proferida, quais sejam: *Dispute Review Boards* (DRB), *Dispute Adjudication Boards* (DAB)¹¹⁴ e *Combined Dispute Boards* (CDB).

O Regulamento [...] continua a oferecer às partes a escolha de três tipos diferentes de Dispute Boards, cada qual diferenciado pelo tipo de conclusão que ele determina no caso de uma remissão formal. Os “Dispute Adjudication Boards” (DAB) pronunciam decisões que devem ser cumpridas imediatamente. Os “Dispute Review Boards” (DRB), por outro lado, formulam recomendações, as quais não são imediatamente vinculativas para as partes, mas passarão a ser vinculativas se nenhuma delas apresentar objeção no prazo de 30 dias. Os “Combined Dispute Boards” (CDB) oferecem uma solução intermediária entre o DRB e o DAB: os mesmos normalmente formulam recomendações, mas podem pronunciar decisões por solicitação de uma das partes se não houver objeção de nenhuma outra parte (ICC, 2019, p. 3).

Note-se, portanto, ser possível a classificação em razão da obrigatoriedade agregada à manifestação do DB: (i) vinculativa desde a emissão, (ii) vinculativa após o decurso do prazo em que houve recomendação ou (iii) não vinculativa (DOMINGUES, 2022, p. 38).

Como consequência do descumprimento de recomendação ou decisão emitida pelo DB, conforme entendimento da ICC, a parte ofendida poderá submeter “o referido descumprimento à arbitragem, podendo, eventualmente, executar a sentença proferida pelo tribunal arbitral a fim de obrigar a parte inadimplente a cumprir com a decisão/recomendação do comitê” (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 82) ou, ainda, recorrer ao Poder Judiciário para apreciação da demanda.

¹¹⁴ Importante ressaltar que a nomenclatura *Dispute Adjudication Board* (DAB), constante na 1ª edição (1999) do *Red Book*, da FIDIC, foi alterada na edição de 2017, passando a ser denominada como *Dispute Avoidance/Adjudication Board* (DAAB), trazendo, assim, um caráter ao *Dispute Board* mais voltado à prevenção de conflitos (além de solucioná-los), pois há previsão de atuação do Comitê de modo proativo, diante de conflito iminente, recomendando as partes que lhes apresentem consulta formal, embora houvesse na edição de 1999 previsão na subcláusula 20.2 das partes submeterem consulta ao Comitê sem caráter vinculativo.

Nesse contexto, o caráter vinculativo das decisões ou recomendações finais emitidas pelos DBs exigem reflexão, uma vez que poderão ser revisadas pelos Tribunais, o que poderia sugerir um enfraquecimento do instituto ao ser encarada apenas como mais uma etapa pré-litígio. Nesse sentido, as decisões emitidas pelo Comitê poderiam ser consideradas como uma espécie de parecer, com força de laudo pericial, visto que carrega forte poder probatório, ao considerar a presença do Comitê em cada etapa da execução contratual, em especial nos casos de atuação do DB permanente.

Esse suposto enfraquecimento da decisão do DB, ou mesmo seu esvaziamento, pode ser afastado com o reconhecimento do instituto pela legislação pátria, como por meio da edição de uma lei federal que preveja, no caso, condições restritivas, eis que técnicas, para a mutabilidade das decisões do DB pelo Juízo Arbitral ou Poder Judiciário.

Vale destacar que esses questionamentos também ocorriam com a arbitragem, antes de seu estabelecimento por meio da Lei de Arbitragem¹¹⁵, que trouxe em seu bojo a previsão legal das hipóteses de revisão.

Nesse caso, o procedimento de revisão ou anulação de uma decisão arbitral está previsto no artigo 33 da Lei nº 9.307/96, a ser adotado diante das hipóteses elencadas no seu artigo 32. De acordo com o texto legal, a sentença arbitral somente poderá ser anulada ou revista em casos específicos, como quando houver vícios na sua formação, quando for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem ou quando a decisão for obtida por meios ilícitos, impossibilitando-se a revisão ou recurso quanto ao mérito fora dessas condições.

Esse entendimento foi firmado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao apreciar o Recurso Especial (REsp) nº 1.862.147 (STJ, 2021), interposto por uma empresa que requeria a impugnação à execução de sentença arbitral, com o fim de suscitar as hipóteses de sua nulidade. Todavia, os ministros entenderam unanimemente que tal pleito deveria, nos termos da lei, ser proposto no prazo decadencial de 90 (noventa) dias. Veja-se a Ementa do Acórdão:

RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO DE TÍTULO ARBITRAL. VEICULAÇÃO DE PRETENSÃO DESTINADA A ANULAR A SENTENÇA ARBITRAL, COM BASE NAS MATÉRIAS VERTIDAS NO ART. 32 DA LEI DE ARBITRAGEM, APÓS O PRAZO NONAGESIMAL. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA DO DIREITO. RECONHECIMENTO. PRETENSÃO DE AFASTAR A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS CONSORCIADAS,

¹¹⁵ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, conhecida como “Lei de Arbitragem”.

ESTABELECIDADA NO TÍTULO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber, em resumo: i) se o prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem aplica-se ou não à impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, para o propósito de suscitar as matérias vertidas no art. 32 da referida lei (hipóteses de nulidade da sentença arbitral); [...]

[...]

2. Sob o signo da celeridade, da efetividade e da segurança jurídica especialmente perseguidas pelas partes signatárias de um compromisso arbitral, a pretensão de anular a sentença arbitral deve ser intentada de imediato, sob pena de a questão decidida tornar-se imutável, porquanto não mais passível de anulação pelo Poder Judiciário, a obstar, inclusive, que o Juízo arbitral profira nova decisão sobre a matéria.

2.1 A Lei de Arbitragem, atenta a essa premência, estabelece, para tal desiderato, o manejo de ação anulatória (art. 33, caput) e, em havendo o ajuizamento de execução de sentença arbitral (art. 33, § 3º), de impugnação ao seu cumprimento, desde que observado, em ambos os casos, o prazo decadencial nonagesimal. Sem respaldo legal, e absolutamente em descompasso com a inerente celeridade do procedimento arbitral, supor que a parte sucumbente, única interessada em infirmar a validade da sentença arbitral, possa, apesar de não promover a ação anulatória no prazo de 90 (noventa) dias, manejar a mesma pretensão anulatória, agora em impugnação à execução ajuizada em momento posterior a esse lapso, sobretudo porque, a essa altura, o direito potestativo (de anular) já terá se esvaído pela decadência. Precedente específico desta Terceira Turma. (REsp n. 1.862.147/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.). (STJ, 2021, a).

Nota-se, portanto, que a discussão em sede jurisdicional acerca do mérito de uma sentença arbitral é restrita às hipóteses legais e, mesmo assim, sujeita ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias estabelecido na Lei de Arbitragem, aplicável para fim de promoção de eventual ação anulatória, nos termos do artigo 33, *caput*, da referida Lei, quanto para impugnar a sua execução, de acordo com o § 3º do mesmo artigo do texto legal.

Destaca-se que o acórdão susodito reafirmou jurisprudência já manifestada pela 3ª Turma do STJ ao negar provimento ao Recurso Especial nº 1.900.136, conforme se verifica na ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL AJUIZADA APÓS O DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL. IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE LIMITADA ÀS MATÉRIAS DO ART. 525, § 1º, DO CPC/15. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Recurso especial interposto em 19/06/2019 e distribuído ao gabinete em 06/10/2020. Julgamento: CPC/15.

2. O propósito recursal consiste em decidir acerca da aplicação do prazo decadencial de 90 (noventa) dias, previsto no art. 33, § 1º, da Lei 9.307/96, à impugnação ao cumprimento de sentença arbitral.

3. A declaração de nulidade da sentença arbitral pode ser pleiteada, judicialmente, por duas vias: (i) ação declaratória de nulidade de sentença arbitral (art. 33, § 1º, da Lei 9.307/96) ou (ii) impugnação ao cumprimento de sentença arbitral (art. 33, § 3º, da Lei 9.307/96).

4. Se a declaração de invalidade for requerida por meio de ação própria, há também a imposição de prazo decadencial. Esse prazo, nos termos do art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem, é de 90 (noventa) dias. Sua aplicação, reitera-se, é restrita ao direito de obter a declaração de nulidade devido à ocorrência de qualquer dos vícios taxativamente elencados no art. 32 da referida norma.

5. Assim, embora a nulidade possa ser suscitada em sede de impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, se a execução for ajuizada após o decurso do prazo decadencial da ação de nulidade, a defesa da parte executada fica limitada às matérias especificadas pelo art. 525, § 1º, do CPC, sendo vedada a invocação de nulidade da sentença com base nas matérias definidas no art. 32 da Lei 9.307/96.

6. Hipótese em que se reputa improcedente a impugnação pela decadência, porque a ação de cumprimento de sentença arbitral foi ajuizada após o decurso do prazo decadencial fixado para o ajuizamento da ação de nulidade de sentença arbitral e foi suscitada apenas matéria elencada no art. 32 da Lei 9.307/96, que não consta no § 1º do art. 525 do CPC/2015.

7. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp n. 1.900.136/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/4/2021, DJe de 15/4/2021.) (STJ, 2021, b, grifou-se).

Portanto, é pacífico o entendimento de que a rediscussão em demanda judicial da sentença arbitral e de sua execução deve observar o prazo decadencial, que é nonagesimal. No caso de impugnação à execução, uma vez extrapolado a prazo mencionado, a matéria deverá ser restrita às hipóteses previstas no artigo 525, § 1º, do Código de Processo Civil, afastando-se alegações relacionadas ao artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Esses apontamentos são relevantes na medida em que podem ser comparados, “*mutatis mutandis*”, sob o prisma da força vinculante dos DBs. Isso porque, conforme amplamente comentado, a decisão emitida pelo Comitê pode ser revista pelo Juízo Arbitral ou Estatal e, assim, como na sentença arbitral, a decisão poderia se submeter a prazo decadencial.

Nesse contexto, de modo a avivar a natureza do instituto e reforçar o caráter vinculativo das decisões exaradas pelos DBs (ressalta-se, muito mais técnicas que as demais), poderia projetar-se em lei específica o reconhecimento do prazo decadencial, previsto nos regramentos atualmente utilizados¹¹⁶, buscando-se disciplinar o tema sob o aspecto da segurança jurídica alcançada por meio da imutabilidade, evitando-se a rediscussão da matéria em sede jurisdicional ou arbitral, ressalvadas as hipóteses de anulação, assim como o disposto na Lei de Arbitragem.

¹¹⁶ Seja pelo regramento da ICC, FIDIC e demais Câmaras.

Nesse esteio, o regulamento da ICC, em seu artigo 5º, item 3, prevê a possibilidade das partes convencionarem o caráter vinculante definitivo da decisão proferida pelo DAB, caso não haja notificação no prazo estabelecido, conforme se verifica:

As Partes acordam que, se nenhuma Parte tiver notificado por escrito a outra Parte e o DAB expressando a sua insatisfação com a Decisão no prazo de 30 dias após a sua recepção, a Decisão permanecerá vinculativa e tornar-se-á definitiva. As Partes concordam em não contestar uma decisão que se tornou definitiva, a menos que tal acordo seja proibido pela lei aplicável. (ICC).¹¹⁷

O mesmo apontamento se verifica no artigo 4º, item 3, que trata dos DRBs ao prever que:

As Partes concordam que, se nenhuma Parte tiver enviado uma notificação por escrito à outra Parte e ao DRB expressando sua insatisfação com uma Recomendação no prazo de 30 dias após seu recebimento, a Recomendação se tornará final e vinculativa para as Partes. As Partes cumprirão sem demora uma recomendação que se torne definitiva e vinculativa e acordarão em não contestar essa recomendação, a menos que tal acordo seja proibido pela lei aplicável. (ICC).¹¹⁸

Nota-se, portanto, de acordo com o regulamento supracitado, a possibilidade de tornar a decisão emitida pelo DB definitiva, exceto se houver proibição legal¹¹⁹. Nesse pensar, esse tipo de conversão, quanto ao caráter vinculante da decisão, poderá fundamentar-se no instituto da decadência convencional, admitida no ordenamento jurídico brasileiro¹²⁰, ou seja, as partes convencionam acerca da perda do direito em caso de inércia no cumprimento do prazo estabelecido no contrato.

Assim, uma vez não exercido o direito no prazo convencionado, ocorre a decadência. Nesse sentido, Câmara Leal (1978, p. 101) esclarece o instituto da decadência convencional como sendo “a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado”.

Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 211, estabelece que “se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação”. Nesse pensar, Cahali (2012, p. 198) esclarece:

¹¹⁷ Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>. Acesso em 2 set. 2023.

¹¹⁸ Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>. Acesso em 2 set. 2023.

¹¹⁹ Ressalta-se que, a Constituição Brasileira prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV.

¹²⁰ O instituto da decadência está disciplinado no Código Civil- CC, capítulo II, “da decadência”, artigos 207 a 211.

A decadência convencional se caracteriza como sendo ato bilateral, e desse modo somente o favorecido teria interesse no seu reconhecimento, restando incólume, portanto, do controle oficial – envolvendo um direito dispositivo, o juiz dela somente conhecerá se for alegada pela parte a quem aproveita, alegação essa que pode ser feita em qualquer grau de jurisdição, nas mesmas condições da prescrição (art. 193 do CC). (CAHALI, 2012, p. 198).

Desse modo, verifica-se que, mesmo ao considerar o prazo decadencial convencional, conforme modelos e apontamentos nos regramentos das Câmaras analisadas, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Maior, estaria preservado, observando-se, todavia, o prazo estipulado pelas partes para exercício desse direito.

Mesmo não sendo objeto dessa pesquisa, vale o apontamento acerca do tema no âmbito da Administração Pública. Nesse sentido, o prazo decadencial poderá estar previsto em lei, portanto, sem possibilidade das partes transacionarem acerca do legalmente estipulado¹²¹ ou regulamentado por câmara privada que administre o DB, situação em que não se vislumbra irregularidade da convenção de prazo pelas partes¹²².

De qualquer modo, ao considerar a autonomia da vontade¹²³ expressa no contrato entre as partes, a força vinculante está amparada no princípio *pacta sunt servanda*, conferindo-lhe força obrigatória para o seu cumprimento. Forgioni (2023, p. 109) esclarece que a força vinculante dos contratos é importante para a “coibição do descumprimento da palavra empenhada e o desestímulo de comportamentos oportunistas prejudiciais”, mostrando-se, assim, “necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos”. (FORGIONI, 2023, p. 109).

Nesse pensar, caso haja o inadimplemento contratual de alguma parte, esta sujeitar-se-á às penas previstas no artigo 399 do Código Civil, que assim prescreve: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Ademais, outros mecanismos podem ser utilizados para que se force o cumprimento pactuado no contrato, ou seja, uma vez prevista cláusula de DB com força vinculante e essa

¹²¹ O Código Civil prevê em seu artigo 209 que: “é nula a renúncia à decadência fixada em lei”. A título de exemplo de prazo decadencial legal à Administração Pública, pode-se citar o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

¹²² Ressalta-se que o mesmo ocorre com a convenção de arbitragem.

¹²³ Miguel Reale acerca da autonomia da vontade: “É que se chama autonomia da vontade, e que, na minha concepção filosófica-jurídica, denomino poder negocial”. (REALE, 1986, p.9).

venha a ser desrespeitada, pode-se estabelecer previamente multa diária, além da possibilidade de reconhecimento da resolução contratual e suas consequências.

Forgioni (2023, p. 112) destaca que os julgadores, atualmente, preocupam-se em reconhecer a força obrigatória dos contratos, especialmente no direito empresarial, de modo a manterem-se os pactos, proporcionando, assim, segurança e previsibilidade ao mercado, conforme se verifica nos trechos de acórdãos a seguir:

A força obrigatória dos contratos é o contraponto da liberdade contratual. Se o agente é livre para realizar qualquer negócio jurídico dentro da vida civil, deve ser responsável pelos atos praticados, pois os contratos são celebrados para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*). A necessidade de efetiva segurança jurídica na circulação de bens impele a idéia [sic] de responsabilidade contratual, mas de forma restrita aos limites do contrato. O exercício da liberdade contratual exige responsabilidade quanto aos efeitos dos pactos celebrados. [...] O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. (Recurso Especial nº 1.409.849/PR, Data do julgamento: 26/04/2016. 3ª Turma do STJ, relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

A apuração de haveres - levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade - se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade. (Recurso Especial nº 1904252/RS. Data de julgamento 22/08/2023. 4ª Turma do STJ, relatora Min. Maria Isabel Gallotti)¹²⁴.

O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do *pacta sunt servanda*, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado. (AgInt no REsp 1770848 / PR. Data de julgamento: 25/04/2022. 4ª Turma do STJ, relator Mini. Luis Felipe Salomão).

Em matéria contratual, prevalecem as regras livremente pactuadas, em consonância com o clássico princípio expresso no brocardo latino: *pacta sunt servanda*. (Recurso Especial 111.971/BA. Data de Julgamento: 14/12/1998. 3ª Turma do STJ, relator Min. Nilson Naves).

¹²⁴ Entendimento já firmado no mesmo sentido em Recurso Especial nº 1.239.754/RS “A apuração de haveres - levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade - se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito”. (Recurso Especial nº 1.239.754/RS. Data do julgamento: 15/05/2012. 4ª Turma do STJ, relator Min. Luis Felipe Salomão).

Assim, verifica-se que a manutenção do negócio jurídico e sua força vinculante são importantes para a segurança jurídica das relações comerciais e para a proteção da atividade econômica, fundamentais para o desenvolvimento da sociedade.

3.2 Referenciais normativos nacionais para os DBs (CRD)

A despeito das previsões em regulamentos privados, não se nota o regramento legal específico para os DBs, excetuando-se os casos de sua aplicação na Administração Pública, em contratos administrativos.

Especialmente no âmbito dos contratos administrativos complexos, a utilização do DB constitui grande alívio para os ordenadores de despesas e para os gestores de contratos, que compartilham suas responsabilidades com o Comitê.

No Brasil, vale reafirmar que o DB, no âmbito da Administração Pública, recebeu a denominação de Comitê de Resolução de Disputas (CRD), recentemente internalizado na Lei nº 14.133/21, podendo, como já visto, ser utilizado para prevenir e resolver disputas relacionadas a controvérsias suscitadas pelas partes sobre, mas não somente, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o inadimplemento de obrigações contratuais e o cálculo de indenizações, englobando-se os direitos patrimoniais disponíveis (artigo 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21).

Outra aplicação reconhecida do CRD é a possibilidade de extinção contratual por consenso das partes (artigo 138, inciso II, da Lei nº 14.133/21).

Verifica-se, no Brasil, uma expansão da utilização dos CRDs, ou DBs, constatada após o pioneirismo do Município de São Paulo, que regulou o Instituto na Lei municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018.

O processo legislativo na Capital Paulista iniciou-se com a apresentação do Projeto de Lei nº 577, em 31 de agosto de 2017, na Câmara Municipal de São Paulo (CMSP), observando-se que sua justificativa concebia os DBs desde o princípio como “Juntas de Solução de Conflitos” compostas por três integrantes, com dever de imparcialidade, eleitos pelas partes contratantes com o objetivo de acompanhar toda a execução do contrato e solucionar brevemente os conflitos corriqueiros (CMSP, 2017).

Havia um viés legislativo inicial, que era a destinação do Instituto dos DBs para solução de conflitos decorrentes da execução de obras, motivo pelo qual a mesma Justificativa estabelecia a composição dos DBs “normalmente por dois engenheiros e um advogado especialista”, sendo que, “por acompanharem a obra desde o primeiro dia de execução, [...] angariam conhecimento preciso dos problemas gerados ao longo dos trabalhos” e, “tão logo [...] acionados, [...] têm condições excepcionais para propor soluções ou, até mesmo, decidir e resolver as controvérsias que lhe são postas com máxima brevidade e qualificação” (CMSP, 2017).

Admitia, também, a possibilidade de empenho do Instituto dotado de dois tipos de poderes, sendo “(i) conceder recomendação não vinculante, auxiliando na composição de acordos e (ii) decidir e resolver de maneira vinculante a disputa”. Já se frisava o fato de que o poder de decidir “não se trata de um múnus jurisdicional dado à Junta, mas apenas e tão somente contratual, já que a decisão emitida, se não prontamente observada pelas partes, apenas gera o dever de indenizar” (CMSP, 2017).

O aspecto positivo apontado pelo edil proponente do Projeto de Lei é que “embora as partes possam tentar socorrer-se ao júízo togado ou a árbitros, as estatísticas demonstram que mais entre 97% e 99% das decisões tomadas pelas Juntas jamais foram combatidas em âmbito jurisdicional, e, quando foram, restaram plenamente mantidas/acatadas pelos julgadores finais” (CMSP, 2017), destacando-se, portanto, a segurança jurídica das decisões e recomendações dos DB.

Além disso, segundo a Justificativa, “trata-se de ferramenta absolutamente idônea e de utilização mundial capaz de desonerar a estrutura judiciária e, principalmente, preservar o orçamento e cronograma das obras”, eis que “as medidas de solução das divergências são tomadas prontamente e ao longo da empreita, evitando-se paralisações dos serviços e a acumulação de pleitos entre as partes” (CMSP, 2017).

O texto final da Lei municipal nº 16.873/18, por sua vez, segundo sua ementa, estabeleceu que a norma “reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (CPSD) em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo”, afastando, aparentemente, sua aplicação somente em obras, ampliando o seu escopo para todos os contratos continuados, como prescreve, também, o seu artigo 1º, ao apontar que a destinação dos Comitês é “dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Pública”.

No entanto, ao longo do diploma legal, estabeleceu-se que o CPSD pode ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, “a depender dos poderes outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado” (artigo 2º da Lei nº 16.873/18), encerrando sua aplicação a contratos com objetos distintos.

Por sua vez, o regulamento municipal, capitulado no Decreto municipal nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021, restringiu ainda mais a aplicação dos CPSD, condicionando-a a contratos de obras públicas, bem como concessões ou permissões que tenham como objeto, ou parte dele, a execução de obras com valores superiores a R\$ 200 milhões, admitindo, além disso, a instalação “para solução de controvérsias específicas [ad hoc], quando a natureza da contratação não justificar a instituição de um Comitê permanente, especialmente nos contratos de concessão e permissão” (§ 2º do Decreto nº 60.067/21).

Apesar da iniciativa legislativa, o Poder Executivo paulistano, com o regulamento, limitou a utilização dos DBs, praticamente esvaziando sua aplicação no Município em razão da condicionante relacionada ao valor da obra.

Pesquisando a realidade das obras no Município de São Paulo, notou-se que, em 22 de maio de 2023, das 122 (cento e vinte e duas) obras listadas, havia 2 (duas) não iniciadas e 1 (uma) suspensa, sendo que, das 119 (cento e dezenove) restantes, somente 8 (oito) estavam dentro do prazo, todavia, considerando o percentual de execução e a proximidade do término previsto, também estavam atrasadas em relação ao cronograma de execução. A obra de maior valor total somava R\$130.317.108,80, sendo que o montante global das obras supera R\$ 2 bilhões¹²⁵. Em razão disso, destaca-se, nenhuma delas poderia, segundo a legislação municipal, ser contemplada por um CPSD.

Como não há mecanismos internos de acompanhamento e resolução de conflitos contratuais, não é possível mensurar a eficácia dos DBs no Município de São Paulo, todavia, pode-se inferir a ineficiência da gestão contratual, considerando os atrasos mencionados e o consequente prejuízo econômico e, principalmente, social, na medida em que os objetos contratados não foram entregues conforme a programação inicial.

Por sua vez, o Município de Belo Horizonte (BH), por meio da Lei municipal nº 11.241, de 19 de junho de 2020, regulamentou os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas “para

¹²⁵ PMSP. “Obras abertas”. Disponível em: <http://obrasabertas.prefeitura.sp.gov.br/Obras/Index#!>. Acesso em: 22 mai. 2023.

prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada”¹²⁶. (BELO HORIZONTE, 2020).

Ao contrário do Município de São Paulo, Belo Horizonte não restringiu a utilização dos CPSDs a obras e serviços de engenharia, mantendo a destinação do instituto a qualquer contrato administrativo de execução continuada¹²⁷, com o objetivo de prevenir e solucionar conflitos (artigo 1º, *caput*, da Lei municipal nº 11.241/20).

Outro aspecto relevante é que Belo Horizonte, ao contrário de São Paulo, não estipulou limitação mínima de valores contratuais para condicionar a aplicação dos CPSDs, mantendo, com isso, a aptidão do instituto, exigindo somente sua previsão no instrumento convocatório de licitação e no próprio contrato administrativo (artigo 1º, § 2º, da Lei municipal nº 11.241/20).

Em Belo Horizonte, assim como em São Paulo, o CPSD pode ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, todavia, a Capital mineira estabeleceu o prazo decadencial de 30 (trinta) dias para contestação das recomendações ou decisões emitidas pelos CPSDs (como se constata no artigo 2º da lei mineira), hipótese em que, se não verificada, torna o ato vinculativo. Vale, nesse sentido, o destaque do extrato da lei:

Lei municipal nº 11.241/20, de Belo Horizonte

Art. 2º - O comitê de que trata esta lei poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo celebrado, devendo apresentar sempre os fundamentos de suas recomendações e decisões, sob pena de nulidade.

§ 1º - Ao Comitê de Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio, considerando-se que:

I - qualquer parte que não esteja satisfeita com uma recomendação deverá, nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra parte e o comitê sobre sua insatisfação, hipótese em que o litígio em questão poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial;

II - caso nenhuma das partes notifique a outra sobre sua insatisfação com a recomendação, conforme disposto no inciso I deste parágrafo, essa recomendação passará a ser vinculativa e final para as partes, devendo, então, ser cumprida imediatamente.

§ 2º - Ao Comitê de Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio, considerando-se que:

I - a decisão vincula e é obrigatória para as partes desde o seu recebimento;

II - qualquer parte que não esteja satisfeita com a decisão emitida deverá, nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra parte e o comitê sobre sua

¹²⁶ Lei municipal nº 11.241/2020 de BH. Artigo 1º “o Município de Belo Horizonte e seus demais órgãos ou entidades da administração direta e indireta poderão utilizar-se de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada, observando-se o disposto nesta lei”.

¹²⁷ Entenda-se por contrato administrativo de execução continuada “aquele que se prolonga no tempo com obrigações contínuas ou periódicas, sem se esgotar em um só ato” (artigo 1º, § 1º, da Lei municipal nº 11.241/20).

insatisfação, hipótese em que o litígio poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial;

III - caso nenhuma das partes notifique a outra, por escrito, sobre sua insatisfação com a decisão do comitê, conforme disposto no inciso II deste parágrafo, a decisão permanecerá vinculativa e tornar-se-á final.

§ 3º - O Comitê Híbrido poderá tanto emitir recomendação quanto decisão sobre os conflitos, considerando-se que:

I - emitirá uma recomendação ou uma decisão, de acordo com o requerido pela parte e desde que a outra parte não se oponha formalmente, em até 7 (sete) dias de sua notificação;

II - se houver discordância entre as partes quanto à emissão de recomendação ou de decisão, o próprio comitê decidirá pela forma de manifestação;

III - aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º deste artigo conforme a forma de manifestação do comitê para cada litígio - se de revisão ou de adjudicação.

§ 4º - As recomendações não vinculantes poderão ser objeto de compromisso, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Verifica-se, portanto, a previsão legal da parte insatisfeita com a recomendação ou decisão do Comitê notificar a parte contrária no prazo de 30 (trinta) dias, “hipótese em que o litígio em questão poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial”, conforme se extrai da leitura do artigo 2º, §§ 1º, inciso I, e 2º, inciso II.

Sem a referida notificação no prazo legal de 30 (trinta) dias, a recomendação passará a ser vinculativa e final (o artigo 2º, § 1º, inciso II) e a decisão tornar-se-á final para as partes (artigo 2º, § 2º, inciso III). Nota-se, portanto, que a lei, ora analisada, previu o prazo decadencial de 30 dias para contestar as recomendações ou decisões, vez que a sua inobservância acarretará a vinculatividade final do ato, circunstância essa que não poderá ser modificada em sede jurisdicional ou arbitral.

Destaca-se, também, que a ausência de fundamentação da decisão ou recomendação é causa de nulidade (artigo 2º, *caput*, Lei 11.241/2020)¹²⁸, sendo que, se perfeitas, não constituem, por outro lado, título executivo judicial¹²⁹ (artigo 1º, § 4º da referida lei).

Vale mencionar que a lei em comento foi originada no Projeto de Lei nº 388/2017, de autoria do Vereador Irlan Melo. Em sua justificativa, ficou esclarecido que o poder decisório vinculante do CPSD não se trata de *munus* jurisdicional, mas contratual, eis que gera apenas o dever de indenizar:

[...] deve-se ter em mente que não se trata de um *munus* jurisdicional dado à Junta, mas apenas e tão somente contratual, já que a decisão emitida, se não prontamente observada

¹²⁸ Em pesquisa realizada em 07/09/2023, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais TJMG, não consta nenhum caso que discuta o tema “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas” e “*Dispute Board*”.

¹²⁹ Lei Municipal nº 11.241/2020, artigo 1º, § 4º: “o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas não é tribunal arbitral, e suas recomendações ou decisões não constituem título executivo judicial”.

pelas partes, apenas gera o dever de indenizar. Em outras palavras, a decisão não tem caráter de sentença judicial ou arbitral. Pelo contrário, ela pode ser questionada em arbitragem ou no Judiciário, a depender do foro estabelecido em contrato. (CMBH, 2017).

A vinculatividade final da recomendação ou da decisão nos casos em que não haja contestação no prazo decadencial de 30 (trinta) dias foi incorporada ao texto legal com a aprovação da Emenda nº 2, de autoria do mesmo edil, que também tentou prever a obrigatoriedade da utilização do CPSD em contratos com valores superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), dispositivo que, apesar de aprovado na Câmara Municipal, foi vetado pelo Prefeito, motivo pelo qual não constou na redação final da Lei municipal nº 11. 241/20.

Apesar disso, deve-se chamar a atenção para a intenção positiva do legislador municipal, que procurou estabelecer a obrigatoriedade do CPSD a partir de um determinado valor, dando a possibilidade ao administrador de optar pelo instituto nos contratos com valores menores, o que denota a vontade política de impulsionar a utilização do DB.

Na contramão, o Poder Executivo do Município de São Paulo, como visto, em ato regulamentar (Decreto municipal nº 60.067/21), autorizou o CPSD somente em contratos com valores acima de R\$ 200 milhões, o que, como constatado, esvaziou a utilização do instituto na Capital paulista.

Deve-se observar que, além de São Paulo e Belo Horizonte, atualmente há outras leis que regulam o uso dos DBs ou Comitês em contratos administrativos em diversos municípios brasileiros, que não foram objeto do presente estudo, calcado no referencial paulista e belo-horizontino, por serem suas leis pioneiras na regulamentação do tema.

Vale considerar, também, a iniciativa do Município de Sorocaba, no Estado de São Paulo, que, por meio da Lei municipal nº 12.235, de 13 de outubro de 2020, regulamentou a utilização dos CPSDs em contratos administrativos continuados celebrados pela Administração Direta e Indireta municipais.

Tal diploma legal foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2130958-11.2021.8.26.0000¹³⁰, patrocinada pelo Prefeito Municipal de Sorocaba, que questionou a iniciativa da Câmara municipal, eis que a propositura da matéria seria de competência do Chefe do Poder Executivo, violando-se, portanto, a autonomia e independência dos poderes

¹³⁰ A ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000 foi protocolada em 08/06/2021 no TJSP.

constituídos. A ADI, nesse sentido, buscou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da lei em comento, que assim prescrevia¹³¹:

Art. 4º Os valores a serem desembolsados pelo órgão contratante para pagamento de honorários dos membros do Comitê deverão compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato.

Diante desse dispositivo, na ADI mencionada, três pontos principais foram suscitados pelo autor como inconstitucionais¹³²¹³³. O primeiro deles refere-se à alegação de que o tema tratado seria de competência exclusiva do Poder Executivo municipal, violando, assim, a separação de poderes¹³⁴ e o previsto no artigo 111 da Constituição Estadual, aplicável aos municípios por força do artigo 144 da mesma Carta.

Outro aspecto aduzido em sede inicial incide na despesa criada sem previsão orçamentária, a despeito do previsto no artigo 25 da Constituição Bandeirante¹³⁵, artigo 63, inciso I, da Constituição Federal¹³⁶ e artigo 43, inciso I, da Lei Orgânica de Sorocaba¹³⁷.

¹³¹ Vale salientar que a Prefeita à época vetou parcialmente (veto parcial nº 16/2020) o projeto de lei por entender inconstitucional o artigo 4º, todavia o veto oposto foi rejeitado e a lei foi promulgada com a disposição do referido artigo.

¹³² De acordo com o alegado em sede inicial, o artigo 4º da Lei nº 12.235/2020, teria contrariado a iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo em atos inerentes à gestão pública e a criação de despesas sem a respectiva fonte de cobertura, com a consequente ofensa aos artigos 5º, 25, 111, 144 e 175, § 3º, da Constituição Paulista, aos artigos 63, inciso I, e 166, § 3º, ambos da Constituição Federal, aos artigos. 6º, 43, inciso I, e 61, inciso VIII, da Lei Orgânica Municipal, além do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, petição inicial, fls. 1-15).

¹³³ O autor da ADI analisada, referindo-se ao artigo 4º da Lei 12.235/2020, aponta infringência ao modelo constitucional de freios e contrapesos ao considerar que, por iniciativa do Poder Legislativo, criou-se “funções, no âmbito da administração direta e /ou indireta, sem concurso público e mediante remuneração a ser paga pelo Poder Público”, extrapolando, portanto, os limites legais ao adentrar “de forma indevida em tema afeto à reserva da Administração”. (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, petição inicial, fl. 4).

¹³⁴ Ademais, o autor da ADI e Prefeito de Sorocaba, defende que houve invasão em sua esfera de competência, prevista no artigo 61, inciso VIII, da Lei Orgânica, que estabelece “art. 61 compete privativamente ao Prefeito [...] VIII- dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração municipal, na forma da lei”. Nesse contexto, segundo o autor, não se observou a “harmonia e independência entre os Poderes” prevista na CF artigo 2º são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e, “por questão de simetria, a Constituição Bandeirante, em seu artigo 5º dispõe que *são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. No mesmo sentido, o artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Sorocaba estatui: *Art. 6º O Governo Municipal é constituído pelos Poderes Legislativo e Executivo, independentes e harmônicos entre si*”. (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, petição inicial, fl. 5-6).

¹³⁵ Artigo 25 - Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica a créditos extraordinários.

¹³⁶ Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;

Como terceiro ponto, foi requerido o reconhecimento de suposta ofensa à lei de responsabilidade fiscal, ao considerar a vigência do dispositivo impugnado sem, contudo, obter-se a prévia estimativa de impacto orçamentário, afrontando, assim, o estabelecido no artigo 16 da Lei Complementar nº 101/2000¹³⁸.

Houve o deferimento do pedido liminar, suspendendo a eficácia do artigo 4º em 01/09/2021.

Por sua vez, a Câmara Municipal de Sorocaba defendeu inexistir qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no mencionado dispositivo, requerendo a revogação da liminar concedida, por entender que o Comitê não comporia a estrutura administrativa organizacional do Poder Executivo, tratando-se, portanto, de mecanismo episódico, celebrado a cada relação contratual (caso houvesse previsão em edital), não possuindo, assim, nenhum caráter físico-estrutural dentro da Administração Direta ou Indireta do Município.

A Subprocuradoria-Geral de Justiça emitiu o parecer conforme entendimento extraído da ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI Nº 12.235, DE 13 DE OUTUBRO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. CUSTEIO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INICIATIVA PARLAMENTAR. PARAMETRICIDADE. LEI DE INICIATIVA CONCORRENTE.

¹³⁷ Art. 43. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa popular e nos de iniciativa exclusiva do Prefeito Municipal, ressalvados, neste caso, os projetos de leis orçamentárias;

¹³⁸ Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

FALTA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. INEFICÁCIA LIMITADA. CAUSA DE PEDIR ABERTA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO. OFENSA À RAZOABILIDADE E À ECONOMICIDADE. PROCEDÊNCIA.

1. O parâmetro exclusivo do controle de constitucionalidade pela via abstrata, concentrada e direta de lei ou ato normativo municipal é a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da Constituição Federal), razão pela qual se afigura inidôneo o seu contraste com normas da Lei Orgânica Municipal e da Lei de Responsabilidade Fiscal.
2. Norma de iniciativa concorrente que institui mediação de conflitos na fase pré-processual no âmbito de contratos celebrados pela Administração.
3. A falta de previsão de recursos orçamentários não causa a inconstitucionalidade de lei, senão sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência.
4. Causa de pedir aberta. A expressão “enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato” constante do art.4º da Lei nº 12.235, de 13 de outubro de 2020, de Sorocaba, viola a separação de poderes por interferir no orçamento anual (art. 174, inc. III, da Constituição Estadual).
5. Causa de pedir aberta. A instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas relativas a direitos patrimoniais em contratos administrativos e seu custeio, elevam os valores das contratações, contrariando os princípios da razoabilidade e da economicidade.
6. Procedência do pedido. (fl. 69, ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000).

O entendimento ministerial afastou a violação ao princípio da separação de poderes, no que tange à alegação de que o dispositivo trataria de atos de gestão pública, evidenciando em seu parecer que, em verdade, instituiu “diretrizes específicas relacionadas à mediação de conflitos na fase pré-processual em contratos celebrados pela Administração Pública” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000, fl.72) com particulares, não se tratando, portanto, de atos de gestão administrativa, conforme alegado pelo autor, mas de “disciplina de mecanismos de solução alternativa de controvérsia” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000, fl.72), inclusive com regulação acerca do seu custeio.

Outrossim, na referida manifestação, houve o esclarecimento de que a norma que institui a instalação dos CPSD nos contratos celebrados pela administração pública são matérias de “iniciativa legislativa concorrente” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000, fl.72), não representando, desse modo, “fixação de atribuições a órgãos públicos, nem a criação de funções públicas remuneradas, sem o respectivo concurso público, tampouco cuidam de questões afetas à gestão pública”, mas sim, tratam da previsão normativa de política pública relacionada à mediação de conflitos nos contratos celebrados pela Administração direta e indireta.

Também foi afastada pelo *Parquet* a inconstitucionalidade quanto à geração de despesas oriundas pelo cumprimento de ato normativo, asseverando que “a falta de recursos orçamentários

não causa a inconstitucionalidade de lei”, mas “sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência”¹³⁹ (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000, fl.72).

Ademais, a Promotoria Pública, entendeu inconcebível a alegação aduzida pelo autor de que toda lei que gere despesas, necessariamente deverá advir de projeto proposto pelo Chefe do Executivo, rememorando, para tanto, o posicionamento do STF que indicou as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar, prevista no artigo 61 da CF, em *numerus clausus*.

De outro modo, ainda em seu parecer, o órgão ministerial apontou que o artigo 4º da Lei municipal nº 12.235/2020, especialmente a expressão “enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato” contida na parte final do dispositivo, “viola a separação de poderes” ao considerar que a “sua previsão interfere no orçamento anual” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000, fl. 73), nos termos dos artigos 174, inciso, III¹⁴⁰, e 144, ambos da Constituição Paulista.

Assim, em outras linhas, o Ministério Público entendeu que “como se trata da destinação de receita pública, matéria que integra o orçamento anual e cuja lei respectiva é de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, a referida disposição não se acomoda com o princípio da divisão funcional do poder” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000, fl.74), aspecto em que, segundo o entendimento, a lei local confronta a ordem constitucional, de acordo com os dispositivos retromencionados.

Além disso, o Parecer assentou a ofensa ao princípio da razoabilidade na medida em que não foi verificada se a norma era “adequada, necessária, e proporcional em sentido estrito”¹⁴¹ (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.000, fl.74), como se extrai abaixo:

Ora, o art. 4º do ato normativo, ao prever a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas relativas a direitos patrimoniais em contratos da Administração direta e indireta e o seu custeio, elevam os valores das contratações e os custos dos contratos celebrados pelo poder público, diante da previsão de que o pagamento de honorários dos membros do comitê deverão compor o orçamento da contratação, bem

¹³⁹ O STF já se posicionou nesse sentido na ADI 1.585-DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19-12-97, v.u., DJ 03-04-98, p. 01).

¹⁴⁰ Artigo 174 - Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal: [...]; III - os orçamentos anuais.

¹⁴¹ Com fundamento nos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado. (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl. 74). “Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.
[...]

Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”

como de que metade dos custos com instalação e manutenção do órgão colegiado deverão ser arcados pelo poder público (contratante), que deverá reembolsar o contratado privado em metade desses gastos, o que não é adequado, pois é inapto a fomentar ou promover qualquer resultado pretendido pelo ordenamento constitucional. Tampouco é necessário, revelando-se norma excessivamente gravosa aos princípios constitucionais que guiam a administração. Por fim, não é proporcional, pois cria excessivos ônus financeiros com despesas maiores que em outros ramos das relações privadas, encarecendo ainda mais as contratações públicas. (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fls. 64-65).

Desse modo, entendeu a Subprocuradoria-Geral de Justiça que houve ofensa ao artigo 111 da Constituição Estadual, especialmente quanto aos “princípios da razoabilidade e da economicidade” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl. 76), opinando pela procedência do pedido para que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 4º da lei sorocabana analisada¹⁴².

Por sua vez, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 4º, corroborando o Parecer do Ministério Público no que se refere à parte final do dispositivo: “enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato”, entendendo ter havido vício de iniciativa, ao considerar que a regra trata de matéria pertinente ao orçamento público e sobre “realocação de verbas (repetição de metade dos honorários dos mediadores)”, cuja propositura compete ao Chefe do Executivo¹⁴³, violando-se, portanto, o princípio da separação dos poderes.

De modo a aclarar a procedência das inconstitucionalidades aduzidas no Acórdão, segue o extrato de sua ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Autor: o Prefeito de Sorocaba. Dispositivo impugnado: artigo 4º da lei n. 12.235, de 13/10/2020, que regulamenta a instalação de comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela administração direta e indireta do município e dá outras providências. Em termos gerais, especificamente com relação à lei em discussão, a instalação dos comitês de resolução de litígios no âmbito dos contratos administrativos não fixou nenhuma atribuição para qualquer órgão público local. Vale dizer, somente serviu para dar vazão à política pública judiciária, de prestigiar a autocomposição de conflitos no

¹⁴² “Em suma, não se verifica ofensa aos arts. 5º e 25, da Constituição Estadual, sem prejuízo do reconhecimento da inconstitucionalidade já denunciada, por contrariedade aos arts. 111, 144 e 174, inc. III, da Constituição Estadual, sintetizado na afronta à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo e ao princípio da razoabilidade” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl. 76).

¹⁴³ A referida inconstitucionalidade foi fundamentada no artigo 165, incisos II e III, da Constituição Federal, e artigos 47, inciso XVII, e 174, incisos II e III, ambos da Constituição Estadual, impostas tais disposições por simetria aos municípios, em consonância com o artigo 144 da Constituição Estadual (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fls. 91-92). Ademais, de acordo com o voto do relator, também não foi apresentada a estimativa do impacto orçamentário e financeiro exigido no artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF: “a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

âmbito da administração pública, tema aquele cuja iniciativa legislativa é concorrente, até por conta da generalidade do quanto ali tratado.

Entretanto, no artigo em destaque, existe frase que afronta a Constituição, tocante não apenas à separação de poderes, como também ao princípio da razoabilidade, a saber: “(...) enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato”.

Procedência desta ADI por conta de que, nesse exato ponto, na frase retro posta, é tratada a destinação de receita pública, matéria que, afinal, integra o orçamento anual e cuja lei respectiva é de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Pagamento dos honorários dos mediadores que resvala na necessidade, adequação e mesmo na proporcionalidade, critérios para conferência da razoabilidade, na medida em que não há garantia de que o método alcance resultados, porque depende do consenso constante entre os contratantes, além de encarecer sobremaneira a execução daqueles negócios jurídicos.

Ação procedente para afirmar a inconstitucionalidade do artigo 4º da lei municipal em questão. (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl. 82).

Note-se, também, que, além do vício de iniciativa reconhecido, o Órgão Especial do TJSP entendeu, assim como o Ministério Público, que a parte final do artigo 4º da lei sorocabana violava o princípio da razoabilidade¹⁴⁴.

Em seu voto, o Relator destacou que, por se tratar de “*sistema multiportas de acesso à jurisdição*”¹⁴⁵ a “superação de eventual impasse na execução do contrato [...] depende do consenso permanente”, ou seja, “ausente o consenso, estará, então, aberta a via judicial” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl.96) e que “os resultados práticos no âmbito administrativo desta modalidade de mediação não são garantidos” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl.96), indicando, ainda, que considera questionável “tanto a adequação do meio como também de sua necessidade”, ressaltando que “é preciso falar do aumento dos custos negociais em caso de entraves na execução que conduzam ao acionamento dos comitês” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl.96).

Por fim, o Acórdão em comento declarou a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei municipal nº 12.235/2020, em 09/02/2022, cuja eficácia foi suspensa após o trânsito em julgado da decisão, em 27/04/2022.

Nesse diapasão, algumas considerações merecem atenção. A primeira delas reside na inconstitucionalidade registrada no Acórdão e no parecer Ministerial quanto ao vício de iniciativa da propositura de lei pelo Poder Legislativo municipal, ao considerar que, por se tratar de

¹⁴⁴ A fundamentação deu-se com base nos artigos 111 e 144, ambos da Constituição Estadual, e na ausência de adequação, necessidade e proporcionalidade. (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fl. 95).

¹⁴⁵ Em consonância com o artigo 3º, § 1º, c.c. 32 e seguintes do CPC.

orçamento público e realocação de verbas, a iniciativa da propositura de lei é necessariamente do Chefe do Poder Executivo.

A identificação dessa inconstitucionalidade é importante, pois as regulamentações que preveem a utilização dos *Dispute Boards* ou Comitês de Prevenção e Solução de Disputas estão aumentando em todo o País e vem sendo promovidas por iniciativa do órgão legislativo.

Vale destacar que a previsão contida no artigo 4º da Lei municipal nº 12.235/2020, julgada inconstitucional, está disposta de modo semelhante nas leis paulistana e belo-horizontina que tratam do tema, veja-se:

Lei nº 12.235/2020, do Município de Sorocaba

Art. 4º Os valores a serem desembolsados pelo órgão contratante para pagamento de honorários dos membros do Comitê deverão compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato.

Lei nº 16.873/2018, do Município de São Paulo

Art. 4º Os valores a serem desembolsados pelo órgão contratante para pagamento de honorários dos membros do Comitê deverão compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato.

Lei nº 11.241/2020, do Município de Belo Horizonte

Art. 8º Os custos do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, incluindo-se a remuneração de seus membros, deverão compor o orçamento da contratação, de forma detalhada e destacada, com seus critérios de composição constantes na minuta de contrato a ser assinada entre os membros e as partes contratantes.

Parágrafo único. À contratada caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e à manutenção do comitê a que se refere o caput, incluindo-se a remuneração de seus membros, quando de sua utilização.

Destarte, serve o julgado como alerta aos entes federativos, para que a iniciativa dos Chefes dos Poderes Executivos seja efetivamente respeitada nesse ponto, evitando-se a eventual declaração de inconstitucionalidade e a consequente insegurança jurídica de contratos continuados, incluídos os de execução diferida, da administração pública que tenham sofrido a ação dos CPSDs.

No entanto, merece discussão o aparente entendimento distorcido exarado pelo Ministério Público e decidido pelo TJSP acerca da inconstitucionalidade fundamentada na ofensa ao princípio da razoabilidade, conforme se extrai do trecho do Acórdão:

Os resultados práticos no âmbito administrativo desta modalidade de mediação não são garantidos.

A superação de eventual impasse na execução do contrato, através exercício desta via alternativa, componente do *sistema multiportas de acesso à jurisdição*, dependem do consenso permanente. Ausente consenso, estará, então, aberta a via judicial.

Igualmente questionáveis, então, tanto a adequação do meio como também de sua necessidade. É preciso falar do aumento dos custos negociais em caso de entaves na execução que conduzam ao acionamento dos comitês. (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fls. 95-96).

A argumentação do julgado apoia-se na violação ao princípio da razoabilidade ao apontar não ser proporcional criar “excessivos ônus financeiros com despesas maiores que em outros ramos das relações privadas, encarecendo ainda mais as contratações públicas” (ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000, fls. 75 e 96).

Inicialmente, é importante pontuar que especialmente na administração pública, considerando os princípios da publicidade, da transparência e do acesso à informação, é que os resultados práticos são mais visíveis. Uma vez que a administração pública é, por lei, obrigada a divulgar informações sobre as respectivas contratações e suas execuções, permite-se a inferência acerca de sua eficiência e eficácia, conforme se demonstrou neste estudo, em tópico específico¹⁴⁶, que indicou entendimento diametralmente oposto ao adotado no julgado em comento.

Nesse sentido, vale frisar que a DRBF indica que a utilização dos DBs é “excepcionalmente eficaz” (DRBFc)¹⁴⁷, especialmente por possuírem caráter preventivo e promoverem a redução de custos, além de evidenciarem a efetividade das recomendações/decisões ao considerarem que cerca de 85 (oitenta e cinco) a 98% (noventa e oito por cento) delas não são levadas à arbitragem ou à via judicial, conforme se verifica:

Os Dispute Boards provaram ser excepcionalmente eficazes. Os registos do DRBF indicam que o processo foi utilizado em mais de 2.700 projetos, agregando cerca de 270 mil milhões de dólares em custos de construção. Estudos dos proprietários e análises do banco de dados DRBF mostram que 85-98% das recomendações/decisões não foram submetidas à arbitragem ou litígio adicional, proporcionando economias substanciais de custos e tempo.

[...]

Nos projetos de construção com DBs, o número médio de disputas levadas ao Conselho foi de apenas 1,2 por projeto. Isto é consideravelmente menor do que o número médio de disputas levadas a tribunal ou arbitragem em projetos sem Conselhos.

[...]

¹⁴⁶ Vale destacar que a eficiência dos DBs, especialmente no que tange à administração pública, foi demonstrada no subitem “2.2.1 A aplicação da governança nos contratos administrativos” e item “3.1 Atraso e paralisação”.

¹⁴⁷ DRBF. Disponível em: <https://drbf.memberclicks.net/db-faqs>. Acesso em: 15 set. 2023.

Os custos do DB variam entre 0,05% do custo final do contrato de construção, para projetos relativamente isentos de litígios, até um máximo de 0,25% para projetos difíceis e com litígios. Considerando apenas projetos que remetem disputas ao DB ou que tiveram problemas difíceis, o custo varia de 0,04% a 0,26% com uma média de 0,15% do custo final do contrato de construção, incluindo uma média de quatro recomendações de disputas. (DRBFc, tradução nossa)¹⁴⁸.

É importante retomar o conceito de governança pública, dado pelo TCU, cujo objetivo é o aumento das chances de entrega de bons resultados aos cidadãos, em termos de serviços e de políticas públicas¹⁴⁹, com o “propósito de apoiar a melhoria do desempenho das organizações públicas jurisdicionadas” (TCU, 2020b, p. 15).

É nessa direção que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispôs sobre a responsabilidade da alta administração pela governança das contratações, impondo-lhe o dever de “implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar [...] os contratos, com o intuito de [...] promover um ambiente íntegro e confiável [...] e promover eficiência, efetividade e eficácia” (artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21).

Portanto, deve-se ressaltar que o aspecto principal da governança nas contratações públicas, assim como na governança corporativa, é o atingimento do objeto contratado de modo eficiente e eficaz, propugnando-se, especialmente na promoção de políticas públicas, por sua sustentabilidade por meio da efetividade do resultado almejado. Assim, o foco do gestor deve, nos termos da lei, ser o cumprimento do objeto contratado e a redução dos custos contratuais, com o que se coaduna os DBs.

Tanto é assim que a própria Lei nº 14.133/21 admitiu a utilização de comitês de resolução de disputas (neste estudo também denominados DBs ou CPSDs) nas contratações públicas, orientados por critérios isonômicos, técnicos e transparentes (artigos 151 a 154 da Lei nº 14.133/21).

Isso porque, como já explorado anteriormente, os DBs atuam ao longo de toda a execução contratual, acompanhando o projeto, promovendo a avaliação, direcionamento e monitoramento de riscos, de modo a garantir a consecução do objeto contratado no prazo programado e sem custos adicionais, obtendo-se, assim, a eficiência e eficácia tão almejadas nas

¹⁴⁸ DRBF. Disponível em: <https://drbf.memberclicks.net/db-faqs>. Acesso em: 15 set. 2023.

¹⁴⁹ Vide p. 50 desta Tese.

contratações¹⁵⁰. Afinal, os membros que compõem o Conselho, especialmente na modalidade permanente, estão familiarizados com o projeto e as fases de sua execução, podendo prevenir impasses entre as partes e, ainda, na existência de conflitos, dirimi-los.

Nesse sentido, a DRBF ressalta o aspecto técnico e de atuação simplificada dos DBs:

As audiências do DB são normalmente realizadas no local do projeto. Os membros do conselho estão familiarizados com o projeto porque participaram de reuniões trimestrais regulares de status e analisaram relatórios mensais de progresso. Eles foram selecionados em primeira instância com base em sua experiência na construção de projetos similares. Os procedimentos do DB são informais e simplificados em comparação com processos judiciais ou arbitrais. (DRBFc, tradução nossa).

Vê-se, portanto, que o instituto *Dispute Board* é a tradução de governança na medida em que, ao longo de toda execução contratual, há um conjunto de práticas gerenciais adequadas e necessárias para avaliar, direcionar e monitorar possíveis riscos que venham a interferir na obtenção do objeto avençado.

Em suma, certifica-se que a utilização dos DBs é medida adequada, necessária e proporcional para o exercício da função social do contrato, prestigiando, assim, tanto o princípio da economicidade quanto da razoabilidade.

Ainda com relação à análise do Acórdão em exame, é imperioso esclarecer outros argumentos aduzidos no julgado. O primeiro deles refere-se à percepção do Relator acerca da necessidade das partes permanecerem em consenso ao longo de toda execução do contrato para, então, obter-se sucesso nessa via alternativa, destacando que, caso isso não ocorra, segundo o entendimento jurisprudencial, a demanda estará sujeita à via judicial, motivo pelo qual se questionou a adequação e necessidade da resolução de controvérsias contratuais por meios alternativos à jurisdição.

Especialmente esse ponto merece atenção, pois, dada a atualidade do tema, não raras vezes se verifica a sua deturpação. Diante disso, há necessidade de trabalhos que explicitem a natureza e os contornos próprios desse novo Instituto, de modo a aclarar a sua indicação, utilidade e, principalmente, as vantagens propiciadas pela funcionalidade dos *Dispute Boards*, traduzidas não somente em questões econômicas revertidas às partes, mas na essencial obtenção da função econômica e social do contrato.

¹⁵⁰ O tema foi amplamente abordado no subitem 2.2.1 - “A aplicação da governança nos contratos administrativos”.

Nesse contexto e diante do julgado, cumpre esclarecer que os DBs não tratam de empenhar métodos autocompositivos em sua essência, não se trata de consensualidade para a resolução da controvérsia contratual, mas somente para a contratação em si, em que há anuência das partes para avençarem a previsão clausular e disposições acerca do caráter vinculativo da decisão ou recomendação do Conselho.

Claramente, a modalidade recomendatória de DB demanda consenso em sua aceitação, na medida em que ela tende a se tornar vinculativa quando não contestada, ou seja, se houver consenso, não haverá contestação e a recomendação tornar-se-á impositiva.

Na mesma direção, a modalidade adjudicativa do DB, vinculativa desde o princípio, segue o mesmo padrão, eis que o Conselho emitirá uma decisão, que, igualmente, poderá ou não ser contestada, condição que permitirá abrir a via litigiosa.

Note-se, portanto, que o DB tem natureza híbrida, autocompositiva e heterocompositiva a depender do estágio de desenvolvimento dos procedimentos empregados. Mas não se afasta nem se impede a jurisdição arbitral ou estatal, impõe-se, na verdade, o dever de continuidade contratual, eis que se instala o dever de indenizar a partir da decisão ou recomendação caso ela não seja observada. A força clausular adotada nesse método de prevenção e solução de conflitos tem natureza contratual, em que se convencionam mecanismos reforçadores da manutenção da execução da avença. Aliás, esse é o objetivo principal do DB¹⁵¹.

Assim, não há pensar que mera divergência será levada à apreciação do Poder Judiciário, pois dependerá, por certo, das convenções estipuladas em contrato e que viabilizem a sua execução.

A razoabilidade, portanto, há ser avaliada sob o aspecto do atingimento do objeto em si, especialmente em contratações públicas, evitando-se, obviamente, prejuízos ao erário. Nesse alinhamento, a via da adequação e da proporcionalidade, que demonstram a eficiência do DB (E_{db}), deve ser observada sob o enfoque da função social, apurada a partir do contraponto dos fatores (i) interesse público/privado no atingimento do objeto (I) e (ii) custo de execução (CE). O DB tende a equalizar e tornar isonômica essa razão, na medida em que busca, ao mesmo tempo, a continuidade da execução do contrato e a modulação das divergências que, em regra, tangenciam questões relacionadas a custos.

¹⁵¹ Como fora amplamente explorado no tópico 4.1.3 - “Classificação quanto ao caráter vinculante das decisões”.

É possível, portanto, inferir a seguinte razão, relacionada à eficiência da utilização do DB:

$$E_{db} = I/CE,$$

em que se conclui que a E_{db} deve ser maior ou igual a 1 (um) ($E_{db} \geq 1$), ou seja, quanto maior o interesse e menor o custo de execução, maior será a eficiência ($E_{db} > 1$), sendo que o limite a ser avaliado é a equivalência entre esses dois fatores – quando eles se igualarem, estará estabelecido o limite da execução contratual ($E_{db} = 1$). Se o custo se tornar mais oneroso do que o interesse no objeto em si, estará estabelecida a ineficiência ($E_{db} < 1$).

Portanto, a atuação do DB deve buscar a manutenção da eficiência contratual, de modo que os custos de execução não ultrapassem o interesse no atingimento do objeto contratado, traduzido por sua função social em última análise.

Note-se que tal raciocínio se distancia enormemente do que fora estabelecido no julgado, merecendo, inclusive, maior detalhamento e desenvolvimento, que será observado mais adiante.

Por fim, a despeito de outras iniciativas nos entes federativos que regulamentem a utilização dos DBs, vale mencionar a tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 2.421/2021 na Câmara dos Deputados, considerando que a matéria já foi aprovada no Senado Federal identificada sob o registro do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 206/2018.

Trata-se de iniciativa legislativa federal que tramita em regime de prioridade na Câmara Baixa, buscando regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

Do texto da propositura observa-se que são mantidas as concepções já avaliadas nas legislações paulistana e belo-horizontina, destacando-se, todavia, que a pretensa norma federal não prevê o prazo decadencial a ser aplicado às recomendações ou decisões, admitindo-se incondicionalmente a revisão pela via jurisdicional.

Outro ponto a ser destacado é que a remuneração dos membros do Comitê, tais quais as disposições das leis municipais, deverá ser suportada pela contratada, cabendo à administração pública reembolsar a metade desses custos após a aprovação das medições previstas em contrato.

Tal dispositivo é o mesmo declarado inconstitucional na lei sorocabana avaliada na ADI nº 2130958-11.2021.8.26.0000.

Ressalta-se, ainda, que, no Senado Federal, o PLS nº 206/2018 foi apresentado e iniciado pelo Senador Antonio Anastasia, sem a participação do Presidente da República, o que, como visto anteriormente, malfeire esse importante projeto pelo vício de iniciativa, no que tange ao aspecto orçamentário.

De todo modo, é de se concluir que o Estado, considerando as diversas iniciativas legislativas, vem reconhecendo a importância do DB como um instituto de consecução dos contratos administrativos, o que se reflete, igualmente, na via privada das relações contratuais.

Todavia, é inexistente qualquer iniciativa de normalização dos DBs no direito privado, que se restringe à aplicação dos princípios gerais do direito, da legislação civil como um todo e da teoria geral dos contratos.

3.2.1 O entendimento da Justiça sobre a força vinculante dos DBs

Seguindo o estudo acerca da segurança jurídica dos DBs, torna-se importante verificar como o Poder Judiciário tem entendido a força vinculante das decisões.

Para tanto, utiliza-se do referencial prévio existente decorrente da judicialização da decisão exarada pelo CRD instalado no âmbito da execução do Contrato nº 4107521301, nos termos do Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000, julgado na 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).

O Contrato foi firmado entre as Partes em 12 de julho de 2016 para a “execução da Obra Civil, Obra Bruta e Acabamentos, contemplando Obras Remanescentes, para conclusão da Fase 2 da Linha 4 Amarela da Companhia do Metropolitano de São Paulo” (Metrô)¹⁵², prevendo a atuação do CRD no modo adjudicativo.

Assim, o CRD foi acionado para solucionar uma divergência apontada na destinação de resíduos provenientes de escavação, apresentada pelo Consórcio TC – Linha 4, a quem o CRD reconheceu o direito de receber do Metrô a remuneração decorrente da efetiva prestação dos serviços de disposição do solo contaminado.

¹⁵² Informações obtidas nos autos do Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000 que, como informado, tramitou na 10ª Câmara de Direito Público do TJSP.

A demanda foi judicializada¹⁵³ e, nesse sentido, vale, para fim didático, trazer à baila o acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000, que julgou parte da demanda, que ainda aguarda julgamento na primeira instância, na 12ª Vara de Fazenda Pública, conforme o Processo de Conhecimento nº 1014265-98.2018.8.26.0053.

A ementa do julgado em questão afirmou o seguinte: “[...] A decisão do CRD trata minuciosamente da (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo [...]. A probabilidade do direito resta abalada pela embasada decisão do CRD [...]” (TJSP, 2018).

Nesse sentido, a referida decisão reconhece a necessidade das partes cumprirem a decisão exarada pelo CRD, condicionando a interferência judicial em casos que fujam à normalidade e em descumprimento editalício e contratual, como se verifica abaixo:

[...] nada obsta o deferimento da tutela antecipatória, sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do ‘dispute board’; mas a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado. (TJSP, 2018).

Nota-se, ao analisar o processo principal, que há relutância do Metrô em acatar as decisões do CRD, judicializando as demandas. Nesse sentido, é possível verificar que os argumentos apresentados pelos magistrados competentes para amparar suas decisões, reconhecem o caráter impositivo das deliberações do CRD, sem afastar, entretanto, a possibilidade de judicialização.

No âmbito dos contratos privados, o Recurso Especial nº 1.569.422/RJ, julgado em abril de 2016, proferido pela 3ª Turma do STJ, já reconhecia a importância do reconhecimento da força vinculante das decisões dos DBs, desde que esteada no princípio da autonomia da vontade das partes, conforme ementa a seguir:

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA

¹⁵³ A despeito da jurisdicionalidade da decisão emitida pelo CRD: “As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que norteiam o contrato administrativo nº 4107521301.” Informações obtidas nos autos do Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000.

COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. [...] 2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada.

2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.[...] 4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito. (REsp 1.569.422/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016).

Em seu voto o relator, Ministro Marco Aurélio Belizze, destaca a importância de se verificar o caráter da decisão emitida por um terceiro ou Comitê, que tenha sido atribuído pelas partes no exercício da autonomia de suas vontades, para, então, definir qual o efeito a ser produzido pelo Poder Judiciário acerca do conhecimento (ou não) do conflito de interesses (REsp.1.569.422/RJ, fls.1-2), ressaltando-se, também, a gênese dos “Dispute Boards” (REsp.1.569.422/RJ, fls. 21-22), sob o enfoque da preservação do objeto contratual e a manutenção do ambiente de cooperação e parceria entre os contratantes. Veja-se:

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

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

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

Na definição de Arnoldo Wald, cuja lição será oportunamente transcrita, dispute boards "são painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até

o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boardes - DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boardes - DAB), ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards - CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes". Esse método de solução de conflitos foi concebido originariamente em meio à contratação de grandes obras de construção, em que as pontuais divergências ensejavam imediata solução, aplicando-se, posteriormente, a outros contratos, notadamente aqueles relacionados às operações societárias e aos interesses dos acionistas, obtendo, inclusive, regulamentação da CCI (Câmara Internacional de Comércio).

Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses. (REsp.1.569.422/RJ, fls. 21-22).

Evidencia-se, portanto, o reconhecimento longo do Poder Judiciário acerca da força vinculante das decisões dos DBs, cujas atribuições são definidas pelas partes, com amparo na autonomia de suas vontades e em consonância com as normas de ordem pública e, conseqüentemente, em atendimento à função social dos contratos.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DOS *DISPUTE BOARDS* A PARTIR DA GOVERNANÇA CONTRATUAL

Como visto até aqui, o mercado é constituído de um emaranhado de relações contratuais que envolve uma ampla gama de agentes econômicos que, em rede, formam uma teia em constante tensão e tendente ao equilíbrio.

A função do Estado, nesse universo, é buscar a materialização dos objetivos que estão declarados na sua Carta Política, dos quais se destacam a redução das desigualdades sociais e o desenvolvimento nacional.

Portanto, o equilíbrio das relações contratuais que caracterizam o mercado deve ser tracionado para que encontre seu ponto zero, o menor ponto de tensão, ou onde as tensões existentes se anulem, na realidade em que as desigualdades sociais sejam reduzidas e o desenvolvimento nacional evidenciado.

O livre mercado por si só, apesar de tender ao equilíbrio, não é capaz de deslocar seu ponto zero até esse ideal, eis que sofre a influência de diversas variáveis que caracterizam as “falhas de mercado” e as externalidades negativas, demandando, nesse sentido, a intervenção do Estado no domínio econômico.

Conquanto, a intervenção estatal na economia é uma escolha política que visa à distribuição da justiça social, sob os fundamentos e princípios republicanos, com destaque à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais, à propriedade privada e sua função social, à livre concorrência e à busca do pleno emprego.

Não há dúvidas de que tais condições dependem diretamente da atuação dos agentes econômicos, com especial destaque à instituição da empresa, pois é ela que, na prática, constitui o fator de desenvolvimento econômico a partir do domínio dos fatores de produção e desenvolvimento tecnológico.

Viu-se que as relações empresariais demandam, da mesma forma, estabilidade e segurança jurídica, de modo que os objetivos de cada uma delas seja atingido, garantindo a eficiência da teia, do mercado como um todo.

As relações empresariais, regradas por meio de contratos empresariais, podem ser caracterizadas conforme sua complexidade, de acordo com variáveis elegidas, como o tempo de execução, o valor do contrato, a complexidade da execução do objeto, a exposição a riscos imprevisíveis ou, se previsíveis, de difícil mensuração no caso de serem concretizados em eventos negativos etc.

Pode-se classificar, portanto, os contratos empresariais que acumulam tais características como contratos empresariais complexos. Nessas avenças, a expectativa da ocorrência de divergências e controvérsias é tão maior quanto o grau de complexidade, demandando o tratamento adequado a fim de prevenir ou remediar o conflito e evitar que o atingimento do objeto pactuado seja afetado.

Deve-se observar que, nessa realidade, as empresas buscam primariamente satisfazer seus interesses privados, cumprindo ao Estado garantir que a função social republicana e inerente à propriedade e aos contratos seja atingida. E como já mencionado, pode-se afirmar que o aspecto mais relevante é a realização completa do contrato, pois as empresas terminam fortificadas, os empregos garantidos e o desenvolvimento observado. Contratos realizados fomentam novos pactos empresariais, mais empregos, circulação e distribuição de riqueza.

Um dos fatores de afetação, especialmente em relação aos contratos empresariais complexos, é o grau de litigiosidade e ausência de especialização da justiça, o que, naturalmente, remete à busca de soluções alternativas à jurisdição, mais céleres e especializadas, com destaque à arbitragem e, no caso desta tese, do *Dispute Board*.

A jurisdição arbitral é exógena ao contrato. O desenvolvimento do *Dispute Board* é interno, endógeno. No primeiro caso, o conflito já se encontra efetivamente instalado e a execução do contrato já foi afetada; no segundo caso, a atuação preventiva acontece de fato, ou mesmo o tratamento “imediato” da controvérsia, garantindo que a execução siga o rumo planejado. Utilizando-se de metáfora, é a antagonização entre o remédio, que carrega diversos efeitos colaterais, em contraponto à eficiência nutricional e imunológica do organismo, que combate por si só a doença.

Os DBs acompanham os riscos e os eventos e, por isso, são também mecanismos de governança contratual e, conseqüentemente, são fatores de consecução da função social do contrato em si.

4.1 A importância do conceito ESG na dinâmica da resolução de controvérsias em contratos empresariais complexos

No contexto de atuação dos DBs, é importante considerar que, especialmente em contratos empresariais complexos, há exposição a fatores de risco de ordem internacional. É de se afirmar que empresas atuantes no mercado interno sofrem influências de riscos advindos do mercado internacional.

Assim, a oscilação dos preços das *commodities*, como o aço, impacta diretamente a construção civil; questões de ordem geopolítica, como a ameaça de invasão de Taiwan pela China, impactam diretamente, o fornecimento de semicondutores e, conseqüentemente, todo o mercado de componentes eletrônicos e produtos deles dependentes (ANDRADE, 2023); a invasão da Ucrânia pela Rússia, por sua vez, impactou o fornecimento de insumos agrícolas no mundo, afetando o agronegócio brasileiro (ESTADÃO, 2022); a guerra de Israel contra o grupo terrorista Hamas em Gaza, pode afetar reflexamente o fornecimento de petróleo para o mundo e, conseqüentemente, toda a cadeia logística internacional, além da escala dos conflitos em termos mundiais, que pode influenciar diretamente a rede de comércio exterior e refletir no mercado interno brasileiro (ALMEIDA, 2023).

Nesse contexto, pensar o futuro da empresa, e dos contratos, é pensar no futuro da sociedade. Isso porque a empresa do século XXI assume “importância não apenas para os detentores de capital e controle, mas para toda a sociedade” (ADEODATO, 2020, p.51). Veja-se:

Dados da Revista Fortune mostram que das 100 maiores economias do planeta, em termos de disponibilidade de recursos, 40 são empresas e 60 são Estados soberanos. Ou seja, hoje 40 empresas têm mais dinheiro do que a maioria dos países. Há pouco tempo isso seria impensável e daí a necessidade de refletir sobre o futuro, mesmo sabendo que a construção do futuro depende da própria espécie humana, pois o futuro é imprevisível porque simplesmente não existe. (ADEODATO, 2020, p. 49).

Denota-se, portanto, a importância atual da empresa em um contexto mundial, globalizado, assim como é relevante considerar a dinâmica internacional nas realizações dos negócios jurídicos empresariais. Especular o porvir, a partir da atuação empresarial, e vice-versa,

implica, também, na “superação dos desafios impostos no caminho para um mundo de mais equidade” (ADEODATO, 2020, p. 51) e menos assimetrias.

A globalização é um processo que tem levado a uma transformação do sistema econômico e jurídico, com a passagem do local para o internacional, do nacional para o global, e da autorregulação para a disputa por mercados (ADEODATO, 2020, p. 51).

Pode-se dizer que esse cenário é um caminho sem volta ou uma realidade irrelutável ao considerar as premissas: (i) as pessoas cada vez mais estão voltadas a satisfazerem as suas necessidades, com preponderância do individualismo; (ii) a satisfação dessas necessidades está cada vez mais inatingível; (iii) com o avanço da tecnologia, os indivíduos passaram a integrar uma comunidade mundial, uma sociedade da informação¹⁵⁴, organizada em rede.¹⁵⁵

Tais assertivas encontram respaldo ao considerar a “sociedade de modernidade fluída” descrita por Bauman (2001, p. 31) onde o individualismo exacerbado é transposto para uma vida sem referenciais fixos, ocupando, assim, a forma de acordo com que no momento lhe é apresentada. Nas palavras de Bauman (2001, p. 36 e 37), tem-se que:

A sociedade que entra no século XXI não é menos “moderna” que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. [...] Ser moderno passou a significar, como significa hoje em dia, ser incapaz de parar e ainda menos capaz de ficar parado. (BAUMAN, 2001, p. 36 e 37).

Assim, a sociedade, em constante transformação, assume características específicas que preponderam de acordo com o momento histórico ao qual está inserida. No cenário atual, segundo Bauman (2008), o consumismo¹⁵⁶ ocupa lugar de destaque, pelo fato da satisfação ser inalcançável. Isso porque o desejo de consumir revela-se insaciável na medida em que o indivíduo se torna obstinado a consumir cada vez mais, levando ao desperdício e ao sentimento

¹⁵⁴ Os avanços tecnológicos propiciaram o rompimento da relação espaço /tempo, na medida em que as ferramentas de comunicação autorizam as mais diferentes e distantes formas de comunicação. A sociedade, então, passou a ser municiada de informações, segundo Castells (1999, p. 62).

¹⁵⁵ Para Castells, “rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos”. Podendo tratar-se tanto do “mercado de bolsa de valores e suas centrais de serviços auxiliares avançados na rede dos fluxos financeiros globais; sistemas de televisão, estúdios de entretenimento, meios de computação gráfica, equipes jornalísticas e equipamentos móveis que transmitem e recebem sinais na rede global da nova mídia no âmago da expressão cultural, na era da informação” (CASTELLS, 1999, p. 498).

¹⁵⁶ O autor faz uma distinção entre consumo e consumismo, indicando que aquele não é negativo em si, fazendo parte de uma necessidade vital humana. Com relação ao consumismo, o autor entende que não é algo natural, mas sim um atributo da sociedade determinado por instituições voltadas ao desejo de se consumir cada vez mais, fazendo com que as pessoas passem a ser identificadas de acordo com o que consomem. (BAUMAN, 2008).

de insatisfação constante, afinal, “a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito” (BAUMAN, 2008, p.63).

Outro ponto que merece destaque é o fato de que, com o avanço das tecnologias e possibilidades de comunicação, a relação espaço/tempo também foi alterada, fazendo com que a comunicação rompesse essas barreiras, até então, intransponíveis. Para Bauman (2001, p.137), a relação de tempo e espaço na Modernidade Líquida¹⁵⁷ é denominada como “tempo instantâneo”, na medida em que não confere valor ao espaço, pois não se utiliza de referência espacial para mostrar limites e desafios, logo, o espaço é demonstrado pela dominação do tempo, marcada pela sedutora leveza do ser onde a “distância em tempo que separa o começo do fim está diminuindo ou mesmo desaparecendo” (BAUMAN, 2001, p.137).

Logo, com a velocidade na comunicação e o rompimento dos limites, até então, impostos pela distância e tempo, a sociedade da informação organizada em rede, passou a manifestar o seu consumismo de modo a extrapolar as fronteiras de seu país.

Esse movimento fez com que, em economias capitalistas, houvesse a necessidade do estabelecimento de relações comerciais com outros centros de produção, conectando, assim, todo o planeta, num processo de globalização econômica. Nessa esteira, Benacchio (2020, p. 24) pontua que:

Ainda que as pessoas vivam em espaços situados na soberania de seus países e comunidades, passam a integrar uma comunidade mundial, caracterizada pela revolução (não mera evolução) dos meios de comunicação e da sociedade da informação. A forma de atendimento das necessidades das pessoas nas economias capitalistas impõe intensa relação comercial com outros centros de produção, interligando todo o planeta por meio da globalização econômica. O mercado globalizado implica na inviabilidade do modelo de soberania do Estado-nação para regulação de seus problemas internos que perde sua exclusividade para regulação da sociedade por meio das tradicionais estruturas institucionais políticas e jurídicas. (BENACCHIO, 2020, p. 24-25).

Assim, diante desses avanços tecnológicos que influenciaram no modo de ser e pensar dos indivíduos, as indústrias e empresas que antes direcionavam os seus esforços para maximização do lucro, viram-se obrigadas a reconsiderar esse padrão. Desse modo, a globalização transformou um “fenômeno social em um modelo que pudesse promover a integração econômica, social e cultural em escala global” (VIDAL, 2020, p. 329).

¹⁵⁷O conceito de modernidade líquida é construída sob pilares frágeis da insegurança e do consumo, de um mundo fluido e leve, ocupando as formas que lhe são apresentadas. (BAUMAN, 2001) É o momento em que os

Nesse pensar, Vidal, (2020, p. 329) argumenta que:

[...] as indústrias e as empresas surgidas sempre pautaram suas gestões pela maximização do lucro e minimização das perdas, com ambições econômicas e exploração da mão de obra, acentuando as relações entre a produção de riquezas e a distribuição de rendas.

O fenômeno da globalização, no entanto, obrigou indústrias e empresas a repensarem esse modelo, diante dos avanços dos transportes, das telecomunicações e dos meios informacionais das últimas décadas.

Além desse fator, operou-se a expansão dos mercados com novos e consideráveis investimentos tecnológicos, além de novas formas e meios de produção, visando atender aos mercados consumidores de localidades distintas, por meio de logística capaz de reduzir o tempo e promover a melhoria de distribuição rápida, segura e eficiente das mercadorias.

Essa revolução técnico-científica permitiu a ampliação da circulação de mercadorias, informações e pessoas pelo mundo e nessa esteira a pretensão da globalização não foi outra senão a de tentar transformar o fenômeno social em um modelo que pudesse promover a integração econômica, social e cultural em escala global.

Desta forma, o fenômeno da globalização tem possibilitado que determinada empresa possa promover variada diversificação de suas atividades, sendo capaz de produzir em um país, investir em outro, com a obtenção de incentivos fiscais, bem como pagar impostos em país diverso dos anteriores. Entretanto, esse modelo acirra a competição no mercado e ainda reforça a concentração das riquezas nas mãos das grandes corporações.

Constata-se, assim, que o fenômeno da globalização está a promover a apropriação do humano por meio de padrões pré-estabelecidos. Enfim, o homem inicialmente se apropriou dos recursos naturais para construir o modelo de mercado. O mercado se agigantou e, agora, se apropria do homem e da natureza. (VIDAL, 2018, p. 329).

Desse modo, verifica-se que a relevância do tema não se restringe somente ao interesse dos economistas ou juristas, mas, sobretudo, na superação dos desafios que surgirão e, necessariamente, afetarão toda a sociedade, afinal, “com o caráter inusitado da globalização e da internet, mais nebuloso ainda ficou o futuro, pois passou a existir um único sistema de comércio pela primeira vez na história da humanidade” (ADEODATO, 2020, p. 51).

De qualquer modo, é fundamental entender que a empresa é “reconhecidamente uma instituição em contínua mutação” e que “a dinâmica da empresa é diretamente proporcional às modificações aceleradas por que passa a economia” (ADEODATO, 2020, p. 51). Nesse sentido Adeodato (2020, p. 51-52) esclarece:

Daí a importância de pensar o futuro da empresa, levando em conta a atividade empresarial sob o enfoque das relações de poder econômico dos agentes, problema estrutural muitas vezes despercebido. Além disso, o estudo da empresa no século XXI impõe o reconhecimento de sua importância não apenas para os detentores de capital e controle, mas para toda a sociedade, razão pela qual o estudo do direito empresarial voltado ao desenvolvimento dos países constitui tema fundamental, inaugurando uma

referenciais que possibilitavam o desenraizamento e reenraizamento do velho no novo são liquefeitos e, assim, perdidos. (BAUMAN, 1998).

nova visão, mais internacionalista, do direito empresarial. O futuro da empresa interessa, assim, não apenas aos juristas e economistas, mas também para a análise e superação dos desafios impostos no caminho para um mundo de mais equidade, com respeito à diversidade cultural, baseado substancialmente na ética, na educação, no rompimento das assimetrias norte-sul do planeta, portanto, consubstanciado na ideia de acordos prospectivos, de ordem negociada e não imposta, de discriminação positiva, de respeito à diversidade de identidade e cultura no espaço público. (ADEODATO, 2020, p. 51-52).

Nesse contexto de globalização e internacionalização das relações econômicas, na busca de um mercado mais harmônico, é fundamental repensar a concepção de atividade empresarial e sua interface com os demais conhecimentos, exigindo dos profissionais de todas as áreas reformulação de seus saberes, conforme sinaliza Adeodato (2020, p. 52-53):

[...] os profissionais de todas as áreas precisam reformular seus conhecimentos, adquiridos numa formação tradicional, recheada de concepções inadequadas às novas realidades, em temas que vão do local do contrato às fronteiras do Estado, da autorregulação às disputas por mercados, do nacional ao internacional. (ADEODATO, 2020, p. 52-53).

Até porque, conforme destaca o autor, “os possíveis futuros das empresas têm como ambiente a sociedade internacional, não se restringindo, portanto, ao Estado” (ADEODATO, 2020, p.52), assim, a universalidade do processo judicial, que é a espinha dorsal do monopólio da jurisdição herdado do Estado moderno, pode não ser suficiente para lidar com os desafios trazidos pela globalização, conforme se verifica:

A nova empresa surge com padrões éticos diferenciados, bem como do sistema de regulação de mercado por meio de agências, dependentes direta ou indiretamente do Estado, com reflexos na sociedade civil e seus prolongamentos, tudo com vistas à obtenção de um mercado mais harmônico no ambiente informacional. No campo da filosofia do direito, um problema importante é a evolução do monopólio da jurisdição sobre a empresa contemporânea, herdado do Estado moderno, tendo a universalidade do processo como espinha dorsal, por um lado, e a internacionalização da empresa e desestatização de diferentes fontes de solução de conflitos, por outro. (ADEODATO, 2020, p. 52).

Vê-se, portanto, a necessidade de se pensar em diferentes fontes de solução de conflitos, além da formação do novo profissional estar voltada à realidade, como uma consequência da globalização e do processo de desestatização que tem levado a uma necessidade de diversificação dos mecanismos de resolução de disputas.

Nesse enquadramento, o *Dispute Board* ganha relevância ao considerar essa nova concepção de empresa, consubstanciada na ética e no desenvolvimento da economia de forma

globalizada, voltada a acordos prospectivos, negociados e não impostos, concepções que se coadunam com o uso dos DBs.

De qualquer modo, importante repensar o papel das empresas e os reflexos de sua atuação em âmbito mundial, afinal, o exercício de sua atividade necessita de esteio na dignidade da pessoa humana e seus direitos, conforme esclarece Adeodato (2020, p. 54).

A globalização dos mercados e acordos internacionais de uniformização precisam ser entendidos de maneira interdisciplinar, voltados à cooperação e também ao desenvolvimento econômico, vinculado ao capitalismo, porém balizado a partir do conceito de dignidade da pessoa humana e seus direitos. (ADEODATO, 2020, p. 54).

Assim, é preciso atentar-se para a regulação das relações econômicas em nível global, a fim de lidar com os desafios trazidos pela globalização e pela internacionalização das relações econômicas.

De qualquer modo, importante não perder de vista que os direitos humanos devem nortear e direcionar a atividade empresarial em qualquer dimensão, nacional ou internacional, pois “o respeito e a concretização dos direitos humanos pelas empresas é um meio de proteção e realização da dignidade humana em todos os países, bem como nas relações privadas no âmbito internacional” (BENACCHIO, 2020, p. 27), afinal, “o humanismo deve prevalecer como norma jurídica interna e externa” (BENACCHIO, 2011, p. 206).

Assim, a atuação das empresas no exercício de suas atividades deve equilibrar o egoísmo do empresário, que almeja o lucro, e o atendimento à função social, com responsabilidade social, e prevalência dos valores humanos. Não se trata de antagonismo entre esses dois aspectos, o lucro e a função social, pois “não há exclusão da lógica economicista, mas agregação dos valores humanos, mesmo com diminuição dos lucros”¹⁵⁸ (BENACCHIO, 2011, p. 210). Ações de responsabilidade social, como já visto, representam, no fim, ganhos econômicos à empresa.

Afinal, só há desenvolvimento¹⁵⁹ de um povo se respeitadas os direitos humanos. Nesse pensar, Sayeg e Balera (2019, p. 269) defendem que não se pode considerar um povo plenamente

¹⁵⁸ Vale repisar que a empresa que exercita a sua responsabilidade social acaba por se destacar no mercado, aumentando a sua credibilidade e poder competitivo, sendo, assim, um diferencial que potencializa a atração de clientes e investidores voltados a valorizar empresas socialmente responsáveis que buscam um desenvolvimento sustentável, fatores que reverberam, também, positivamente na lucratividade da empresa.

¹⁵⁹ A República Federativa do Brasil, fundada na dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, inc. III), consagra o direito ao desenvolvimento nacional dentre os seus objetivos, de acordo com o artigo 3º, inciso, II, da Constituição Federal de 1988.

desenvolvido somente sob o aspecto econômico, utilizando-se como parâmetro o Produto Interno Bruto (PIB) de um país, pois referido índice se relaciona apenas com a dimensão econômica do desenvolvimento. Assim, é preciso analisar outras conformações, como a evolução social, política e cultural do país:

O desenvolvimento pleno dos povos não pode ser considerado tão somente sob o ponto de vista utilitarista e monetarista. Não se mede mais o desenvolvimento de uma nação só pelo Produto Interno Bruto (PIB), mas igualmente pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), pois a riqueza nacional reside na evolução social, política e cultural do país. É, mais propriamente, questão de justiça e de Direitos Humanos a exigir o desenvolvimento do Homem todo e de todos os Homens, bem como o respeito ao Planeta, já que são os próprios Direitos Humanos de primeira geração que estão a sustentar o Capitalismo que consagra a propriedade privada e a liberdade econômica. (SAYEG E BALERA, 2019, p. 269).

Nesse sentido, em 1990, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) apresentou ao mundo o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)¹⁶⁰, ao lançar o primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH)¹⁶¹, esclarecendo que:

O Índice de Desenvolvimento Humano foi pensado como uma medida alternativa ao Produto Interno Bruto na mensuração do grau de desenvolvimento de um país. O IDH leva em consideração três requisitos para a expansão das liberdades humanas: a oportunidade de se ter uma vida longa e saudável (representado pela Longevidade); o acesso ao conhecimento (representado pela Educação); e a capacidade de se ter um padrão de vida digno (representado pela Renda). (PNDU, 20--)

No Brasil, o referido relatório foi lançado em 1996 com a adaptação do IDH para o contexto nacional. Em 1998, houve “a adequação da medida global para as demais unidades da federação brasileira”, com a criação do “Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM)” (PNDU, 20--).

Vale destacar que, atualmente, existe uma plataforma digital denominada “Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil”¹⁶², que disponibiliza uma “ampla variedade de indicadores

¹⁶⁰ Nesse sentido, “O IDH é uma medida criada para enfatizar que as pessoas e o desenvolvimento de suas capacidades devem estar no centro das decisões ao avaliar o desenvolvimento de um país”. (ATLAS BR, 2020)

¹⁶¹ “A abordagem de Desenvolvimento Humano presente no relatório foi concebida pelo economista paquistanês Mahbub Ul Haq e inspirado nos trabalhos do economista indiano Amartya Sen, cujo olhar estava voltado às capacidades do ser humano em ser e fazer o que desejar”. (PNUD, 20--).

¹⁶² A referida plataforma, cuja atualização transcorreu em 2020 (ATLAS BR, 2020), retrata o desenvolvimento humano sustentável e as desigualdades no Brasil. Nesse sentido: “O Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil é uma plataforma de disponibilização de informações estatísticas sobre o Desenvolvimento Humano e Sustentável que abarca os diversos níveis do território brasileiro, sendo fruto de uma parceria entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e a Fundação João Pinheiro (FJP). Além de publicar o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), a

socioeconômicos com informações sobre os múltiplos níveis do território brasileiro, bem como sobre variados segmentos da população” (PNDU, 20--). Com esses dados instrumentalizados, é possível democratizar o acesso às informações, contribuindo para o fortalecimento da atuação da gestão pública e conscientizando o cidadão acerca de sua realidade (ATLAS BR, 2020), incluindo, ainda, informações que se relacionam com indicadores internacionais alinhados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) ¹⁶³.

Esses dados são relevantes na medida em que o conceito de desenvolvimento humano, a partir da observação do IDH, “coloca as pessoas no centro da análise do bem-estar, perspectiva oposta ao que sugere a ideia de desenvolvimento ancorada no crescimento econômico” (ATLAS BR, 2020).

De qualquer modo, não basta pensar em desenvolvimento sem que haja sustentabilidade. Por isso, a Constituição Federal prevê o direito ao desenvolvimento sustentável ao mesmo tempo que o impõe como um dever a ser perseguido em prol das presentes e futuras gerações ¹⁶⁴, consagrando tal princípio assim previsto em tratados e convenções internacionais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 3.540, externou o entendimento de que o desenvolvimento sustentável é uma parte fundamental do arcabouço legal e constitucional brasileiro, equilibrando o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente em prol das gerações presentes e futuras.

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A
NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE
(CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO

plataforma também disponibiliza dados sobre múltiplos indicadores que refletem as condições de vida no país nas dimensões sociais, econômicas, políticas e ambiental”. Disponível em <http://www.atlasbrasil.org.br/>. Acesso em: 12 nov. 2023. Assim, “O Atlas Brasil tem como objetivo instrumentalizar a sociedade e democratizar o acesso às informações no âmbito municipal, metropolitano e nacional, contribuindo para o fortalecimento das capacidades locais, da gestão pública municipal e do empoderamento dos cidadãos brasileiros por meio da ampliação do conhecimento sobre a sua realidade. Ademais, “o Atlas colabora na consolidação de um diálogo informado e embasado sobre desenvolvimento a partir de uma referência utilizada internacionalmente - o Índice de Desenvolvimento Humano. Trata-se de um instrumento de estímulo ao uso de dados socioeconômicos para a análise da nossa sociedade”. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/acervo/atlas>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹⁶³ O Atlas Brasil está alinhado com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, cujos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) foram adotados pelos Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) por meio da Resolução 70/1 da Assembleia Geral da ONU, “Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, em 2015. Para tanto, o Atlas “disponibiliza um conjunto de 120 indicadores que permitem o diálogo com os ODS desde a escala municipal até a nacional”. (ATLAS BR, 2020). Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/acervo/atlas>. Acesso em: 13 nov. 2023.

¹⁶⁴ Nesse sentido, pode-se citar o preâmbulo da Constituição Federal e os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso II, 5º, § 2º, 170 e 225, além de princípios previstos em tratados e convenções internacionais.

FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.

- O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. É uma parte fundamental do arcabouço legal e constitucional brasileiro, equilibrando o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente em prol das gerações presentes e futuras. (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1/09/2005, Plenário, DJ de 3/2/2006).

Considera-se, portanto, que o desenvolvimento sustentável não deve ser dissociado da atividade empresarial, ao contrário, precisa ser a ela integrado, como parcela do desenvolvimento econômico, objetivando ao fim o bem-estar de todos e à justiça social.

Trata-se de conciliar o crescimento econômico com a preservação ambiental e a justiça social, buscando respostas aos problemas ambientais e sociais causados pelo modelo de desenvolvimento baseado no consumo excessivo de recursos naturais e na desigualdade social. (DE LUCCA, p. 38).

Assim, uma vez comprometidas às reservas de bens ambientais, é necessário esforços para garantir-se a manutenção das futuras gerações e a construção de um modelo de sociedade sustentável. Nessa conjuntura, Vidal (2020, p. 330) esclarece o conceito de desenvolvimento sustentável¹⁶⁵ a partir da seguinte reflexão:

[...] o conceito de Desenvolvimento Sustentável exige uma análise aprofundada dos fatores de sustentação do capitalismo, em especial uma análise dos padrões de produção e consumo, dos meios de regulação do Estado e formas variadas de acumulação de riquezas, tudo para se evitar a destruição da natureza, bem como garantir ao homem sua identidade, com a construção de uma sociedade capaz de enfatizar a solidariedade e o respeito global e cósmico. (VIDAL, 2020, p. 330).

¹⁶⁵ O autor rememora a previsão constitucional esculpida no artigo 225 de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. [...] “Ademais, o princípio da sustentabilidade deve ser interpretado a partir da leitura dos artigos 170 e 225 e seus incisos e os artigos 1º e 4º da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, (Lei nº. 6.938/81), ressaltando a existência de harmonia entre os vários povos, fato que exige mudança de comportamento para superar a relação homem-natureza, que não pode ser pautada pelo domínio, mas deve enfatizar o convívio e interação entre todos os seres vivos” (VIDAL, 2020, p. 331).

Nessa esteira de raciocínio, na Comunidade Internacional, o desenvolvimento sustentável passou a fazer parte da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) ¹⁶⁶.

Trata-se do documento intitulado “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” (PLATAFORMA AGENDA 2030) gerado no encontro da ONU, em 2015, que consiste na declaração de 193 estados-membros, contendo 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) descritos com 169 metas.

Os 17 Objetivos são integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. São como uma lista de tarefas a serem cumpridas pelos governos, a sociedade civil, o setor privado e todos cidadãos na jornada coletiva para um 2030 sustentável. Nos próximos anos de implementação da Agenda 2030, os ODS e suas metas irão estimular e apoiar ações em áreas de importância crucial para a humanidade: Pessoas, Planeta, Prosperidade, Paz e Parcerias. (PLATAFORMA AGENDA 2030).

Especificamente no item 35 da referida Agenda, reconhece-se que os direitos humanos incluem o direito ao desenvolvimento, ressaltando, ainda, a necessidade de boa governança em todos os níveis e instituições, conforme se verifica:

35. O desenvolvimento sustentável não pode ser realizado sem paz e segurança; e paz e segurança estarão em risco sem o desenvolvimento sustentável. A nova Agenda reconhece a necessidade de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que ofereçam igualdade de acesso à justiça e que são baseadas no respeito aos direitos humanos (incluindo o direito ao desenvolvimento), em um efetivo Estado de Direito e boa governança em todos os níveis e em instituições transparentes, eficazes e responsáveis. Fatores que dão origem à violência, insegurança e injustiça, como a desigualdade, a corrupção, a má governança e os fluxos financeiros e de armas ilegais, são abordados na Agenda.

Devemos redobrar os nossos esforços para resolver ou prevenir conflitos e para apoiar os países em situação de pós-conflito, incluindo por meio da garantia de que as mulheres tenham um papel na construção da paz e do Estado. Fazemos um apelo para novas medidas e ações efetivas a serem tomadas, em conformidade com o direito internacional, para remover os obstáculos para a plena realização do direito de autodeterminação dos povos que vivem sob ocupação colonial e estrangeira, que continua a afetar negativamente o seu desenvolvimento econômico e desenvolvimento social, bem como o seu ambiente. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015).

¹⁶⁶ Vale destacar que a preocupação de garantir o direito ao desenvolvimento sustentável às futuras gerações já havia sido tratado em outros momentos, como na Conferência das Nações Unidas, Rio-92 (ONU, 1992), com a reafirmação da Declaração de Estocolmo (ONU, 1972), com a “Agenda 21”, primeira carta de intenções voltada a um novo padrão de desenvolvimento para o século XXI, com a Conferência Rio +20 que resultou na Declaração “O Futuro que Queremos” (ONU, 2012), que renovou o compromisso com o desenvolvimento sustentável, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM BRASIL) derivados da Declaração do Milênio (ONU, 2000).

No mesmo documento, em diversas passagens, há o registro de que todas as nações devem adotar providências voltadas para o crescimento de forma equilibrada e integrada, ressaltando que tais medidas devem coadunar o desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentáveis.

2. [...] Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Estamos empenhados em alcançar o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões – econômica, social e ambiental – de forma equilibrada e integrada.

[...].

5. Esta é uma Agenda de alcance e significado sem precedentes. Ela é aceita por todos os países e é aplicável a todos, levando em conta diferentes realidades nacionais, capacidades e níveis de desenvolvimento e respeitando as políticas e prioridades nacionais. Estes são objetivos e metas universais que envolvem todo o mundo, igualmente os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável.

[...]

9. Prevemos um mundo em que cada país desfrute de um crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável e de trabalho decente para todos. Um mundo em que os padrões de consumo e produção e o uso de todos os recursos naturais – do ar à terra; dos rios, lagos e aquíferos aos oceanos e mares – são sustentáveis. Um mundo em que a democracia, a boa governança e o Estado de Direito, bem como um ambiente propício em níveis nacional e internacional, são essenciais para o desenvolvimento sustentável, incluindo crescimento econômico inclusivo e sustentado, desenvolvimento social, proteção ambiental e erradicação da pobreza e da fome.

[...]

13. Os desafios e compromissos contidos nestas grandes conferências e cúpulas são inter-relacionados e exigem soluções integradas. Para resolvê-los de forma eficaz, é necessária uma nova abordagem. O desenvolvimento sustentável reconhece que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, o combate às desigualdades dentro dos e entre os países, a preservação do planeta, a criação do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável e a promoção da inclusão social estão vinculados uns aos outros e são interdependentes. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015).

Nesse contexto, vale destacar o reconhecimento do Brasil como “um ator importante na economia globalizada” na dinâmica de atuação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que tem como objetivo a promoção de políticas que melhorem a qualidade de vida das pessoas em todo o mundo, estabelecendo padrões internacionais e fornecendo orientações para questões econômicas, comerciais, sociais e ambientais, (OCDE, 2022).

De acordo com as diretrizes voltadas à conduta empresarial responsável, a OCDE entende ser fundamental atender às prioridades sociais, ambientais e tecnológicas urgentes que as

sociedades e as empresas enfrentam, de modo a contribuírem para resultados de desenvolvimento sustentável (OCDE, 2023, p. 3).

As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável (as Diretrizes) são recomendações dirigidas pelos governos às empresas multinacionais. O objetivo comum dos Governos Signatários das Diretrizes é incentivar as contribuições positivas que as empresas podem dar ao progresso econômico, ambiental e social, e minimizar os impactos adversos sobre as questões abrangidas pelas Diretrizes que possam ser gerados pelas operações, produtos e serviços das empresas. A conduta empresarial responsável pode permitir a criação de condições equitativas nos mercados globais, promover um setor empresarial dinâmico e que funcione bem e aumentar a contribuição das empresas para resultados em termos do desenvolvimento sustentável, incluindo soluções para fazer face e responder às alterações climáticas. (OCDE, 2023, p. 10).

Evidencia-se, portanto, que não há desenvolvimento sustentável em termos globais sem que haja efetiva cooperação internacional. Do mesmo modo, a atuação no ambiente interno de cada Governo deve relacionar-se à promoção de todas as dimensões da sustentabilidade, quais sejam a dimensão econômica, a social e a ambiental, buscando a implementação de mecanismos que viabilizem o alcance desses objetivos.

No caso do Brasil, Pompeu e Santiago (2020, p. 44) registram a compatibilidade do ordenamento jurídico pátrio às diretrizes internacionais para o desenvolvimento sustentável:

Pelo exposto, é inquestionável a necessidade de ação internacional conjunta que vise implementar globalmente políticas de cooperação que tenham por escopo integrar, de modo equilibrado, crescimento econômico, desenvolvimento social e preservação ambiental. Não obstante, sabe-se que a realização desse escopo se inicia em âmbito local, no seio de cada ordenamento jurídico, que tem de certo modo que abdicar de um pouco de sua soberania, para cumprir as diretrizes internacionalmente traçadas para o desenvolvimento sustentável. Assim, a cooperação vem no sentido de estimular as nações a aderirem às diretrizes internacionais para a promoção do desenvolvimento sustentável.

Nesse particular, é salutar registrar que a ordem jurídica pátria compatibiliza-se com as diretrizes internacionais para o desenvolvimento sustentável, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 170, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observado o princípio de defesa do meio ambiente, assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. (POMPEU; SANTIAGO, 2020, p. 44).

Nesse pensar, a sustentabilidade exige uma revisão profunda do modelo tradicional de desenvolvimento que, muitas vezes, se concentra apenas no crescimento material, sem considerar os impactos negativos ao meio ambiente e a sociedade como um todo. Isso implica na necessidade de se adotar práticas mais responsáveis e conscientes em todos os setores da economia, a fim de se evitar um crescimento econômico desigual e injusto que acabe por

beneficiar uma parcela da sociedade em detrimento de outras. Nas palavras de Freitas (2011, p. 116):

O valor constitucional da sustentabilidade, com a sua pluralidade (ética, social, econômica, jurídico-política e ambiental), a exigir uma completa reconfiguração do modelo tradicional de desenvolvimento, de ordem a não restringi-lo à esfera medíocre, limitada e limitante, do crescimento material iníquo. (FREITAS, 2011, p. 116).

Nesse sentido, “a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do ambiente deverá constituir-se como parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada” (Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento, 1992)¹⁶⁷, especialmente por ser meio de garantia do desenvolvimento econômico e social.

Tal assertiva ressalta a interconexão entre o desenvolvimento econômico, social e ambiental, destacando que a proteção ambiental não pode ser considerada de forma isolada, mas sim como um componente essencial do desenvolvimento sustentável. Isso implica que ações e políticas de desenvolvimento devem ser projetadas de maneira a minimizar impactos negativos no meio ambiente e promover práticas sustentáveis.

Essa abordagem é crucial para garantir que o crescimento econômico e o bem-estar social sejam alcançados de forma equilibrada e perene, preservando os recursos naturais e a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

Nessa esteira de raciocínio, o desenvolvimento econômico deve coadunar a necessidade de proteção do meio ambiente, ou seja, para lidar com a problemática do crescimento econômico, deve-se levar em consideração os reflexos ambientais. Segundo Roveda (2021, p. 275) “a meta deve ser encontrar meios de implementação de uma economia verde¹⁶⁸ que respeite os três pilares essenciais do desenvolvimento sustentável, quais sejam, as dimensões econômica, social e ecológica” (ROVEDA, 2021, 275).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a ADI nº 3.540 (já mencionada) destacou a importância de harmonizar as atividades econômicas com os princípios de proteção ambiental, salientando, ainda, que a integridade do ambiente não deve ser comprometida por interesses empresariais e motivações meramente econômicas.

¹⁶⁷ Refere-se ao princípio 4 da “Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento”, de junho de 1992.

¹⁶⁸ O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define que a economia verde “reflete uma economia pautada no uso sustentável da biodiversidade e no fomento à bioinovação”. (IBGC, 2022, p. 88).

ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1/09/2005, Plenário, DJ de 3/2/2006).

Fiorillo (2017, p.1), ao analisar o referido julgado (ADI 3.540), externou o entendimento de que o STF desempenhou um papel crucial na formação do direito constitucional ambiental brasileiro, ao qual está condicionado o exercício da atividade econômica no Brasil.

O conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral, adotado explicitamente pelo STF com amparo em Doutrina especializada (ADI 3540), sintetiza de maneira marcante os 30 anos de direito ambiental constitucional brasileiro. Destarte o livre exercício de qualquer atividade econômica no Brasil, por força do direito ambiental constitucional, passou a estar necessariamente condicionado à defesa do meio ambiente dentro de interpretação sistemática que vincula qualquer atividade econômica não só à obediência dos objetivos e fundamentos constitucionais descritos estruturalmente na Constituição Federal, mas também e particularmente em face da relação jurídica estabelecida a partir do uso sustentável dos bens ambientais em proveito da dignidade da pessoa humana. (FIORILLO, 2017, p. 1).

Nesse contexto, no Brasil, a busca por soluções tendentes a garantir a efetiva proteção do meio-ambiente¹⁶⁹ e o desenvolvimento econômico e social têm se destacado como mecanismos que visam a evitar a sobrecarga do sistema judicial e, ao mesmo tempo, promover soluções mais céleres e eficazes¹⁷⁰, inclusive em questões ambientais, conforme defende Antunes (2015, p. 76):

¹⁶⁹ Vale pontuar que a proteção ao meio-ambiente é uma norma de direito fundamental, portanto, *a priori*, trata-se de direito indisponível, todavia, há questões ambientais que são passíveis de se transacionar, como na “assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), junto ao Ministério Público; seja em acordos realizados em Ação Civil Pública; sejam medidas mitigadoras e compensatórias no licenciamento ambiental” (ROVEDA, p. 275-276). Ademais, conforme sustenta Antunes (2011, p. 135) acerca da (in)disponibilidade em exame, “a regra geral é que os direitos são disponíveis e a indisponibilidade necessita ser expressamente estabelecida, pois, excepcional” (ANTUNES, 2011, p. 135). Até porque o legislador constituinte previu a excepcionalidade dos casos de indisponibilidade do meio ambiente, conforme se verifica no artigo 225 da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. [...] § 5º “São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

¹⁷⁰ O CPC incentiva o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos enfatizando soluções consensuais e a criação de centros dedicados para esse fim. Essas medidas visam a tornar o sistema jurídico mais eficiente e

O artigo 225 da Constituição Federal é o principal núcleo normativo da proteção ao meio ambiente no direito brasileiro, de sua leitura se pode perceber que a indisponibilidade é uma exceção expressamente definida na própria Lei Fundamental. De fato, pelo 5º o constituinte originário determinou a indisponibilidade das “terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias proteção dos ecossistemas naturais”. Cuida-se, obviamente, de uma exceção, pois impede que os Estados alienem tais terras ou façam quaisquer transações que importem em sua alienação e dos bens de valor ambiental nelas contemplados, haja vista que imóveis por determinação legal. Por outro lado, em outros pontos do mesmo artigo constitucional, admite-se que se possam suprimir bens de valor ambiental, desde que mediante lei e admite-se, igualmente, que a recuperação ambiental não se faça de forma integral, mas por uma presunção estabelecida por solução técnica. [...] Em assim sendo, parece-me bastante claro que as normas e os fatos admitem, expressamente, que o interesse da proteção ao meio ambiente pode ser objeto de acordos de vontade entre as partes. (ANTUNES, 2015, p. 76).

Com essa compreensão, Freitas e Colombo (2017), analisando as possibilidades de transacionar questões ambientais, entendem que:

[...] a legislação brasileira permite o uso de instrumentos como a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (previsto na Lei da Ação Civil Pública) e de transação penal às infrações de menor potencial ofensivo para a solução de conflitos ambientais. Nesses casos, os assuntos ambientais estão desvinculados de “uma necessária apreciação estatal em fase não homologatória, razão pela qual se poderia argumentar, favoravelmente, à utilização de arbitragem em matéria ambiental, respeitadas certas condições” (FREITAS; COLOMBO 2017, p. 18).

acessível aos indivíduos que procuram resolver os seus litígios, conforme se verifica no artigo 3º e parágrafos e 165: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [...] Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. No mesmo sentido, o CNJ, por meio da Resolução 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, de 2010, destacou em suas considerações que: “a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário”; “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”; “a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”; “a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”; e “que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria”.

Até porque, conforme assevera Roveda (2021, p. 279-280) “muito mais protegido está o meio ambiente quanto mais rápidas forem as respostas e soluções desses conflitos, a fim de que não pereçam esses direito difusos que se visa proteger” (ROVEDA, 2021, p. 279-280).

Nesse sentido, ferramentas mais adequadas para prevenir conflitos ou, até mesmo, dirimi-los devem ser consideradas com vistas à proteção do meio ambiente, conforme reflexão de (ROVEDA, 2021, p. 278-279):

Questiona-se se unicamente o Poder Judiciário seja a alternativa para a solução de conflitos ambientais. Será que possibilidade de utilização de outros meios de solução não seriam mais adequados, buscando, por vezes, até mesmo evitar o conflito? Importante destacar que a proposta desse ensaio é refletir acerca da possibilidade de utilização do instrumento de *Dispute Board* para além dos contratos de construção. Hodiernamente, as questões ambientais se apresentam cada vez mais complexas e de difícil solução e/ou reparação, quando estas são possíveis. O Direito Ambiental atua, dentre outras questões, como forma de regulamentar a utilização dos recursos naturais sem os levar a extinção ou ao risco de diminuição. Não se trata de coibir as atividades econômicas e/ou os empreendimentos e sim regulamentar a *[sic]* suas atuações. Se há atividade poluente em potência ou mesmo efetivamente poluente, não significa que essa atividade será proibida pelo Estado, significa que ela será mais fiscalizada, que ela será condicionada para poder ocorrer, que haverá a necessidade de um estudo para verificar da sua viabilidade. Papel em que se destaca o licenciamento ambiental. Contudo, mesmo assim, com todo o cuidado, com a aplicação dos princípios norteadores, dos estudos prévios de impacto ambiental, as infrações ambientais ocorrem, os danos ambientais ocorrem e os crimes ambientais ocorrem. O questionamento que se faz é que se uma infinidade de processos administrativos ou judiciais são o melhor caminho para equilíbrio entre a proteção do ambiente, o desenvolvimento social e o crescimento econômico. (ROVEDA, 2021, p. 278-279).

Nessa realidade, apesar dos mecanismos que até então vêm se utilizando para a proteção do meio ambiente, inclusive com o estudo prévio de impacto ambiental¹⁷¹, os danos ambientais são verificados, o que denota a necessidade de utilização de mecanismos céleres e pontuais que atendam, também, às demandas ambientais.

Nesse contexto, a utilização do *Dispute Board* pode contribuir de várias formas para esse tipo de demanda. Uma delas é a possibilidade de fiscalização e cumprimento das obrigações previstas na concessão do licenciamento, diante do estudo de impacto ambiental, prevenindo-se, assim, potencialmente, evento danoso, além de promover segurança e eficácia na permissão conferida.

¹⁷¹ Destaca-se que o tema é tratado na Constituição Federal, artigo 225, § 1º, inciso IV; pela Lei 6.938/84 que dispõe acerca da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 10, além da Resolução nº 237/97 do Conselho Nacional do meio Ambiente (CONAMA).

Outra atuação do *Dispute Board*, que se relaciona com questões ambientais, é o surgimento de riscos geológicos e hidrológicos ao longo da execução de um contrato que, dada à impossibilidade de contingenciamento, não são qualificados. (ROVEDA, 2021, 282), necessitando de respostas dinâmicas para solucionar o problema apresentado. Nessa esteira, Vaz, Nicoli e Novais (2014) pontuam:

Foi assim que o estudo dos riscos – dentro de uma matriz de alocação técnica – ganhou relevância no mundo da construção, de modo a produzir contratos mais equilibrados, reduzindo-se ao máximo o número de surpresas inesperadas ou controversias quanto à responsabilidade em sua execução. Nesse quadro geral, os chamados riscos geológicos-geotécnicos têm ampliado destaque, uma vez que se constituem em fonte frequente de disputas e, pelo seu potencial de imprevisibilidade e extensão de efeitos, podem resultar em situações de extrema dificuldade para as partes contratantes e para o projeto. (VAZ; NICOLI; NOVAIS, 2014, p. 325).

Dessa forma, evidencia-se a importância da utilização dos *Dispute Boards* também em matéria ambiental, pois a função de governança, inerente aos Comitês, permite atuação imediata em caso de risco iminente, evitando-se dano ambiental que, por vezes, é irreparável ou irreversível.

Nesse pensar, pode-se considerar a composição dos membros do *Dispute Board* com especialistas na área ambiental, a exemplo dos engenheiros ambientais, biólogos, geólogos, químicos ambientais, ecologistas, advogados especialistas em direito ambiental etc.

Ainda, com relação ao uso dos DBs em questões ambientais, Roveda (2021, p. 284) destaca a possibilidade de atuação do Comitê como “interlocutor em negociações junto ao Ministério Público e/ou órgãos ambientais como auxiliar para a resolução de questões complexas e que pendem de uma definição” (ROVEDA, 2021, p. 284) trazendo mais dinamismo e eficácia às demandas, especialmente se o contraponto residir em apreciação pelo Poder Judiciário “já que com o tempo decorrido em larga escala, na esfera judicial, todos perdem”. (ROVEDA, 2021, p. 284):

Assim, resta claro, não só a viabilidade, mas, principalmente, a eficácia dos *Dispute Boards*, para atuação em questões eminentemente ambientais. A *priori*, as vantagens da inclusão do *Dispute Board* como uma alternativa mais adequada a solução dos complexos conflitos em matéria ambiental, se apresenta não só como uma via possível, mas sobretudo eficaz, com uma probabilidade extremamente relevante de redução custos, rapidez na solução e maior proteção ao meio ambiente. (ROVEDA, 2021, p. 284).

Vale pontuar que a adoção de boas práticas focadas nas questões ambientais, sociais e de governança, também conhecida como ESG (do inglês *Environmental, Social and Governance*), é vista como imperativo às empresas, tendo ligação direta, em âmbito internacional, com a concretização da Agenda 2030¹⁷².

Nesse sentido, o conceito de ESG refere-se a condutas empresariais que são ambientalmente sustentáveis, socialmente responsáveis e governadas de forma ética, sendo cada vez mais importante o seu cumprimento pelas empresas, para além das questões éticas e regulatórias, por terem relação direta com a reputação da empresa e o seu consequente valor de mercado.

Nesse contexto, os litígios em questões ESG, ou seja, processos judiciais relacionados a questões ambientais, sociais e de governança, estão se tornando um risco estratégico significativo para as empresas. Ações legais neste contexto podem atrair atenção da mídia, causar danos à reputação e impactar negativamente o valor das ações de uma empresa. Há uma crescente preocupação com a "segurabilidade" de sinistros relacionados ao clima, o que significa que as seguradoras podem começar a aumentar os custos ou limitar a cobertura de riscos para empresas com grandes impactos ambientais (CMS, 2023)¹⁷³, conforme se verifica:

As alterações climáticas são alarmantes e a necessidade urgente de acção no nosso planeta levou organizações intergovernamentais e legisladores a estabelecerem padrões mais claros que determinem até que ponto as empresas podem impactar o ambiente enquanto prosseguem as suas operações. Estamos agora conscientes de que nos encontramos num ponto crucial da história, necessitando da implementação de regras

¹⁷² Desse modo, tanto o ESG como os ODS referem-se às práticas voltadas para o desenvolvimento sustentável, todavia, os ODS são compromissos globais norteadores que contam com diversidade de atores: governos, instituições sociedade civil, além do setor privado. Assim, as empresas, cada vez mais pressionadas a atenderem a sua função social ou responsabilidade social, dentro do campo do ESG que visa o desenvolvimento sustentável da organização como parte da sociedade, adotam os ODS como comandos referenciais para planejamento e mudança, portanto, as empresas que adotam práticas ESG contribuem, também, para alcançar os objetivos da Agenda 2030. (RODRIGUES, 2022).

¹⁷³ Com relação a CMS law-tax-future: "CMS é uma empresa voltada para o futuro. Com 79 escritórios em mais de 40 países e mais de 5.800 advogados em todo o mundo, combinamos um profundo conhecimento do mercado local com uma visão global, dando-nos a capacidade não apenas de ver o que está por vir, mas de moldá-lo. Num mundo de mudanças cada vez mais aceleradas, onde a tecnologia é cada vez mais importante na implementação de estratégias globais, o nosso aconselhamento claro e focado nos negócios ajuda clientes de todas as dimensões a enfrentar o futuro com confiança. Estamos imersos em seu mundo. Seus interesses e prioridades estão no centro do que fazemos. Nossos advogados são verdadeiros especialistas em suas áreas, com uma compreensão de detalhes incomparável. Nossa mentalidade de próxima geração está presente em tudo o que fazemos. Significa que podemos antecipar os desafios prováveis, acelerar o nosso ritmo e criar espaço para desenvolver soluções inovadoras. Somos diversos, solidários e inclusivos, abraçando a nossa responsabilidade social corporativa e criando uma cultura na qual cada um dos nossos colaboradores pode maximizar o seu potencial e prosperar". Disponível em: <https://cms.law/en/int/about-cms/about-us>. Acesso em: 15 nov. 2023.

que defendam os valores das pessoas, do planeta e do lucro em igual medida. É imperativo que estas regras entrem em vigor sem demora, acompanhadas de um mecanismo de aplicação eficiente para garantir o cumprimento. Atualmente, o Contencioso ESG parece ser o meio escolhido através do qual a humanidade pretende alcançar esta aplicação.

Os impactos dos litígios ESG vão além dos tribunais, pois têm um efeito global. Os litígios ESG estão se tornando cada vez mais um risco estratégico para as empresas e seus conselheiros individuais. As ações legais que podem ser tomadas no contexto de Litígios ESG despertam a atenção da mídia, o que significa que uma empresa corre o risco de danos à reputação e impacto no seu valor de mercado de ações. A este respeito, é provável que vejamos litígios climáticos cada vez mais novos e é importante reconhecer, no contexto da gestão de riscos, que, a longo prazo, a segurabilidade dos sinistros relacionados com o clima e os honorários advocatícios associados (particularmente para empresas com uma grande área ocupada) serão colocados sob pressão.¹⁷⁴ (CMS, 2023, tradução nossa).

Evidencia-se, novamente, a necessidade de utilização de mecanismos que considerem as demandas globais para a resolução de problemas locais, ou regionais. Assim, a adoção dos DBs mostra-se adequada para o cumprimento das exigências impostas pelos comandos ESG e, também, permite que as disputas decorrentes da execução de contratos complexos sejam avaliadas a partir desses conceitos. Em outras linhas, as partes envolvidas nas avenças podem levantar questões relacionadas com ESG (como impactos ambientais, responsabilidades sociais e práticas de governança) ao apresentarem os seus casos para atuação dos DBs na prevenção ou resolução das controvérsias. Desse modo, os princípios ESG podem balizar a avaliação de danos, responsabilidades e cumprimento de metas que envolvam sustentabilidade no contexto de processos de resolução de disputas, especialmente no âmbito da execução dos contratos complexos.

4.2 A aplicação dos princípios da governança aos contratos complexos

É inegável que as organizações, de modo geral, hodiernamente, são instadas a integrarem os aspectos sociais, ambientais e de governança (ESG)¹⁷⁵ na tomada de suas decisões estratégicas.

Afinal, em um ambiente de negócios cada vez mais complexo e incerto, investidores, clientes, consumidores e outras partes interessadas (*stakeholders*)¹⁷⁶ se importam com o

¹⁷⁴ Disponível em: <https://cms.law/en/che/publication/international-disputes-digest-2023-summer-edition/people-planet-profit-balance-an-overview-of-esg-litigation-from-a-global-perspective>. Acesso em: 15 nov. 2023.

¹⁷⁵ Rememora-se que a letra “G” do acrônimo ESG, refere-se à governança.

posicionamento das organizações acerca de sua capacidade de gerar valor compartilhado¹⁷⁷ diante de riscos e oportunidades.

Nesse contexto, avançar na governança e na gestão de riscos tornou-se imperativo às organizações, dada a abrangência de sua atuação e suas externalidades¹⁷⁸, que extrapolam os seus limites internos e reverberam nas demais partes com quem mantém relações, na sociedade em que está inserida e, ainda, em questões que interessam ao planeta.

Nesse viés, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) apoia as boas práticas para uma agenda ESG¹⁷⁹ nas organizações e entende que:

[...] o papel da governança se torna ainda mais relevante para apoiar a estruturação das práticas que suportem a integração das questões ESG de maneira transversal no processo decisório e promover o necessário equilíbrio e alinhamento de interesses entre os agentes de governança e as partes interessadas. Com as suas atribuições de supervisão e zelo do processo decisório, o sistema de governança deve garantir a estabilidade das operações, proteger e construir valor, levando em conta os princípios éticos de transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa, que orientam as ações dos agentes e contribuem para o desenvolvimento sustentável. (IBGC, 2022, p.84).

Portanto, a aplicação dos princípios da governança deve acontecer de modo transversal, exigindo-se, para tanto, uma visão sistêmica de toda a cadeia de valor¹⁸⁰ e suas relações de interdependência. (IBGC, 2022, p. 84).

Assim, como visto alhures¹⁸¹, a governança se faz presente como um conjunto de boas práticas, guiado por vários princípios, que norteiam a ação de uma organização a fim de se obter

¹⁷⁶ O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) esclarece que *stakeholders* (partes interessadas) “em português, as partes interessadas referem-se aos públicos com os quais a organização se relaciona ou têm interesses pertinentes à companhia. São exemplos desses públicos: acionistas, colaboradores, comunidades do entorno, fornecedores, clientes e consumidores, governos, organizações não governamentais, entre outros”. (IBGC, 2022, p. 89).

¹⁷⁷ Segundo o IBGC, valor compartilhado está ligado ao conceito de Michael Porter e Mark Kramer (2011) que “descreve valor compartilhado como a geração de valor econômico que também cria valor para a sociedade, defendendo que os resultados de uma organização empresarial devem andar junto com os benefícios sociais”. (IBGC, 2022, p. 90).

¹⁷⁸ O IBGC entende que as externalidades “consideram os efeitos e resultados das decisões de uma organização e suas atividades que geram benefícios (externalidades positivas) ou impõem custos ou danos (externalidades negativas) a terceiros que não participaram ou influenciaram na decisão ou relação contratual estabelecida, voluntariamente ou não”. (IBGC, 2022, p. 88).

¹⁷⁹ O IBGC entende que “a governança representa a ponte que conecta e viabiliza a inserção da agenda ESG nas instâncias estratégicas e decisórias das organizações” (IBGC, 2022, p. 56).

¹⁸⁰ Segundo o IBGC (2022, p. 87), “o conceito criado por Michael Porter, em 1985, organiza o conjunto de atividades que agregam ou subtraem valor para uma organização e os seus públicos. Inclui desde a concepção de produtos e serviços, a aquisição de matérias-primas, as relações com fornecedores e prestadores de serviços, a produção, comercialização, entrega, e o uso de produtos e serviços por consumidores e clientes. A cadeia alcança, ainda, a fase de pós-consumo. Esse olhar vem evoluindo para uma visão circular e regenerativa, com processos produtivos que se retroalimentam e insumos utilizados por vários ciclos de vida”. (IBGC, 2022, p. 87).

¹⁸¹ No subitem 1.4.1 foi demonstrada a aplicação da governança em contratos administrativos.

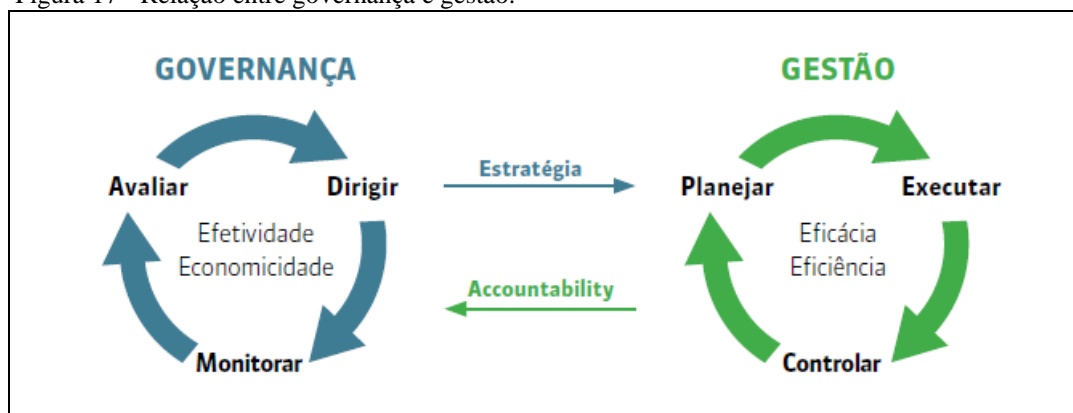
resultado efetivo e, no caso da administração pública, fortalecer a confiança da sociedade na organização (TCU, 2022b, p. 44). Trata-se, portanto, de conceito amplo de governança, aplicado a qualquer organização (pública ou privada).

No caso da administração pública, a governança revela-se como a “aplicação de práticas de liderança, de estratégia e de controle”, que permitem aos líderes da organização, bem como as partes interessadas “avaliar sua situação e demandas, direcionar a sua atuação e monitorar o seu funcionamento, de modo a aumentar as chances de entrega de bons resultados aos cidadãos” (TCU, 2020b, p. 15).

Não se confunde governança e gestão. Governança “é função direcionadora”, portanto relaciona-se com a qualidade do processo decisório, ou seja, com o ato de avaliar, dirigir e monitorar a decisão a ser tomada, fundamentada em evidências e no interesse das partes. Já a gestão diz respeito à “função realizadora”, ou seja, está voltada para o ato de planejar, executar e controlar a implementação da decisão que fora direcionada, com eficácia e eficiência (TCU, 2020b, p. 16-17). Em outras linhas, gestão é a aplicação da governança.

De modo a aclarar essa relação, segue o seguinte quadro demonstrando a simbiose entre governança e gestão:

Figura 17 - Relação entre governança e gestão.



Fonte: TCU (2020b, p. 17).

A governança é fundamental para o processo decisório da alta administração, com vistas ao atendimento dos interesses das partes e consubstanciada em estudos e análises que permitem o bom direcionamento da gestão, guardando relação com a efetividade. Com esse resultado estratégico, a gestão, por sua vez, estará voltada à qualidade da implementação das decisões

estratégicas, pautada no planejamento, execução e controle, buscando, desse modo, a eficácia e eficiência.

Assim, vê-se que a governança na administração pública está voltada à entrega de resultados positivos para os cidadãos, seja na prestação de serviços de qualidade ou, ainda, na concretização de políticas públicas efetivas.

Por certo que a governança organizacional, esse conjunto de boas práticas para atingir um resultado efetivo, eficaz e eficiente, não se restringe tão somente à organização pública, podendo, em verdade, ser aplicada a qualquer organização, como empresas privadas, entidades governamentais, organizações sem fins lucrativos¹⁸², entre outras¹⁸³, incluindo, ainda, organizações não empresariais¹⁸⁴.

Desse modo, pode-se considerar governança organizacional, em sentido amplo, como gênero, do qual outras espécies de governança surgem, como a governança corporativa¹⁸⁵. Nesse pensar, o IBGC¹⁸⁶ (2023, p. 17) define governança corporativa da seguinte forma:

Governança corporativa é um sistema formado por princípios, regras, estruturas e processos pelo qual as organizações são dirigidas e monitoradas, com vistas à geração de valor sustentável para a organização, para seus sócios e para a sociedade em geral. Esse

¹⁸² O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define terceiro setor como um “conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos, por vezes referidos como Organizações da Sociedade Civil (OSCs) ou Organizações Não Governamentais (ONGs), dotados de autonomia e administração própria, que apresentam como função e objetivo principal atuar segundo finalidades de interesse público”. (IBGC, 2022, p. 89). A despeito disso, ressalta-se a definição legal de OSC, que se encontra descrita no inciso I do artigo 2º da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 (Marco Regulatório das OSCs).

¹⁸³ Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) indica que “Organizações de qualquer porte ou natureza jurídica se beneficiam de um sistema governança bem estruturado, que também fará diferença na inclusão e na evolução dos aspectos ESG de modo consistente. Sejam elas companhias listadas ou não listadas em bolsa de valores, sociedades de economia mista, empresas familiares e não familiares, *startups*, estatais ou organizações do terceiro setor, entre outras”. (IBGC, 2022, p. 55).

¹⁸⁴ Apesar dos princípios e práticas de governança terem, *a priori*, sido desenvolvidos para empresas, podem ser adotados por organizações não empresariais (a exemplo das cooperativas e terceiro setor), levando benefícios “por meio do alinhamento de interesses em busca de contribuir para o sucesso da organização e para sua longevidade” (IBGC). Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁸⁵ O termo governança corporativa originou-se do inglês *corporate governance*, surgido na economia anglo-saxônica, com sistema legal baseado na *commom law*. Desse modo, no Brasil, com sistema legal *civil law*, a transposição dos princípios e práticas oriundas da governança corporativa, dada a a carência legislativa, se dá por meio da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), artigo 4º “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (LANCELLOTTI, 2020, p. 214).

¹⁸⁶ “Fundado em 27 de novembro de 1995, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), organização da sociedade civil, é referência nacional e uma das principais no mundo em governança corporativa. Seu objetivo é gerar e disseminar conhecimento a respeito das melhores práticas em governança corporativa e influenciar os mais diversos agentes em sua adoção, contribuindo para o desempenho sustentável das organizações e, conseqüentemente, para uma sociedade melhor”. (IBGC, 2023, p. 3).

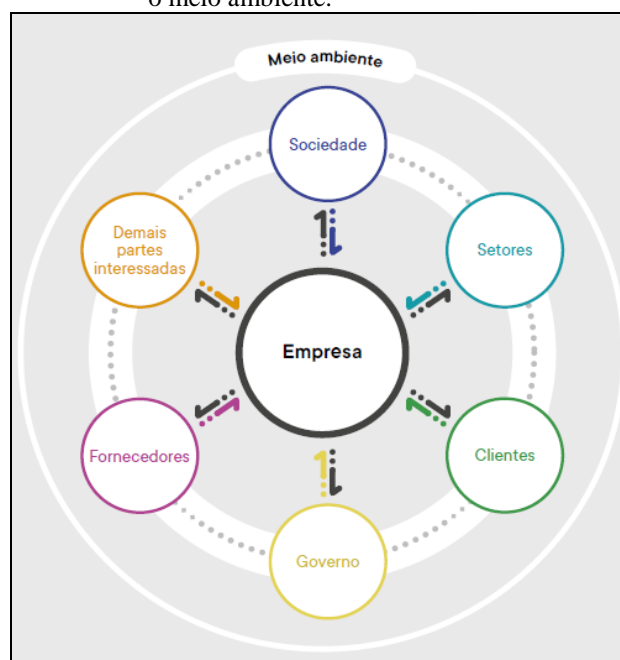
sistema baliza a atuação dos agentes de governança e demais indivíduos de uma organização na busca pelo equilíbrio entre os interesses de todas as partes, contribuindo positivamente para a sociedade e para o meio ambiente. (IBGC, 2023, p. 17).

Vê-se, portanto, que o conceito atual de governança expande o seu foco para além das questões econômicas adstritas à organização e suas partes, interligando-se, também, com a sociedade e meio ambiente, conforme pontua o IBGC (2023, p. 16):

A governança corporativa evoluiu significativamente nos últimos anos, expandindo seu foco da otimização de valor econômico exclusivamente aos sócios para o objetivo de geração de valor compartilhado entre os sócios e as demais partes interessadas. Essa perspectiva contemporânea reconhece a interdependência entre as organizações e as realidades econômica, social e ambiental em que elas estão inseridas. (IBGC, 2023, p. 16).

De modo a demonstrar essa interdependência da empresa com as demais partes interessadas e o meio ambiente, segue a figura abaixo:

Figura 18 - Interdependência da organização com suas partes interessadas, com a sociedade e com o meio ambiente.



Fonte: IBGC (2023, p. 16).

A partir do esboço acima, é possível concluir que a empresa se relaciona com diversos agentes econômicos e outros atores, não se limitando aos seus clientes e fornecedores, mas expandindo a rede de relacionamentos em que governo e sociedade são colocados

diametralmente, todos interagindo com a empresa e entre si, ao mesmo tempo em que afetam e são afetados pelo meio ambiente. A figura demonstra, conquanto, os três aspectos ESG, o ambiental, social e de governança.

Nesse contexto, a governança corporativa assume importante papel no contexto de realização social e ambiental, eis que desenvolvida a partir da e pela empresa. Portanto, é com a sua implementação que as empresas farão frente aos desafios globais relacionados ao desenvolvimento sustentável, com responsabilidade social e alinhamento às demandas da sociedade.

Um dos aspectos relevantes da governança que legitima a sua adoção pelas empresas é que os seus processos partem de premissas de constante revisão e redirecionamento do processo decisório, o que permite a constante reformulação de estratégias conforme as exigências do mercado e da sociedade, incluindo o meio ambiente, que se modificam.

O próprio processo de modificação das estruturas da propriedade conduziu ao desenvolvimento da governança e, conseqüentemente, da gestão de riscos e integridade nas empresas, como pontua Lancelotti (2020, p. 213): “a economia brasileira tem passado por relevantes mudanças na estrutura de propriedade, governança e, notadamente, pelo gerenciamento de riscos com a conseqüente implementação de controles internos e de programas de integridade/conformidade para as empresas”.

A estrutura de domínio e controle dos meios de produção se confundia, no princípio, com o domínio do capital, característica muito específica das empresas familiares ou de um único acionista do início do século XX, condição que permitia e impunha uma gestão centralizada e direta.

Com o crescimento das empresas e a ampliação de suas capacidades de produção, o capital empresarial passou a se dispersar entre mais sócios, com o aumento da quantidade de acionistas. Todavia, a concentração do capital sob o domínio de controladores majoritários gerou distorções no processo decisório, que demandou a separação da tomada de decisões estratégicas da gestão operacional propriamente dita, a fim de garantir transparência e responsabilidade dos gestores perante acionistas e demais partes interessadas.

Assim, a evolução da estrutura de propriedade das empresas exigiu a adoção de práticas de governança corporativa, conforme se verifica na abordagem do tema pelo IBGC:

O modelo de propriedade dispersa expandiu-se inicialmente nos Estados Unidos, devido a aspectos econômicos, culturais e políticos que datam dos anos 1920. Naquele período, o país viveu um momento de prosperidade econômica, consolidando-se como potência mundial. Seu poder de influência na época foi evidenciado pelos efeitos da Crise de 1929, episódio da queda da bolsa de Nova York, que rapidamente atingiram praticamente todos os países do globo, ocasionando graves consequências políticas e sociais.

Na cultura empresarial predominante até aquele momento, os proprietários – um ou alguns indivíduos ou famílias – tinham o poder sobre as decisões administrativas de suas empresas, frequentemente ocupando os mais importantes cargos da gestão. Décadas mais tarde, já no contexto pós-1945 (fim da Segunda Guerra Mundial), a força e o dinamismo da economia dos Estados Unidos apontava rumo à complexidade das organizações empresariais, notadamente para as companhias listadas em bolsa de valores. A partir de então, a estrutura de propriedade dispersa, com ações negociadas no mercado de capitais, tornava-se característica cada vez mais comum entre suas empresas. Paulatinamente, esse tipo de controle passou a caracterizar empresas também em outros países.

A partir do momento em que passou a existir um conjunto disperso de proprietários – ou acionistas – esta interferência direta na empresa tornou-se impraticável, sendo frequentemente privilégio de controladores majoritários que, a exemplo do que ocorria nas empresas familiares, muitas vezes ocupavam a função de presidente do conselho de administração (chairman) e a de principal executivo (ou CEO - Chief Executive Officer), ou optavam pela contratação de gestores profissionais para essa função. (IBGC, 20--)

A problemática decorrente da alteração da estrutura da propriedade, portanto, conduzia ao dilema da agência, relacionada à Teoria do Agente-Principal ou Teoria da Firma, abordada no tópico inicial deste estudo, sendo descrita pelo fato de que os executivos e conselheiros contratados pelos acionistas tendiam a agir de forma a maximizar seus próprios benefícios, agindo, assim, em interesse próprio e não segundo os interesses da empresa, dos acionistas e demais partes interessadas (IBGC, 20--).

Como solução para o dilema descrito, “práticas de monitoramento, controle e ampla divulgação de informações” (IBGC, 20--) originaram o que se denominou governança corporativa. (IBGC, 20--).

Nesse sentido, Bier et al. (2011, p. 59-60) pontuam alguns fatores históricos que contribuíram para o desenvolvimento da governança corporativa no século XX:

O desenvolvimento da governança corporativa no século XX ocorreu a partir de fatores históricos, entre os principais: o advento da ciência da Administração, a ética calvinista, o sistema de sociedade anônima e a doutrina liberal, que proporcionaram o crescimento das organizações e a relação de propriedade sob uma nova ótica. Observou-se, como consequência disto, o desligamento entre a propriedade e a gestão (por meio de seus processos sucessórios), o avanço das sociedades anônimas e o desenvolvimento do mercado de capitais. Esse cenário atribuiu uma nova realidade as organizações por meio do estabelecimento de uma nova relação entre os acionistas (considerados os reais proprietários da organização), o conselho de diretores (responsável pela supervisão dos gestores) e a diretoria executiva (responsável pela gestão da organização).

[...]

A necessidade de uma atenção especial para as questões que envolvem a adoção de boas práticas de governança corporativa teve início na Inglaterra com o objetivo de proteger os interesses de acionistas minoritários de empresas, rapidamente atingindo os Estados Unidos e, atualmente, ganhando força e expandindo para todo o mundo. O motivo primordial da crescente repercussão deste tema foi o acontecimento de vários escândalos envolvendo grandes empresas, que quebraram sem a intervenção do conselho de administração. O tema foi lançado por Robert Monks nos EUA, em 1984, porém o primeiro documento sobre o assunto foi o *Cadbury Report* publicado em Londres, em 1992, totalmente dedicado ao tema. (BIER, et al., 2011, p. 59-60).

Esses fatores¹⁸⁷, repisa-se, culminaram na separação entre a propriedade das empresas e a gestão, impulsionando o crescimento das sociedades anônimas e o desenvolvimento do mercado de capitais. A governança corporativa surgiu, então, como uma abordagem que estabeleceu uma nova relação entre os acionistas (proprietários), o conselho de diretores (supervisão) e a diretoria executiva (gestão) para garantir a transparência, responsabilidade e eficácia na administração das organizações.

Nota-se que a evolução da governança corporativa pode ser vista como um processo contínuo de aprimoramento das práticas de gestão e transparência nas empresas, onde, a partir das discussões e escândalos envolvendo empresas, foram criados códigos de boas práticas e marcos regulatórios, visando garantir a transparência e a responsabilidade das empresas perante seus *stakeholders*¹⁸⁸.

No Brasil, o movimento por boas práticas de governança corporativa ganhou força a partir das privatizações e da abertura do mercado nacional nos anos 1990. Em 1995¹⁸⁹, foi criado o IBGC, com o objetivo de disseminar as melhores práticas de governança corporativa no país

¹⁸⁷ Vale destacar alguns esclarecimentos acerca dos fatores históricos que, segundo o autor, teriam contribuído para o desenvolvimento da governança corporativa: (i) “advento da ciência da Administração”, pois trouxe em seu bojo métodos e teorias que ajudaram a profissionalizar a gestão das organizações; (ii) “ética Calvinista”, pois valorizava a honestidade nos negócios e a responsabilidade individual, sob uma cultura empresarial baseada em princípios éticos; (iii) “sistema de sociedade anônima”, pois permitiu a separação da propriedade das empresas em relação à gestão, propiciando a participação de diversos acionistas e fomentando a profissionalização da gestão e a necessidade de estruturas de governança; (iv) “doutrina liberal” apoiou a ideia de livre mercado e concorrência, incentivando as empresas a adotarem práticas transparentes e eficazes de governança para atrair investidores e garantir o acesso ao mercado de capitais.

¹⁸⁸ Nesse sentido, o IBGC, preocupado com a divulgação de melhores práticas em governança corporativa, lançou em 2023 a 6ª edição do “Código das melhores práticas de governança corporativa”. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/blog/lancamento-sexta-edicao-codigo-melhores-praticas-ibgc>. Acesso em: 20 nov. 2023. Nesse mesmo pensar a OCDE, além de lançar suas diretrizes sobre governança corporativa e diversas publicações a respeito do tema, também promove fóruns mundiais para discussão dessas práticas. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁸⁹ Destaca-se que, em 1995, houve a criação do Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (IBCA) que, em 1999, passou a ser denominado como Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). (IBGC, 20--).

(IBGC, 20--), lançando-se o primeiro Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa em 1999.

Com a atuação da OCDE promovendo fóruns e discussões em âmbito internacional acerca do tema, “diretrizes e princípios internacionais passaram a ser considerados na adequação de leis, na atuação de órgãos regulatórios e na elaboração de recomendações” (IBGC, 20--).

Nos anos 2000, a governança corporativa tornou-se ainda mais relevante após escândalos envolvendo empresas norte-americanas, “desencadeando discussões sobre a divulgação de demonstrações financeiras e o papel das empresas de auditoria”, que resultaram na aprovação, pelo Congresso Norte-Americano, da Lei Sarbanes-Oxley, com o estabelecimento de importantes definições sobre práticas de governança corporativa (IBGC, 20--).

Assim, atualmente, a governança corporativa é vista como um fator essencial para a sustentabilidade e a longevidade das empresas. A adoção de boas práticas de governança pode resultar em um clima de confiança tanto internamente quanto nas relações com terceiros, além de contribuir para a criação de valor de longo prazo para a empresa e seus *stakeholders*.

Vale destacar, nesse sentido os princípios básicos da governança corporativa, tendentes a apoiar o desempenho favorável das empresas na direção da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável:

[1] **Integridade:** praticar e promover o contínuo aprimoramento da cultura ética na organização, evitando decisões sob a influência de conflitos de interesses, mantendo a coerência entre discurso e ação e preservando a lealdade à organização e o cuidado com suas partes interessadas, com a sociedade em geral e com o meio ambiente.

[2] **Transparência:** disponibilizar, para as partes interessadas, informações verdadeiras, tempestivas, coerentes, claras e relevantes, sejam elas positivas ou negativas, e não apenas aquelas exigidas por leis ou regulamentos. Essas informações não devem restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os fatores ambiental, social e de governança. A promoção da transparência favorece o desenvolvimento dos negócios e estimula um ambiente de confiança para o relacionamento de todas as partes interessadas.

[3] **Equidade:** Tratar todos os sócios e demais partes interessadas de maneira justa, levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas, como indivíduos ou coletivamente. A equidade pressupõe uma abordagem diferenciada conforme as relações e demandas de cada parte interessada com a organização, motivada pelo senso de justiça, respeito, diversidade, inclusão, pluralismo e igualdade de direitos e oportunidades.

[4] **Responsabilização (*accountability*):** desempenhar suas funções com diligência, independência e com vistas à geração de valor sustentável no longo prazo, assumindo a responsabilidade pelas consequências de seus atos e omissões. Além disso, prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, cientes de que suas decisões podem não apenas responsabilizá-los individualmente, como impactar a organização, suas partes interessadas e o meio ambiente.

[5] Sustentabilidade: zelar pela viabilidade econômico-financeira da organização, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e operações, e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, natural, reputacional) no curto, médio e longo prazos. Nessa perspectiva, compreender que as organizações atuam em uma relação de interdependência com os ecossistemas social, econômico e ambiental, fortalecendo seu protagonismo e suas responsabilidades perante a sociedade. (IBGC, 2023, p. 18-19).

Os princípios podem ser aplicados a qualquer tipo de organização, independentemente do tamanho, natureza jurídica ou estrutura de capital, “formando o alicerce sobre o qual se desenvolve a boa governança”¹⁹⁰ (IBGC, 2023, p. 18).

Com esse foco e apoiado nos princípios básicos de governança corporativa (integridade, transparência, equidade, responsabilização e sustentabilidade), o IBGC em 2020 propôs a Agenda Positiva de Governança^{191 192} com “medidas para uma governança que inspira, inclui e transforma”, direcionada aos “principais líderes das organizações: sócios, acionistas, conselheiros e executivos”, para que as empresas e demais organizações assumam “papel de protagonista na resposta às aspirações humanas, que vão além dos resultados econômicos e financeiros” (IBGC, 2020).

Para tanto foram indicadas 15 medidas para uma maior coesão dos princípios basilares da governança corporativa, a saber:

1. Garantir com atitudes e medidas de conscientização que líderes e colaboradores fundamentem suas decisões na identidade da organização (propósito, missão, visão, valores e princípios) e compreendam como seus comportamentos diários impactam a organização e a sociedade.
2. Integrar os seis pilares da Agenda Positiva de Governança (ética e integridade; diversidade e inclusão; ambiental e social; inovação e transformação; transparência e prestação de contas; e conselhos do futuro) ao propósito, à cultura organizacional e aos modelos de negócio e de geração de valor.

¹⁹⁰ Pode-se conceituar “boa governança”, tomando por base o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa (IBGC, 2023), como o conjunto de práticas amparadas nos princípios da governança, tendentes a, demonstrando o comprometimento da empresa, “alinhar interesses; prevenir, mitigar e tratar conflitos; e gerar valor tangível e intangível para todas as partes interessadas, considerando os impactos na economia, sociedade e meio ambiente” (IBGC, 2023, p. 12). Há demonstração de intenção por parte da empresa em “melhorar o processo decisório, o desempenho, a reputação, o retorno econômico e a longevidade de suas operações” (IBGC, 2023, p. 12).

¹⁹¹ A Agenda foi divulgada no 21º Congresso IBGC, em novembro de 2020. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/blog/agenda-positiva-pilares>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁹² A agenda sugere medidas a serem tomadas pelos líderes, apoiadas em seis pilares, a saber: (1) ética e integridade; (2) diversidade e inclusão; (3) ambiental e social; (4) inovação e transformação; (5) transparência e prestação de contas; e (6) conselhos do futuro.

3. Zelar para que os relacionamentos da organização com seus colaboradores, clientes, fornecedores, sócios e demais partes interessadas sejam baseados nos mais sólidos princípios de integridade, principalmente naqueles relacionamentos entre o público e o privado.
4. Identificar e divulgar ao mercado indicadores e a justificativa econômica (*business case*) para a adoção de práticas ligadas às questões ambientais, sociais e de governança corporativa.
5. Contribuir para a elaboração de leis, regulações, políticas públicas e padrões que estimulem as organizações a adotar melhores práticas em relação a questões sociais, ambientais e de governança corporativa.
6. Estimular o mercado e o consumo de produtos e serviços sustentáveis por meio de investimento em inovação, pesquisa e desenvolvimento.
7. Promover abertura a novos modelos de decisão baseados na experimentação, adotando instrumentos que permitam maior tomada de riscos na inovação.
8. Fortalecer o esforço de inovação por meio de parcerias com centros de estudos e academia e do fomento ao empreendedorismo e ao ecossistema de startups.
9. Capacitar pessoas para que a organização se desenvolva em um novo contexto de negócios: mais íntegro, transparente, sustentável, diverso e inovador.
10. Adotar os princípios básicos da governança corporativa nas atividades que devem nortear a gestão e o diálogo da organização com as partes interessadas.
11. Evidenciar a forma como a organização gera valor ao longo do tempo, por meio da divulgação de informações integradas de natureza econômico-financeira, social, ambiental e de governança corporativa com igual nível de qualidade e confiabilidade.
12. Garantir que as informações divulgadas sejam comunicadas, tanto para o público interno quanto para o externo, de forma completa, clara e concisa, considerando a percepção das partes interessadas sobre os impactos causados pela organização.
13. Implantar processos seletivos e programas de incentivo que reconheçam e desenvolvam líderes empáticos – que demonstrem capacidade de escuta ativa, vontade de servir, liderança horizontal, colaboração e abertura ao dissenso.
14. Criar um ambiente de confiança e segurança psicológica para que as pessoas possam divergir entre si, reportar erros e irregularidades, manifestar dúvidas e preocupações e oferecer suas contribuições abertamente.
15. Constituir um programa de diversidade e inclusão com alocação de recursos financeiros e pessoas dedicadas a pôr em prática um plano com ações intencionais para ampliar a diversidade e fomentar a cultura inclusiva na organização, bem como no conselho de administração. (IBGC, 2020).

Nessa direção, a governança corporativa, orientada pelos seus princípios basilares e sustentada nos pilares da “Agenda Positiva de Governança” busca, além da otimização do lucro da empresa, a geração de valor compartilhado entre os sócios e as partes interessadas, refletindo, portanto, aspectos de eficiência e efetividade que extrapolam a dinâmica de atuação isolada para considerar todos os agentes econômicos que, em conjunto, contribuirão para o desenvolvimento sustentável (econômico, social e ambiental) da empresa e da rede que a sustenta.

Aplicar a governança à realidade dos contratos, conquanto, importa considerar a visão do Contrato sob o prisma de seu objeto, ao invés de enxergá-lo sob o ângulo isolado dos interesses das partes (contratante/contratado).

Obviamente, a fase inicial de negociação do objeto, precedente à formalização do instrumento jurídico, orientada pelos pressupostos e requisitos da legalidade e da boa-fé, constitui o momento de se estabelecer o equilíbrio entre as partes por meio dos valores a serem avençados, das obrigações a serem assumidas, dos riscos a serem alocados por cada uma delas, enfim, de todas as regras privadas que comporão o negócio jurídico como um todo.

Todavia, a partir do momento em que o contrato ganha forma, com o estabelecimento e delimitação do seu objeto, os interesses na concretização da avença extrapolam o campo privado e ganham importância para a coletividade como um todo, eis que o pressuposto inicial da ordem econômica, aplicado aos negócios empresariais, é assegurar a todos uma existência digna sob os ditames da justiça social.

Além disso, considerando, especialmente, o contexto de desenvolvimento de contratos complexos, o impacto da avença sobre terceiros, como fornecedores, subcontratados, trabalhadores, comerciantes locais etc, impõe às partes o dever solidário de diligência na consecução do objeto contratado.

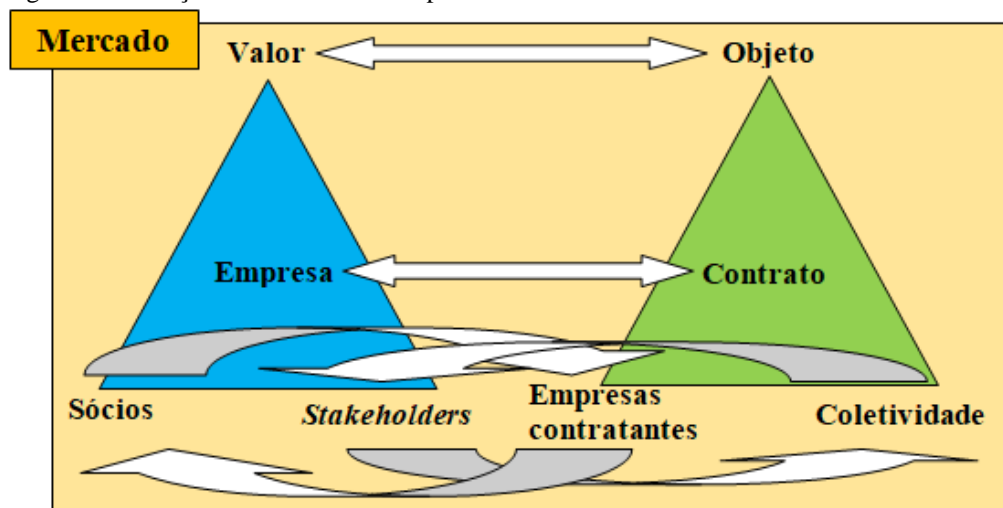
O contrato privado, uma vez celebrado, ganha relevância pública, merecendo, portanto, ser orientado pelos princípios e pilares da governança organizacional corporativa.

As partes contratantes transcendem a relação negocial que pressupunha, inicialmente, interesses contrapostos, com obrigações recíprocas relacionadas ao valor a ser auferido por cada uma delas, para, por meio da cooperação, almejarem, ao final, a materialização do objeto.

Pode-se dizer que o Contrato, nesse sentido, é um microcosmo da realidade da empresa, o macrocosmo, que junto a outros agentes econômicos, compõe o universo do Mercado. Permite-se, nessa direção, o paralelismo entre empresa, sócios e partes interessadas e contrato, partes contratantes e coletividade.

Para simplificar esse pensamento, apresenta-se o seguinte diagrama:

Figura 18 - Relação entre contrato e empresa no mercado.



Fonte: Autora.

Viu-se, anteriormente, que Governança corporativa “é um sistema formado por princípios, regras, estruturas e processos pelo qual as organizações são dirigidas e monitoradas, com vistas à geração de valor sustentável para a organização, para seus sócios e para a sociedade em geral” (IBGC, 2023, p. 17).

Portanto, a governança aplicada ao contrato, ou governança contratual, pode ser entendida como o mesmo sistema de governança corporativa, formado por princípios, regras, estruturas e processos, pelo qual a execução do objeto contratual é dirigida e monitorada com vistas à geração de valor sustentável para as partes contratantes, para as partes interessadas (subcontratados, empregados, fornecedores, comerciantes locais etc) e para a sociedade em geral.

Da mesma forma, o “sistema baliza a atuação dos agentes de governança e demais indivíduos de uma organização [no caso dos contratos, tratam-se dos gestores, das empresas contratantes e seus colaboradores], na busca pelo equilíbrio entre os interesses de todas as partes, contribuindo positivamente para a sociedade e para o meio ambiente” (IBGC, 2023, p. 17).

A busca pelo equilíbrio, nesse sentido, deve considerar os interesses tanto dos contratantes como das partes interessadas e da própria sociedade em geral, sob o aspecto social, econômico e ambiental. Trata-se da aplicação do conceito relativo ao “ótimo de Pareto”¹⁹³ na busca pelo equilíbrio eficiente entre os interesses público e privado e o custo de execução do

¹⁹³ Vide p. 57 deste estudo.

contrato, todos tracionados ao ponto em que os interesses devem ser atendidos e alinhados a valores que superem o custo de execução.

É essa dimensão, a da eficiência que se traduz em efetividade a partir do equilíbrio e da satisfação dos interesses¹⁹⁴, que é atendida pelos DBs, na medida em que tal instituto representa a aplicação de mecanismos efetivos de direção, monitoramento e controle da execução contratual a partir de um órgão técnico colegiado que pode interferir quando há distensões nas relações de equilíbrio e desenvolvimento do contrato.

4.3 Os *Dispute Boards* como mecanismos de governança contratual: a materialização da função social dos contratos

Como visto o DB é uma estrutura interna do contrato integrada por pessoas designadas em conjunto pelos contratantes, destinado a emitir pareceres de cunho orientativo ou decisório acerca de alguma controvérsia suscitada durante a execução contratual.

Como se trata, normalmente, de um organismo interno colegiado e especializado, com afinidade técnica em relação ao objeto contratado, as manifestações tendem a considerar a realidade fática constatada pelo próprio colegiado, que atua a partir de visitas técnicas, acompanhamento de documentos contábeis, relatórios de desenvolvimento contratual e outras ações.

Sua atuação não é ancorada nem limitada às argumentações das partes contratantes, pois o DB, especialmente aquele constituído desde a celebração do contrato e do início da execução, pode e deve atuar proativamente na busca de informações que subsidiem qualitativamente seus pareceres técnicos, sejam eles vinculativos ou não.

Por isso, a ação permanente dos DBs, especialmente em contratos complexos, é uma medida de reorientação e reequilíbrio constante da execução contratual que, assim como a governança corporativa, busca concretizar mecanismos de avaliação, direção e monitoramento para a tomada de decisões e realização por meio da gestão.

Em outras palavras, pode-se dizer que o DB é uma importante ferramenta de governança contratual e, por isso, é medida de concretização da própria função social do contrato, eis que

¹⁹⁴ Tal como visto sobre o índice de eficiência do DB (E_{db}), p. 173 deste estudo.

atua na direção do interesse de todos os envolvidos, sejam as empresas contratantes, os *stakeholders*, demais partes interessadas e a sociedade em geral, especialmente em contratos de grande valor social agregado, característica típica dos contratos complexos¹⁹⁵.

Se o DB é uma ferramenta de aplicação da governança no âmbito dos contratos e tem por medida de eficiência o equilíbrio entre os interesses privado e público e os custos de execução, é apto a concretizar, ao mesmo tempo, os objetivos empresariais e o objeto contratual, constituindo, portanto, relevante mecanismo de realização da responsabilidade social, na dinâmica ESG.

Por isso, tende a entregar valor sustentável e a retroalimentar virtuosamente o ciclo de desenvolvimento da empresa, que atua por meio de contratos, que entregam valores sustentáveis, que atendem os interesses de todos os interessados e da sociedade em geral, agregando mais valor econômico à empresa e, reforçando o ciclo com o DB, voltando a entregar valor sustentável por meio dos contratos e assim sucessivamente.

Nesse diapasão, portanto, é possível concluir que o DB é um mecanismo da governança contratual que, além de materializar a função do social do contrato, permite a concretização da responsabilidade social das empresas contratantes, eis que, ao constituir estrutura interna da avença, tem condições de alinhar o processo de realização do objeto contratado às dinâmicas sociais, ambientais e econômicas.

Aliás, tal é a relevância sob o aspecto da concretização da responsabilidade social pelos DBs que se permite inferir a necessidade de regramento estatal para, especialmente, reconhecer e valorar suas deliberações, a fim de dinamizar a relação contratual, potencializando a função social do contrato e reforçando o valor na realização efetiva do objeto contratado, tal como ocorreu com o instituto da arbitragem no início de sua implementação.

Nesse sentido, destaca-se o paralelismo do DB com o instituto da arbitragem.

Como já observado, o DB constitui uma ferramenta de prevenção e solução de disputas que eventualmente ocorram no curso do desenvolvimento do contrato. Todavia, apesar de serem possíveis deliberações vinculativas, os méritos desses atos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, bastando que haja a iniciativa de uma das partes em acionar a jurisdição.

¹⁹⁵ Pode-se citar como exemplo a construção de um hospital, um shopping center, um centro universitário, o desenvolvimento de pesquisa científica para aprimoramento tecnológico na área da saúde, ou mesmo industrial etc.

Mesmo a perda do prazo regimental para apresentar discordâncias em relação às orientações ou decisões do DB [lembre-se que, normalmente, após a emissão de um parecer, há um período estabelecido para que a parte discordante apresente suas razões para tanto, como medida precedente à jurisdição arbitral ou estatal] não é uníssono o posicionamento de que tal ponto pode constituir mecanismo decadencial.

Também não é viável juridicamente, diante da atual concepção dos DBs, o estabelecimento de uma espécie de cláusula compromissória, assim como é na arbitragem, pois não há suporte legal para tanto.

Nessa direção, vale ressaltar que uma das motivações para a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, foi o fato de à época, inexistir previsão legal para a cláusula compromissória arbitral que era inserida nos contratos para permitir a solução de divergências por meio de árbitros, o que tornava a ferramenta de resolução de controvérsias “letra morta, verdadeiro pacto sem maior efeito senão o de gerar perdas e danos [...]”, sendo que, “por outro lado, a necessidade de fazer homologar, obrigatoriamente, todo e qualquer laudo arbitral pelo Poder Judiciário suprime [suprimia] duas das mais importantes vantagens deste meio alternativo de solução de controvérsias, a saber, o sigilo e [especialmente] a celeridade”¹⁹⁶.

O Poder Legislativo, na ocasião, já entendia que as necessidades da sociedade não eram mais satisfeitas pelo ordenamento até então aplicável à solução das controvérsias, demandando a atuação para além da jurisdição estatal, como mecanismo auxiliar na distribuição da justiça.

A arbitragem, portanto, passou a permitir a atuação de profissionais igualmente imparciais e independentes, especialmente em matéria técnica, indicados pelas próprias partes, destinados a resolverem as controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, de forma mais célere e sigilosa.

Nesse passo, as necessidades contemporâneas da sociedade pós-moderna passaram a indicar o tempo das soluções como um dos grandes fatores vinculativos de valor. O valor das coisas foi relativizado em relação ao bem propriamente dito, passando-se a considerar o tempo como fator de agregação de valor. Assim, o bem tem mais valor tanto quanto ele proporciona mais liberdade de realizações no tempo.

¹⁹⁶ Cf. a justificação do Projeto de Lei do Senado nº 78, de 1992, que deu origem à Lei de Arbitragem, em 1996.

Portanto, as soluções mais céleres dos litígios passaram a ser demandadas pela sociedade, mesmo no contexto de aplicação do instituto da arbitragem.

Note-se que a dinâmica de aplicação da arbitragem exige a discussão das controvérsias em ambiente externo ao contrato. Não é da natureza do juízo arbitral o acompanhamento da execução de um contrato, pois ela não é contratual. Tal qual a jurisdição estatal, o juízo arbitral é demandado após a instalação do litígio. Seu diferencial é o tempo de resolução das disputas, menor que os períodos despendidos pelo Estado.

Há distanciamento do juízo arbitral em relação à demanda propriamente dita, o que, igualmente, não viabiliza decisões mais próximas da realidade da execução de um contrato.

Assim, o cenário que se verifica na atualidade é, mantidas as proporções relacionadas aos períodos históricos, o mesmo que se observava quando a lei de arbitragem foi apresentada ao Poder Legislativo federal: a necessidade de soluções mais técnicas e rápidas para as divergências em direitos patrimoniais disponíveis. A diferença é que esse cenário foi recrudescido.

Nesse universo, os DBs representam a ferramenta adequada para atender tais necessidades sociais, entretanto, assim como na arbitragem, exigem o reconhecimento normativo para além do contrato, mas sem afastamento da natureza contratual, com a edição de uma lei que estabeleça o regramento e o valor dos pareceres técnicos.

Com essa consideração uma vez materializada, a função social do DB estaria efetivamente estabelecida a partir de dispositivo legal, reconhecedor da natureza contratual do Instituto, ao mesmo tempo em que haveria sua consolidação como meio capaz de promover a governança e a responsabilidade social da empresa enquanto instituição.

Em razão disso, e por fim, sugere-se a iniciativa de lei que busque a regulamentação dos DBs, apresentando-se, nesse sentido, uma proposta de minuta inicial de projeto de lei com tal escopo.

4.4 Uma proposta inicial de regramento normativo para os *Dispute Boards*

Como abordado anteriormente, identificou-se a necessidade de fortalecimento do DB como instituto a ser concretamente reconhecido pelo ordenamento jurídico, especialmente o privado.

Além disso, a força vinculante dos pareceres deliberativos e o estabelecimento de referenciais mínimos de validade jurídica do instituto também carecem da coatividade normativa, para que haja maior estabilidade e segurança jurídica nas resoluções dos DBs.

Por esse motivo, a edição de uma lei federal regulamentadora é uma medida necessária para materializar a dinâmica do DB e sua eficiência na execução dos contratos que tenham estabelecido tal estrutura para a resolução das controvérsias.

É com essa visão que o estudo buscou sedimentar uma proposta de projeto de lei, cuja minuta se apresenta após as considerações a seguir.

Antes de tudo, deve-se ponderar que a normalização deve estabelecer efetivamente o objeto alcançado, que é mais restrito do que aquele sedimentado na arbitragem. Nela o objeto é o conflito decorrente de disputas relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis; nos DBs o alcance se limita aos conflitos decorrentes da execução de contratos empresariais e administrativos, campo mais restrito dos direitos patrimoniais disponíveis.

Ainda em relação ao alcance da lei, entende-se que seria ideal a especialização normativa direcionada a contratos complexos, no entanto a variabilidade e incompletude referencial e, até mesmo conceitual, dessa característica poderia esvaziar a norma. Por esse motivo, a manutenção no texto legal dos gêneros contratuais empresarial e administrativo como áreas de atuação do DB é mais adequada.

Outro aspecto distinto a ser condicionado no texto da lei proposta é o reconhecimento das partes contratantes, ao avençarem a atuação do DB, do dever subjetivo de concretizarem o objeto contratado como o resultado eficiente da realização da dimensão social do contrato como consequência da aplicação dos princípios da governança e da gestão de riscos e de integridade.

Por isso, fica estabelecido, também, o dever das partes de colaborar amplamente com o desenvolvimento dos trabalhos dos DBs, com o fornecimento de informações, documentos, concessão de acessos para a realização de diligências e auditorias, além dos acompanhamentos próprios das atividades dos comitês.

Nesse sentido, observa-se que a ofensa a esse dever de colaboração, desde que demonstrada e comprovada, constitui infração grave e sujeita o infrator aos efeitos da deliberação adjudicatória com força de título executivo, eis que equivale à confissão da culpa.

Deve-se pontuar, nesse alinhamento, que a ação do DB não é jurisdicional nem arbitral, motivo pelo qual o texto legal proposto considera título executivo somente os pareceres que não

tenham sido contraditados pela parte interessada no prazo decadencial estabelecido ou convencionalmente, abrindo-se campo para a judicialização somente nessas hipóteses, inobstante o fato de que as deliberações adjudicatórias são de conteúdo obrigacional até a resolução definitiva de eventual litígio.

Por outro lado, entende-se que, uma vez instalado o Comitê de Resolução de Disputas para a solução de alguma controvérsia contratual, a atuação jurisdicional ou arbitral deve aguardar a concretização e o resultado desse trabalho, motivo pelo qual tal circunstância, segundo a proposta, constitui uma condição de procedibilidade da ação contenciosa, exceto se o litígio tratar de concessão de medida de urgência ou cautelar, desde que o DB não tenha sido constituído. Se o DB já estiver atuando, entretanto, o pedido deverá ser direcionado ao Comitê de Resolução de Disputas, que deliberará sobre a cautelaridade ou a urgência.

Quanto aos prazos, entende-se que, por tratarem da estabilidade e da segurança contratual e das deliberações do DB, devem ser decadenciais e mais comprimidos do que aqueles condicionados na arbitragem, salvo se forem convencionalmente diferenciados pelos contratantes.

Assim, a materialização do DB no contrato, segundo o texto legal proposto, ocorre com a formalização do que se denominou “cláusula de resolução de disputas”, requisito legal para a atuação dos DBs, tal qual a cláusula compromissória, ou o compromisso arbitral, para a arbitragem.

Quanto à composição dos Comitês de Resolução de Disputas, assim como na arbitragem, qualquer pessoa capaz poderá integrá-lo, desde que o número de integrantes seja ímpar, para que se garanta a definição de um resultado com maioria definida, cabendo o desempate ao presidente, admitindo-se, todavia, a constituição do DB por apenas um integrante.

Destaca-se, também, que a norma proposta estabelece o caráter técnico dos Comitês de Resolução de Disputas, cujos integrantes devem, além de terem a confiança das partes, conhecimento na área em que versar a controvérsia ou o objeto contratual, sendo que, no caso de a controvérsia relacionar-se a questões de direito, ao menos um integrante, preferencialmente o presidente do DB deverá ser advogado com habilitação ativa na Ordem dos Advogados do Brasil.

Além disso, ficam definidas a imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, assim como na arbitragem, como deveres de procedimento do membro do Comitê de Resolução de Disputas, que se equipara à categoria dos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Nessa senda, seguindo o paralelismo normativo da arbitragem, o controle de integridade dos membros dos Comitês de Resolução de Disputas segue as regras de impedimento e suspeição aplicadas a magistrados.

Outro ponto a ser ressaltado é que os atos que dependam da participação do Poder Judiciário, requeridos pelos Comitês de Resolução de Disputas, deverão ser solicitados por meio de remessa de carta diligencial, guardando-se a equiparação com a carta arbitral, no caso da arbitragem.

É importante, na mesma direção, frisar que os requisitos e os casos de nulidade dos pareceres deliberativos dos Comitês de Resolução de Disputas encontram-se definidos conforme os dispositivos inseridos na lei de arbitragem.

Os pareceres deliberativos estrangeiros também foram objeto de regulação no âmbito do texto legal proposto. Nele, somente os atos adjudicatórios são alvo de reconhecimento e imposição, desde que, assim como na arbitragem, haja homologação pelo Superior Tribunal de Justiça e sejam equivalentes às decisões definidas na proposta de lei e atendam os parâmetros referenciais nela estabelecidos.

Por fim, o projeto de lei proposto indica a revogação, alteração e acréscimo de dispositivos no Código de Processo Civil, sendo estabelecido um período de vacância de 60 (sessenta) dias para que a vigência legal aconteça.

A seguir, portanto, apresenta-se a minuta da proposta do projeto de lei, dispondo sobre os Comitês de Resolução de Disputas:

PROJETO DE LEI Nº , DE 2024

Dispõe sobre os Comitês de Resolução de Disputas.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I**Disposições Gerais**

Art. 1º. As empresas, assim como a administração pública direta e indireta, poderão valer-se de Comitês de Resolução de Disputas para tratar conflitos relativos à execução de contratos empresariais ou administrativos.

Parágrafo único. As disposições desta Lei aplicar-se-ão aos contratos administrativos subsidiariamente à legislação específica que trate de Comitês de Resolução de Disputas na administração pública.

Art. 2º. Para os efeitos desta lei, Comitês de Resolução de Disputas são estruturas técnicas preferencialmente colegiadas, podendo ser singulares, constituídas em conformidade com as cláusulas contratuais, cujo objetivo é o gerenciamento, prevenção e solução de controvérsias na condução de contratos empresariais ou administrativos.

§ 1º. A premissa de atuação dos Comitês de Resolução de Disputas e das partes contratantes é a assunção do dever subjetivo de concretizar o objeto contratado, como resultado eficiente da realização da dimensão social do contrato a partir da aplicação dos princípios da governança e da gestão de riscos e integridade.

§ 2º. A continuidade do contrato até o atingimento de seu objeto e a obediência ao cronograma de execução previamente estabelecido devem ser perseguidas, prevenindo-se a paralização ou a suspensão da execução contratual, salvo se essa for a medida excepcional mais adequada para a solução da controvérsia e cuja decisão ou recomendação incumbe ao Comitê de Resolução de Disputas, quando acionado.

Art. 3º. As deliberações dos Comitês de Resolução de Disputas, a critério das partes e de acordo com as disposições do contrato, serão objeto de parecer deliberativo de natureza adjudicatória, com caráter vinculativo e obrigatório, ou recomendatória, hipótese em que o

caráter vinculante será reconhecido somente se a recomendação não for contraditada no prazo decadencial de 5 (cinco) dias ou no prazo estabelecido contratualmente.

§ 1º. As deliberações vinculativas e obrigatórias, assim como as deliberações recomendatórias não contraditadas, desde que não sejam objeto de litígio proposto tempestivamente em juízo arbitral ou perante o Poder Judiciário, constituirão título executivo.

§ 2º. A deliberação adjudicatória obriga as partes, independentemente de qualquer manifestação de discordância, até a resolução definitiva do eventual litígio tratado por meio de arbitragem ou pelo Poder judiciário.

§ 3º. Nas deliberações adjudicatórias, a mora será constituída desde a notificação da decisão inicial, ou da decisão final se houver revisão e modificação do que fora deliberado inicialmente pelo Comitê de Resolução de Disputas.

§ 4º. Nas deliberações recomendatórias, a mora será constituída desde o decurso do prazo decadencial para a contradita ou de sua apresentação tempestiva.

§ 5º. Nos casos em que houver contradita tempestivamente apresentada, quando não houver mais possibilidade de revisão, a controvérsia poderá ser alçada pela parte prejudicada a instância jurisdicional estatal ou arbitral, nos termos do contrato, no prazo decadencial de 15 (quinze) dias contado da deliberação final do Comitê de Resolução de Disputas.

§ 6º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 7º. Poderão, também, as partes convencionar que a atuação dos Comitês de Resolução de Disputas se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, respeitada a premissa estabelecida no § 1º do artigo 2º desta Lei.

§ 8º. A instalação e atuação dos Comitês de Resolução de Disputas poderá se dar permanentemente, desde o início da execução contratual, estendendo-se até a finalização das obrigações pactuadas, admitindo-se, todavia, o acionamento “ad hoc”, relacionado a controvérsias pontualmente verificadas.

Art. 4º. As deliberações proferidas pelos Comitês de Resolução de Disputas não se sujeitam a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, salvo nas hipóteses estabelecidas nesta Lei.

CAPÍTULO II

Da Cláusula de Resolução de Disputas e seus Efeitos

Art. 5º. As partes interessadas podem submeter a solução de suas controvérsias no âmbito da execução de contratos empresariais ou administrativos a Comitês de Resolução de Disputas mediante convenção clausular específica.

Art. 6º. A cláusula de resolução de disputas é a convenção através da qual as partes em um contrato empresarial ou administrativo comprometem-se a submeter ao Comitê de Resolução de Disputas as controvérsias que surgirem relativamente a tal contrato, desde que objetivamente suscitadas pela parte interessada.

Parágrafo único. A cláusula de resolução de disputas deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Art. 7º. Reportando-se as partes, na cláusula de resolução de disputas, às regras de algum órgão institucional ou entidade especializada, o Comitê de Resolução de Disputas será instituído e processado de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecerem na própria cláusula, ou em outro documento, a forma para a sua instituição e seus procedimentos.

Art. 8º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir o Comitê de Resolução de Disputas, as partes poderão, a qualquer tempo, aditar o instrumento contratual para estabelecer as regras para tal, assim como eleger os procedimentos para o desenvolvimento dos trabalhos.

Parágrafo único. A submissão de controvérsias contratuais aos Comitês de Resolução de Disputas será compulsória e exigível unilateralmente em relação à outra parte somente a partir da formalização do contrato e desde que suscitada a controvérsia pela parte interessada.

Art. 9º. Uma vez instituído o Comitê de Resolução de Disputas, as partes têm o dever de colaborar com o desenvolvimento dos trabalhos, fornecendo informações e documentos, concedendo acessos para a realização de diligências, auditorias e acompanhamentos pertinentes à execução do contrato ou à resolução de controvérsias suscitadas, também, atendendo a convocações para prestar depoimentos, comparecer a reuniões e outros atos demandados pelo Comitê de Resolução de Disputas.

§ 1º. A dissolução do Comitê de Resolução de Disputas ou a revogação da cláusula de resolução de disputas será possível somente pela via consensual e mediante formalização de novo acordo, sem o qual permanecem hígidas todas as condições previamente estabelecidas em contrato ou outro instrumento que a ele se refira.

§ 2º. A obstrução dos trabalhos do Comitê de Resolução de Disputas ou a não colaboração objetiva, desde que demonstradas e comprovadas, constituem infrações graves e equivalem à confissão da culpa, sujeitando a parte infratora aos efeitos decorrentes da deliberação adjudicatória do Comitê, sem direito à revisão ou contradita, relativamente à matéria objeto da obstrução ou não colaboração.

Art. 10. A concretização dos trabalhos do Comitê de Resolução de Disputas até a apresentação tempestiva da contradita pela parte interessada relativamente à deliberação exarada constitui condição de procedibilidade do procedimento arbitral ou da ação judicial que verse sobre a matéria objeto da controvérsia suscitada.

§ 1º. A submissão de controvérsia contratual a Comitê de Resolução de Disputas suspende o curso do procedimento arbitral ou da ação judicial que verse sobre a mesma controvérsia, até que o Comitê de Resolução de Disputas emita o parecer deliberativo.

§ 2º. O recurso ao Poder Judiciário será admitido no caso do “caput” somente antes de ser instituída a arbitragem, se houver cláusula compromissória.

§ 3º. Para a concessão de medida cautelar ou de urgência, quando, igualmente, a controvérsia ainda não tenha sido suscitada no âmbito do Comitê de Resolução de Disputas, será admitido o recurso ao Poder Judiciário, observando-se o seguinte:

I – caberá ao Comitê de Resolução de Disputas, depois de instalado, manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário;

II – se a controvérsia relacionada à cautelaridade ou urgência já tiver sido suscitada, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente ao Comitê de Resolução de Disputas.

CAPÍTULO III

Da Composição do Comitê de Resolução de Disputas

Art. 11. Qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, pode integrar o Comitê de Resolução de Disputas.

§ 1º. O Comitê de Resolução de Disputas será composto sempre em quantidade ímpar, estabelecendo-se, preferencialmente, uma estrutura colegiada, com, ao menos 3 (três) membros, admitindo-se, todavia, a estrutura singular, composta, somente, por 1 (um) membro.

§ 2º. Os membros do Comitê de Resolução de Disputas serão nomeados em conformidade com as disposições estabelecidas em contrato ou regulamento por ele referido, estando impedidos de atuar aqueles que tenham, com as partes ou com a controvérsia que lhes for submetida, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil, observando-se as seguintes regras gerais:

I - as pessoas indicadas para compor o Comitê de Resolução de Disputas têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência;

II – cabe à parte interessada, nos termos do inciso anterior, a recusa de pessoa indicada para integrar o Comitê de Resolução de Disputas;

III – o indicado para compor o Comitê de Resolução de Disputas tem o dever de declarar-se impedido ou suspeito, nos termos do “caput”.

§ 3º. O Comitê de Resolução de Disputas deverá ser eminentemente técnico, composto por profissionais que, além de terem a confiança das partes, possuam conhecimento na área em que versar a controvérsia ou o objeto do contrato empresarial ou administrativo.

§ 4º. Quando a controvérsia versar, também, sobre questões de direito, ao menos 1(um) integrante, preferencialmente o presidente do Comitê de Resolução de Disputas, deverá ser advogado com habilitação ativa na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 5º. No desempenho de sua função, o membro do Comitê de Resolução de Disputas deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Art. 12. Os integrantes de Comitês de Resolução de Disputas, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

CAPÍTULO IV

Dos Procedimentos dos Comitês de Resolução de Disputas

Art. 13. Os Comitês de Resolução de Disputas obedecerão ao procedimento estabelecido pelas partes na cláusula de resolução de disputas, que poderá reportar-se às regras de algum órgão

institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio Comitê de Resolução de Disputas a regulação do procedimento.

§ 1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao Comitê de Resolução de Disputas discipliná-lo.

§ 2º. Serão, sempre, respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do membro do Comitê de Resolução de Disputas e de seu livre convencimento.

§ 3º. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento de resolução de disputas.

§ 4º. Competirá ao Comitê de Resolução de Disputas, durante todo o procedimento, buscar a solução consensual da controvérsia, atuando preventivamente em relação à sua litigiosidade.

Art. 14. Considera-se instituído o Comitê de Resolução de Disputas quando aceita a nomeação de seus membros pelas partes, ato formal que deverá ser subscrito, registrado e autuado por todos, contratantes e membros nomeados.

Art. 15. O Comitê de Resolução de Disputas, no exercício de suas funções, tem o poder de convocar reuniões, requisitar documentos, realizar diligências, tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício, sempre registrando e autuando os atos realizados.

§ 1º. O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos membros do Comitê de Resolução de Disputas.

§ 2º. Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o Comitê de Resolução de Disputas levará em consideração, ao deliberar, o comportamento da parte faltosa, aplicando o disposto no § 2º do art. 9º; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência de cláusula de resolução de disputas.

§ 3º. A revelia da parte não impedirá que seja exarada a decisão do Comitê de Resolução de Disputas, que aplicará, conforme o caso, o disposto no § 2º do art. 9º.

Art. 16. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do membro do Comitê de Resolução de Disputas, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da cláusula de resolução de disputas, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que puder se manifestar, após a instituição do Comitê de Resolução de Disputas.

§ 1º. Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o membro do Comitê de Resolução de Disputas substituído nos termos estabelecidos em contrato ou regulamento por este referido, reconhecida a incompetência do Comitê de Resolução de Disputas, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da cláusula de resolução de disputas, poderão as partes recorrerem ao órgão do Poder Judiciário competente para exercer a jurisdição.

§ 2º. Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento o procedimento de resolução da disputa, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 24 desta Lei, ou nos casos em que for apresentada tempestivamente a contradita do parecer deliberativo pela parte interessada.

Art. 17. O prazo para prolação do parecer deliberativo pelo Comitê de Resolução de Disputas é de 5 (cinco) dias contado a partir da última diligência demandada, inadmitindo-se inércia por igual período no curso do procedimento de resolução de disputas, sendo que a decisão final deverá ser emitida em até 60 (sessenta) dias da formalização da controvérsia pela parte interessada.

Parágrafo único. Os prazos estabelecidos poderão ser dispostos de modo diverso na cláusula de resolução de disputas ou em regulamento referido pelo respectivo contrato, admitindo-se, também, a repactuação no curso do procedimento de resolução de disputas.

CAPÍTULO V

Da Carta Diligencial do Comitê de Resolução de Disputas

Art. 18. O Comitê de Resolução de Disputas, por meio de seu presidente, poderá expedir carta diligencial para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo Comitê de Resolução de Disputas.

Parágrafo único. No cumprimento da carta diligencial será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na cláusula de resolução de disputas.

CAPÍTULO VI

Do Parecer Deliberativo

Art. 19. A decisão do Comitê de Resolução de Disputas será expressa em documento escrito que constituirá o parecer deliberativo de natureza adjudicatória ou recomendatória.

§ 1º. Quando forem vários os integrantes do Comitê de Resolução de Disputas, a decisão será tomada por maioria.

§ 2º. O membro que divergir da maioria poderá declarar seu voto em separado.

Art. 20. São requisitos obrigatórios do parecer deliberativo:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo da controvérsia;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e, se o caso, de direito;

III - o dispositivo, em que o Comitê de Resolução de Disputas resolverá as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso;

IV - a data e o lugar em que foi proferido.

Parágrafo único. O parecer deliberativo será assinado por todos os membros do Comitê de Resolução de Disputas, cabendo ao presidente, na hipótese de um ou alguns dos membros não poder ou não querer assiná-lo, certificar tal fato.

Art. 21. Se, no curso do procedimento de resolução de disputas, as partes chegarem a acordo quanto à controvérsia, o Comitê de Resolução de Disputas registrá-lo-á em termo, por todos assinado, autuando-o junto aos demais documentos produzidos e registrando-o em seu parecer deliberativo.

Art. 22. Proferido o parecer deliberativo, dá-se por findo o procedimento de resolução de disputas, devendo o Comitê de Resolução de Disputas enviar cópia da decisão às partes, mediante comprovação de recebimento, ou entregando-a diretamente, mediante recibo.

Art. 23. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal do parecer deliberativo, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao Comitê de Resolução de Disputas que:

I - corrija qualquer erro material;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

§ 1º. O Comitê de Resolução de Disputas decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará o parecer deliberativo e notificará as partes na forma do art. 22.

§ 2º. No prazo decadencial de 5 (cinco) dias, a parte interessada poderá contraditar o parecer deliberativo final recomendatório do Comitê de Resolução de Disputas para que, pretendendo, ingresse com processo judicial ou arbitral no prazo decadencial de até 15 (quinze) dias.

§ 3º. No caso da emissão de parecer deliberativo adjudicatório final, o prazo decadencial para que a parte interessada judicialize a controvérsia é de 15 (quinze) dias, observando-se a necessária contradita prévia.

Art. 24. É nulo o parecer deliberativo se:

I - for nula a cláusula de resolução de disputas;

II - emanou de quem não podia integrar o Comitê de Resolução de Disputas;

III - não contiver os requisitos do art. 19 desta Lei;

IV - for proferido fora dos limites da cláusula de resolução de disputas;

V - comprovado que foi proferido por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VI - proferido fora do prazo; e

VII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 13, § 2º, desta Lei.

Art. 25. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade do parecer deliberativo, precedido de manifestação de discordância, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º. A demanda para a declaração de nulidade do parecer deliberativo, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 15 (quinze) dias após o recebimento da notificação do respectivo parecer deliberativo, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade do parecer deliberativo, nos casos do art. 24, e determinará, se for o caso, que o Comitê de Resolução de Disputas profira nova decisão.

§ 3º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de parecer deliberativo, se o Comitê de Resolução de Disputas não decidir toda a controvérsia suscitada, desde que observado o procedimento descrito no art. 23.

CAPÍTULO VII

Do Reconhecimento e Execução de Pareceres Deliberativos Adjudicatórios Estrangeiros

Art. 26. O parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro será reconhecido ou executado no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro aquele que tenha sido proferido fora do território nacional por órgão ou estrutura regularmente instituída com as mesmas finalidades definidas nesta Lei.

Art. 27. Para ser reconhecido ou executado no Brasil, o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro deverá ser homologado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Art. 28. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro, no que couber, o disposto nos arts. 960 a 965 do Código de Processo Civil.

Art. 29. A homologação de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 319 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original do parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II – a versão original do contrato que contenha a cláusula de resolução de disputas ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 30. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro quando a parte demonstrar que:

I - as partes contratantes eram incapazes;

II - a cláusula de resolução de disputas não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro foi proferido;

III - tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV – o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro foi proferido fora dos limites da cláusula de resolução de disputas, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida ao Comitê de Resolução de Disputas;

V - a instituição do Comitê de Resolução de Disputas não está de acordo com a cláusula de resolução de disputas ou seu regulamento;

VI – o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro não se tenha, ainda, tornado obrigatório para as partes, tenha sido anulado, ou, ainda, tenha sido suspenso por órgão judicial do país onde foi prolatada.

Art. 31. A homologação para o reconhecimento ou a execução do parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto da controvérsia não é suscetível de ser resolvido por Comitê de Resolução de Disputas;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da notificação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da cláusula de resolução de disputas ou da lei processual do país onde se realizou o Comitê de Resolução de Disputas, admitindo-se, inclusive, a notificação pela via postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 32. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

CAPÍTULO VIII

Disposições Finais

Art. 33. Os arts. 3º, § 1º, 69, § 1º, 189, inciso IV, 260, § 3º, 267, “caput”, 337, inciso X e §§ 5º e 6º, 485, inciso VII, 1.015, inciso III, 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 3º.....

§ 1º. É permitida a arbitragem e a resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas em contratos empresariais, na forma da lei."

"Art. 69.....

§ 1º. As cartas de ordem, precatória, arbitral e diligencial seguirão o regime previsto neste Código."

"Art. 189.....

IV - que versem sobre arbitragem ou resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral ou diligencial, desde que a confidencialidade estipulada seja comprovada perante o juízo."

"Art. 260....."

§ 3º. A carta arbitral e a carta diligencial atenderão, no que couber, aos requisitos a que se refere o 'caput' e serão instruídas com a convenção de arbitragem ou o contrato que contenha a cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas e com as provas da nomeação do árbitro ou do membro do Comitê de Resolução de Disputas e de sua aceitação da função."

"Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória, arbitral ou diligencial, devolvendo-a com decisão motivada quando:

....."

"Art. 337....."

X – convenção de arbitragem e cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas;

.....

§ 5º. Excetuadas a convenção de arbitragem, a cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem ou de cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral ou Comitê de Resolução de Disputas."

"Art. 485....."

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou de cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas ou quando o juízo arbitral ou o Comitê de Resolução de Disputas reconhecer sua competência "

"Art. 1.015....."

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem ou de cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas;"

Art. 34. O art. 237 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 237....."

V – diligencial, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação formulado por Comitê de Resolução de Disputas, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória."

Art. 35. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 36. Ficam revogadas as disposições que contrariem o estabelecido nesta Lei.

CONCLUSÃO

O tema central desta Tese foi o estudo dos *Dispute Boards* (DBs) e sua função social refletida a partir da prevenção e da solução de conflitos empresariais em contratos complexos.

O problema de pesquisa levantado, nesse sentido, foi a habilidade dos DBs em cumprir uma função social efetiva ao prevenir e solucionar conflitos em contratos empresariais complexos, dado que tais avenças são sujeitas a diversas variáveis que se traduzem em risco para a satisfação final do contrato, pois, na mesma direção, constituem vetores de instalação de conflitos na medida em que os eventos negativos materializam os riscos considerados ou não na formatação do instrumento contratual.

Assim, foi necessário contextualizar o papel das empresas no mercado e as relações contratuais estabelecidos entre os agentes econômicos, em especial entre as empresas em si, eis que a dinâmica dos contratos empresariais complexos pressupõe, além da exposição a riscos e variáveis de difícil previsibilidade, alto valor agregado e a interdependência entre diversos parceiros coligados por meio de relações contratuais auxiliares do objeto principal.

O contrato assume o papel de agente materializador da atividade empresarial, criando a riqueza, sendo que o emaranhado das relações jurídicas contratuais entre os agentes econômicos identifica o mercado. Logo, a eficiência do mercado relaciona-se diretamente com sua aptidão a propiciar o atingimento dos objetivos da República brasileira, estabelecida a partir de contratos igualmente eficientes sob o aspecto normativo interno, a ponto de estabelecer condições do desenvolvimento completo do objeto avençado.

Não se deve olvidar o fato de que o mercado está exposto a um ambiente dinâmico e complexo que sofre a influência de diversos fatores, como crises econômicas, questões geopolíticas etc.

Em razão desse potencial de exposição do mercado, a regulação estatal para que haja o direcionamento à realização dos objetivos fundamentais da República brasileira, prevenindo-se falhas e orientando ao desenvolvimento sustentável, redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza é necessária, afastando-se a ideia de autorregulação por meio de uma normatividade natural.

Portanto, a ordem constitucional impõe a regulação do mercado com o fim de assegurar existência digna a todos, sob os ditames da justiça social, fundando-se, especialmente, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

A atividade empresarial, conquanto, é ponto chave de desenvolvimento da economia capitalista brasileira que, ao mesmo tempo, repousa sobre o princípio da função social da propriedade.

A empresa, nesse sentido assume e desenvolve duas funções, uma econômica, voltada à produção e circulação de riquezas, pautada especialmente no lucro, e uma social, que se direciona aos interesses da coletividade e dos terceiros afetados pela atividade empresarial.

A ideia da empresa como um conjunto de contratos que são estabelecidos para organizar a atividade econômica, busca a redução de custos de transação no mercado e permite sua compreensão sob ângulos distintos, a partir do empresário, da atividade empresarial, do patrimônio aziendal e sob o aspecto institucional, ou corporativo.

Também, os negócios empresariais, mormente aqueles que tratam de execução contínua ou de realização diferida, de alto custo, de execução prolongada, que sofrem a interferência de diversos fatores externos, expostos a riscos muitas vezes não previstos, de difícil previsibilidade ou, se previstos, de afetação imensurável, constituem características que permitem qualificar os contratos celebrados nessas realidades como complexos. Tal complexidade, como se viu, é potencializada em razão do grau de incompletude dos instrumentos contratuais e demanda o tratamento adequado das controvérsias que surgem durante a execução dos objetos pactuados.

A redução dos mecanismos de revisão contratual, tratados pela Teoria da Imprevisão, do Caso Fortuito e da Força Maior, da Onerosidade Excessiva e da Lesão não permitem a realização efetiva das necessidades verificadas ao longo do desenvolvimento das avenças complexas, conduzindo a solução das controvérsias de modo polarizado: pela resolução do contrato ou pela possibilidade de readequação.

Todavia, esse direcionamento, na visão da Análise Econômica do Direito, não torna a relação negocial eficiente, exigindo, portanto, o desenvolvimento de mecanismos que propiciem soluções técnicas, para além dos polos externados: resolução x revisão; deve-se considerar a empresa, o contrato em si, os terceiros envolvidos e impactados, a capacidade técnica de avaliação dos eventos impactantes e todos os demais aspectos que circundam e afetam a concretização do objeto pactuado.

Por isso, a simplificação da atividade empresarial focada no lucro não é a visão mais adequada da empresa, pois devem ser levados em consideração diversos outros aspectos, como os interesses das partes interessadas, da sociedade em geral, dos colaboradores e demais agentes que, de algum modo, afetam ou são afetados pela empresa.

Nasce, com essa compreensão, a ideia de que a eficiência da empresa, e portanto dos contratos, guarda uma relação direta com a responsabilidade social corporativa, que, sob a visão do lucro e da geração de riquezas, constitui um fator de agregação de valor sustentável.

Mas, como visto, o dever de atendimento da função social não se encontra sob os auspícios do detentor da propriedade na empresa, mas do controlador dos bens de produção, o que, de maneira equivalente, permite inferir que é a gestão contratual, realizada pelos representantes das partes contratantes, em cooperação, que se responsabilizam pela função social do contrato.

Não é, portanto, a contraposição de interesses nos contratos, mas a cooperação na execução do objeto contratado que representa a eficiência para todos os interessados, em especial as partes contratantes, eis que tal postura diminui os custos econômicos das transações.

Trata-se, diante disso, de uma questão relacionada à governança, cujo objetivo é a garantia de transparência, responsabilidade e eficiência no gerenciamento das relações contratuais/empresariais, mas com foco na preservação dos interesses de todas as partes, considerando mecanismos de controle e monitoramento associados com a maximização de riqueza e bem-estar social a partir da potencialização das liberdades individuais, com a manutenção do *status* colaborativo.

O eixo de equilíbrio, destarte, encontra-se exposto a questões contingenciais e éticas, muitas vezes afloradas pela postura defensiva ou gananciosa de uma parte em relação à outra, especialmente quando há desequilíbrio gerado por alguma contingência não prevista. Sob esse aspecto, evidencia-se a necessidade da adoção de medidas corretivas para a manutenção da eficiência do contrato.

Nesse contexto, o referencial obtido especialmente a partir da edição da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos incorporou a governança contratual e seus princípios, com a adoção de medidas de gestão de riscos e controles internos à execução dos contratos administrativos, admitindo, nesse contexto, o estabelecimento de comitês de resolução de

disputas para tratar e prevenir divergências contratuais que, se não observadas, podem conduzir ao atraso ou à paralisação do contrato.

A gestão de riscos relaciona-se diretamente à prevenção de conflitos contratuais que, em contratos complexos, tendem à litigiosidade e ampliam, antagonicamente, o potencial de atrasos e paralisações. Assim, soluções que viabilizem a continuidade da execução do contrato ao mesmo tempo que permitam a discussão, solução e prevenção de eventuais divergências, são medidas de eficiência que devem ser implementadas.

A judicialização do conflito contratual também esbarra em outro aspecto que potencializa negativamente a execução do contrato, qual seja a falta de especialização da Justiça na área de contratos empresariais, denotando, mais uma vez, a necessidade de tratamento dos conflitos a partir de uma estrutura interna, coexistente com o próprio contrato.

Nessa realidade os DBs são os organismos estruturais aptos a atuarem na proximidade da execução contratual, conhecendo as contingências dos contratos e recomendando correções e realinhamentos para mitigar riscos e, conseqüentemente, prevenir conflitos.

A principal finalidade do Instituto é a contribuição direta para que o contrato seja executado regularmente no tempo e, se possível, nas condições inicialmente previstas, mitigando ou minimizando o risco causado pelas divergências contratuais, decorrentes de externalidades, tendentes a impactar o cumprimento das obrigações das partes em razão de conflitos que se instalam por não serem devidamente tratados.

Nesse esteio, a aplicação das modalidades de DB, recomendatória, adjudicatória ou mista, permite o tratamento escalonado dos conflitos contratuais em consonância com a consensualidade das partes contratantes, externada com a formalização de cláusula de instalação do DB (Cláusula de Resolução de Disputas por meio de Comitês de Resolução de Disputas).

Deve-se ponderar, também, que, quanto ao tempo, o DB permanente (a despeito do DB *ad hoc*), instalado desde a celebração do contrato, é a modalidade mais apta a prevenir o conflito, pois atua desde o início da execução e tem condições de identificar e prever riscos, propiciando, portanto, a manutenção do equilíbrio e a continuidade contratual.

Na mesma direção, a colegialidade típica do DB (apesar de se admitir a atuação de um único profissional) associada à capacitação técnica dos membros, que são escolhidos pelas partes, permitem maior qualidade e confiança nas decisões tomadas.

Do mesmo modo, os referenciais normativos dos DBs identificados permitem ressaltar o estabelecimento do prazo decadencial das decisões vinculativas e das recomendações, o que possibilita maior segurança jurídica ao mitigar a judicialização da matéria que não fora objeto de contradita no momento convencionado, todavia esse posicionamento não é uníssono, admitindo-se a discussão do mérito das questões pelo Poder Judiciário.

De qualquer forma, a eficiência contratual que se permite ser atingida pelos DBs, como visto, pode ser medida ao se comparar a quantificação dos interesses individuais e coletivos na execução do objeto e os custos de sua execução, entendendo-se como ótima a relação em que os interesses superam os custos, o que pode ser viabilizado a partir da atuação proativa do DB.

Tais modos de atuação representam, na verdade, a manifestação dos mecanismos da governança contratual e, ao propiciarem a execução do objeto contratado, dirimindo e prevenindo conflitos, demonstram a realização da função social, especialmente por considerar aspectos sociais, econômicos e ambientais nos realinhamentos possíveis de serem concretizados a partir da emissão de pareceres técnicos deliberativos.

Verificou-se, também, que a celeridade das decisões e orientações atendem a demanda social contemporânea, referenciada na pós-modernidade e na valoração do tempo, condições que, igualmente, permitiram associar o Instituto da arbitragem ao DB, especialmente em relação à rapidez na atuação e à tecnicidade das interferências, condições que, relacionadas à função social, imprimem a necessidade de amplificar e valorar o DB e suas decisões por meio de regulamentação legal, principalmente com o fim de legitimar o efeito vinculativo, potencializando a segurança jurídica na execução dos contratos e o fator de eficiência dos DBs.

Destarte, considerando o paralelismo entre a arbitragem e os DBs, foi elaborada uma proposta inicial de um projeto de lei federal, tendo como referencial a própria lei de arbitragem e os regulamentos das instituições especializadas, com o fito de, uma vez demonstrada a relevância e havendo interesse político, inaugurar o processo legislativo a fim de sedimentar os Comitês de Resolução de Disputas como estruturas aptas a atuarem na prevenção e solução de controvérsias contratuais, especialmente em contratos complexos, com segurança jurídica e satisfação da dimensão econômica e social desses negócios jurídicos.

Por fim e ao cabo, é de se concluir que os DBs constituem mecanismos eficientes de governança contratual e materializam a função social do contrato a partir da atuação preventiva e voltada à solução dos conflitos nos contratos empresariais complexos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Os futuros da empresa. In: JORGE, André Guilherme Lemos; CALÇAS, Manoel de Queiros Pereira; LUCCA, Newton; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota (Org.). *Coletânea da atividade negocial*. São Paulo: Universidade Nove de julho, UNINOVE, 2020, p. 49-55.

ALMEIDA, Henrique. Israel x Hamas: desdobramentos do conflito preocupam comércio mundial de petróleo. In: *Canal Rural*, 19 out. 2023. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/economia/israel-x-hamas-desdobramentos-do-conflito-preocupam-comercio-mundial-de-petroleo/>. Acesso em: 20 out. 2023.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Teoria geral dos contratos*. Belo Horizonte: Expert, 2021.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol 7, ano 3, p. 117-144. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 2016. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/issue/view/10>. Acesso em: 10 jun. 2023.

ANDRADE, Rodrigo. Países se articulam para diminuir a dependência das cadeias globais de suprimento de chips. In: *INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA): Centro de Pesquisa em Ciência, Tecnologia e Sociedade*, 28 abr. 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/348-paises-se-articulam-para-diminuir-dependencia-das-cadeias-de-suprimento-globais-de-semicondutores>. Acesso em: 12 out. 2023.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.8 n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set.2011, p. 103 – 135.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945.

ASQUINI, Alberto. Profili Dell'impresa. In *Revista Del Diritto Commerciale*. Gennaio-febraio, 1943. Anno XLI. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1943. Trad. COMPARATO, Fábio Konder. In: *Revista de Direito Mercantil, Comercial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez. 1996, n. 104, p. 109-126.

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL (ATLAS, 2020). Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/>. Acesso em: 12 nov. 2023.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos. *Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa – 20 anos*. Brasília, DF: STJ, 2009. p. 334- 351.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal Estar na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BAUMANN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BELO HORIZONTE. *Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020*. Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Poder Legislativo. Diário Oficial Da Cidade de Belo Horizonte, 20 jun. 2020.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: Silveira, Vladimir Oliveira da; Mezzaroba, Orides. (org.). *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2. p. 198

BENACCHIO, Marcelo. A ordem econômica constitucional e o exercício da atividade empresarial In: Jorge, André Guilherme Lemos . Dezem, Renata Mota Maciel. Et al (Coord). *Direito empresarial: estruturas e regulação*. Vol. 2, 2018, p. 235-253.

BENACCHIO, Marcelo. Empresa e direitos humanos. In: JORGE, André Guilherme Lemos; CALÇAS, Manoel de Queiros Pereira; LUCCA, Newton; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota (Org.). *Coletânea da atividade negocial*. São Paulo: Universidade Nove de julho, UNINOVE, 2020, p. 24-28.

BENACCHIO, Marcelo. CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. Função e responsabilidade social na sociedade empresarial: convergências e divergências. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 119-148, jul/dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16342/8019>. Acesso em: 10 out. 2023.

BIRNBAUM, Pierre. *Tratado de Sociologia*. [Trad.] CURVELO, Teresa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: KLEIN, Vinícius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BORDA, Guillermo A. *Manual de contratos*. 14. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. In: *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. Brasília. v. 2, n.1, p. 27-45. Jan/Jun. 2016.

BRASIL. *Objetivos de desenvolvimento do milênio*. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/o-brasil-e-os-odm> . Acesso em: 2 nov. 2023.

CABRAL, Sandro. *Terceirização de processos industriais sob a ótica da economia dos custos de transação*. 2002. Dissertação (Mestrado em Administração). Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAIRNS, David J. A.; MADALENA, Ignacio. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.3, n.10, p. 179-189, jul-set, 2006.

CALABRESI, Guido. *The future of Law and Economics*. New Haven and London: Yale University Press, 2016.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. A ordem econômica e a especialização das varas em matéria empresarial. In: Jorge, André Guilherme Lemos . Dezem, Renata Mota Maciel. Et al (Coord). *Direito empresarial: estruturas e regulação*. Vol. 2, 2018, p. 209-234.

CÂMARA BRASILEIRA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CBMA). *Regulamento de Dispute Board-2019 (Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas-CPRD)*. Disponível em: <https://cbma.com.br/dispute-boards/regulamento-de-dispute-boards/>. Acesso em 2 out. 2023.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC). CENTRO INTERNACIONAL DE ADR. *Regulamento relativo aos Dispute Boards*: em vigor desde 1º de outubro de 2015, com os novos apêndices em vigor desde 1º de outubro de 2018. Paris: ICC, 2022.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CCMA). CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO/ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CIESP/FIESP). *Regulamento Dispute Boards*. São Paulo:

CIESP/FIESP, 2018. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/regulamento.html>. Acesso em: 26 ago. 2023.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CCMA). CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO/ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CIESP/FIESP). *Tabela de Custas e Honorários dos Membros*. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/tabela-custas.html>. Acesso em: 19 set. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 2.421, de 2021*. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, 2021.

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE (CMBH). *Justificativa do Projeto de Lei nº 388 de 2017*. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-proposicoes/projeto-de-lei/388/2017>. Acesso em: 6 set. 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO (CMSP). *Justificativa do Projeto de Lei nº 577, de 2017. São Paulo, 2017*. Disponível em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/justificativa/JPL0577-2017.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA (CMS). *Projeto de Lei Ordinária nº 008/2020*. Disponível em: <http://www.camarasorocaba.sp.gov.br/materia.html?id=215965>. Acesso em 9 set. 2023.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan.-jun. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASCAES, Amanda Celli. *Análise Econômica dos Contratos Incompletos*. RJLB, Ano 3, nº 1: Rio Grande do Sul, 2017.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. In: A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CBMA) Disponível em: <https://cbma.com.br/dispute-boards/clausulas-de-dispute-boards/>. Acesso em 20 ago. 2023.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). Regulamento 2018. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/regulamento-2018/>. Acesso em: 3 out. 2023.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). *Tabela de despesas 2019*: Tabela de despesas do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/tabela-de-despesas-2019/>. Acesso em: 14 set. 2022.

CHARRETT, Donald. *The Commercial Value of Dispute Boards under FIDIC Contracts*. *Turkish Commercial Law Review*, <Londres, v.1, nº3, p. 205-2018, out.2015).

CHER, Cyril. *Cher on Dispute Boards: Practice and Procedure*. 3ª ed. Nova Iorque: Informa Law firm Routledge, 2015.

CMS law-tax-future (CMS, 2023). Disponível em: <https://cms.law/en/che/publication/international-disputes-digest-2023-summer-edition/people-planet-profit-balance-an-overview-of-esg-litigation-from-a-global-perspective>. Acesso em: 15 nov. 2023.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Contratos*. 1. ed. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

COELHO Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS (CPTM). Contrato de Concessão N° 02/2021. Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das linhas 8 - diamante e 9 - esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. São Paulo, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 63, p.71-79, jul./set. 1986.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *I Jornada de Direito Civil*. Org.: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Brasília: CJF, 2002.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *IV Jornada de Direito Civil*. Org.: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Brasília: CJF, 2007.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *VIII Jornada de Direito Civil: enunciados aprovados*. Coord.: ARAÚJO, Raul. Brasília: CJF, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em números 2022*. Brasília: 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 27 abr. 2023.

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). *Varas empresariais devem absorver processos de contratos, diz juíza*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/vara-empresariais-absorver-processos-contratos-juiza>. Acesso em: 6 nov. 2023.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). Relatório de avaliação: levantamento de obras paralisadas – Dezembro/2019 – Grupo de Trabalho para Governança de Investimentos em Infraestrutura – Exercício 2020. Brasília: CGU, 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRETILLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da Administração Pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 103, p. 16-32. [s.l.]:FGV, 1971.

DE LUCCA, Nentow. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. *A universalidade do juízo da recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira; OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. Os reflexos da interpretação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, nº 50, p. 123-141, Julho-Agosto 2019.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION (DRBFa). *Dispute Board Concept*. Disponível em: <https://www.drb.org/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION (DRBFb). *Histórico do processo Dispute Board e do DRBF*. Disponível em: <https://drbf.memberclicks.net/history#EisenhowerProject>. Acesso em: 20 ago. 2023.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION (DRBFc). *Perguntas frequentes sobre o Conselho de Disputas*. Disponível em: <https://drbf.memberclicks.net/db-faqs>. Acesso em 15 set. 2023.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION (DRBFd). *Sobre nós*. Disponível em: <https://drbf.memberclicks.net/about-us>. Acesso em 20 ago. 2023.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da função social da empresa à responsabilidade social. In: Marques, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; Renata Mota Maciel Dezem; Paula A. Forgioni, et al (Coord). *Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito: homenagem ao Professor Newton de Lucca*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 473-504.

DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. *Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) nos contratos da Administração Pública*. São Paulo: Almedina, 2022.

EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric. A.; ZECKHAUSER, Richard. Simplicity and complexity in contracts. *Chicago Working Papers in Law and Economics*, University of Chicago, Coase-Sandor Institute for Law and Economics, The Law School, n. 93. , 2000. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/453/. Acesso em: 11 set. 2022.

ESTADÃO. Guerra na Ucrânia impacta agro e preços de alimentos no Brasil. São Paulo: *Summit AGRO*, 4 mar. 2022. Disponível em: <https://summitagro.estadao.com.br/comercio-exterior/guerra-na-ucrania-impacta-agro-e-precos-de-alimentos-no-brasil/>. Acesso em: 13 out. 2023.

ESTEVES, João Luiz Martins. Cidadania e judicialização dos conflitos sociais. *Revista de Direito Público*, Londrina, v.1, n. 2, p.41-54, maio/ago. 2006.

FARACO, Alexandre Diztel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, nº 1, jan. a mar., 2003.

FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE ENGENHEIROS E CONSULTORES (FIDIC). *Design-Build and Turnkey 1 st Ed (1995 Orange Book)*. Disponível em: <https://fidic.org/books/design-build-and-turnkey-1st-ed-1995-orange-book>. Acesso em 15 jun. 2023.

FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE ENGENHEIROS E CONSULTORES (FIDIC). *Golden Principles*. Genebra, 2019.

FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE ENGENHEIROS E CONSULTORES (FIDIC). *História*. Genebra: [s.n.]. Disponível em: <https://fidic.org/history>. Acesso em: 10 jun. 2023.

FERNANDES, Alexandre Cortez; *Direito Civil: Contratos*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

FICI, Antônio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

FIGUEIREDO, Luciano L.; LIMA FIGUEIREDO, Roberto. *Direito Civil: Parte Geral*. 5. ed. v. 10. *Coleção Sinopses para concursos*. Coord.: GARCIA, Leonardo de Medeiros. Salvador: JusPodivm, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. 30 anos de Direito Ambiental constitucional: a consolidação do Direito Ambiental brasileiro em proveito da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Eletrônica OAB/RJ*. Edição Especial – Direito Ambiental, 2017. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabRJ.org.br>. Acesso em: 14 nov. 2023.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 44, n. 139, jul-set, 2005.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. In *Revista de Direito Ambiental e Sociedade*, v.7, nº 2, 2017.

FREITAS ROSA, Luis Fernando de. Contratos incompletos e infraestrutura: uma perspectiva entre direito e economia na análise de contratos complexos e de longo prazo. *Simetria – Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, São Paulo, ano VIII, n. 10, p. 188-217, 2022.

FRISCHTAK, Cláudio R.. *Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas*. Brasília-DF: Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GARCIA, Fernando. Texto introdutório do livro: Pareto, Vilfredo. *Manual de economia política*. Trad. De João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. Gómez-Ibáñez. *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*. Harvard University Press, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 7. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 1. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HERCULANO, Selene. *Em busca da boa sociedade*, Niterói: EdUFF, 2006.

HERNÁNDEZ-GARCÍA, Roberto. *Why Dispute Boards are an excellent dispute-resolution tool during the COVID-19 crisis*. Chicago: American Bar Association TM, 3 ago. 2020. Disponível em:

https://www.americanbar.org/groups/construction_industry/publications/under_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/. Acesso em: 10 out. 2022.

HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A Era das revoluções, 1789-1848*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC, 2020). *Agenda Positiva de Governança*. Disponível em: <https://www.agendapositivadegovernanca.com/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC, 2022). *Boas Práticas para uma Agenda ESG nas organizações*. São Paulo, SP: IBGC 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 6. ed. São Paulo: IBGC, 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC, 20--). *Governança corporativa*. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 20 nov. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC, 2016). *Governança da família empresária: conceitos básicos, desafios e recomendações*, 2016.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). *ISO 31000:2018: Risk management: guidelines*. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:en>. Acesso em: 10 nov. 2022.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. In: *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*, v. 145, p. 44-49, Editora Malheiros, jan./mar. 2007.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà. *L'ordine giuridico del mercato*. 2 ed. Roma: Laterza, 2004, pp. 111-120.

IRTI, Natalino. Direito e Economia. *Revista de Direito Privado*. v. 16 n. 62 abr./jun. p. 13. 2015.

JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Rio Grande do Sul: Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

KAHNEMAN, Daniel; tradução Cássio de Arantes Leite. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar* - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da Decadência*. 4. ed. Atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LIMA, Lucas Henrique; VERDE, João Irineu Miranda. Análise econômica dos direitos de propriedade intelectual no marco da ciência, tecnologia e inovação. In: *Economic Analysis of law review*. v. 9, nº 3, p. 17-29, set./dez. 2018.

LIMA, Isabel Arruda Matheos. O papel desempenhado pelas instituições na Análise Econômica do Direito, considerações para a busca de eficiência na intervenção do Estado na economia. In: *Revista, Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 83, n.1, 2011

MAF. *Design-build*: tudo o que você precisa saber sobre esse tipo de contrato. Disponível em: <https://www.mafeng.com.br/design-build-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-esse-tipo-de-contrato/>. Acesso em 12 jul. 2023.

MAILLART, Adriana Silva; NORBERTO, Natalia Aparecida. A Mediação como garantia de eficiência da solução de controvérsias no âmbito empresarial. In: Marques, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; Renata Mota Maciel Dezem; Paula A. Forgioni, et al (Coord). *Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito*: homenagem ao Professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 1267-1281.

MARASCO, Gherardo. *La rinegoziazione del contratto* Strumenti legali e convenzionale a tutela dell'equilibrio negoziale. [S. l.]: Cedam, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MARQUES, Samantha R. Meyer-Pflug; POSSATO, Karim Regina Nascimento. Função econômica da empresa. In: JORGE, André Guilherme Lemos; CALÇAS, Manoel de Queiros

Pereira; LUCCA, Newton; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota (Org.). *Coletânea da atividade negocial*. São Paulo: Universidade Nove de julho, UNINOVE, 2020, p. 303-307.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Samantha R. Meyer-Pflug; POSSATO, Karim Regina Nascimento; POSSATO, Fabio Antunes. Dispute Boards como meio adequado de resolução de disputas no âmbito dos contratos administrativos complexos. In: Alberto Shinji Higa, Artur Bezerra de Souza Junior, Francisco Pedro Jucá e Eduardo Jardim (Org). *Temas contemporâneos de Direito Público: estudos em homenagem ao professor Kiyoshi Harada*. Rio de Janeiro; Flórida; Pembroke Collins, 2022, p. 364-383.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. 50. Concessão de serviços públicos de energia elétrica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e poder de polícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/servicos-publicos-e-poder-de-policia/1499821101>. Acesso em: 10 out. 2023.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Parecer jurídico: serviços de saúde [...] – direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e ou convênios celebrados com a administração [...]*. São Paulo: Gandra Martins Advocacia, 4 dez. 2006. Disponível em: <https://gandramartins.adv.br/parecer/servicos-de-saude-relevancia-publica-independente-do-regime-de-sua-prestacao-participacao-da-iniciativa-privada-em-carater-complementar-ao-sus-direito-a-manutencao-do-equilibrio-economico-e-fina/>. Acesso em: 17 out. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*, 1875, tradução italiana, Moscou: 1947 (tradução livre para o português).

MARX, Karl. *Manuscritos Econômico- Filosóficos*. Primeiro manuscrito. Trabalho Alienado. 1932. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marx/1844/manuscritos/index.htm> Acesso em 27 jun. 2023.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MENDES, João de Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa. Editora da Associação Acadêmica. V.III, 1978-1979.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL (MDR). DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS.

Declaração de apetite por riscos: Risk Appetite Statement (RAS). Brasília: MDR, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/dnocs/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/nugov/gestao-de-riscos/declaracao-de-apetitie-a-riscos_dnocs.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Agenda 21 Global*. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global.html>. Acesso em: 2 nov. 2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT. 1974. T.III.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. O negócio jurídico no Código Civil. *Quaestio Iuris*, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9866/7728>. Acesso em: 15 out. 2022.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em 2 nov. 2023.

NALINI; José Renato. *Ética geral e profissional*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

NEUBERGER, Daniele.; MARIN, Solange. Regina. Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de eficiência e equidade. *A Economia em Revista - AERE*, v. 22, n. 2, p. 165-173, 23 nov. 2015.

NICITA, Antonio; SCOPPA, Vincenzo. *Economia dei contratti*. [S.l.]: Carocci Editore, 2005.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia Dion. *Licitação e contratos administrativos*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100965083/v3/page/RB-9.3> . Acesso em: 15 out. 2022.

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASIL (ODS BRASIL). *Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/home/agenda> . Acesso em 2 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão Mundial sobre desenvolvimento e meio ambiente. *Our common future*. Abril de 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaration of the United Nations Conference on the human environment*. Estocolmo, 5/16 jun. 1972. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1. Acesso em: 2 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). RIO-92. *Rio Declaration on environment and development*. Rio de Janeiro, 3/14 jun. 1992. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1. Acesso em: 2 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). RIO+20. *The future we want*. Rio de Janeiro, 20/22 jun. 2012. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf. Acesso em 2 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*. Paris: OECD Publishing, 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *The OECD and Latin America & the Caribben*. (OCDE, 2022). Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

ORTIZ, Cristina Merino. Gestão estratégica de conflitos em âmbito empresarial: transferência a partir da prática da mediação. In: AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação empresarial: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

OWEN, Gwyn e TOTTERDILL, Brian. *Dispute Boards: procedures and practice*. London: Thomas Telford Publishing, 2008.

PEREIRA, Affonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: vol. 1: Introdução ao Direito Civil: Teoria geral de direito civil*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: vol. 3: Contratos*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2700/1/TD_1125.pdf. Acesso em: 1º mar. 2023.

PLATAFORMA AGENDA 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/>. Acesso em: 2 nov. 2021.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SANTIAGO, Andreia Maria. Regulação econômica e seu contributo para a promoção do desenvolvimento sustentável. In: JORGE, André Guilherme Lemos; CALÇAS, Manoel de Queiros Pereira; LUCCA, Newton; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota (Org.). *Coletânea da atividade negocial*. São Paulo: Universidade Nove de julho, UNINOVE, 2020, p. 36-48.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. S.l.: Aspen Publishers, 2010.

POSNER, Richard. El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*, Peru: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, v. 2, n. 7, p. 7-16, inverno de 2005.

POSSATO, Karim Regina Nascimento. *A eficácia da conciliação on-line na sociedade da comunicação: um estudo sobre as plataformas digitais no Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2020.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (PMSP). PMSP. “Obras abertas”. Disponível em: <http://obrasabertas.prefeitura.sp.gov.br/Obras/Index#!>. Acesso em: 22 mai. 2023.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNDU). *Unidade de desenvolvimento humano*. (PNDU, 20--). Disponível em: <https://www.undp.org/pt/brazil/desenvolvimento-humano/historico>. Acesso em: 12 nov. 2023.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. Quartier Latin, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Haroldo. Caminho da agenda ESG no Brasil é a agenda 2030 das Nações Unidas. In: *Forbes*, 11 jan. 2022. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbesesg/2022/01/haroldo-rodrigues-caminho-da-agenda-esg-no-brasil-e-a-agenda-2030-das-nacoes-unidas/#:~:text=O%20caminho%20da%20agenda%20ESG,para%20todas%20as%20partes%20in%20teressadas>. Acesso em: 2 nov. 2023.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

ROVEDA, Jerônimo Pinotti. Os Dispute Boards como alternativa para a solução das complexas questões ambientais. In. Augusto Barros de Figueiredo Silva Neto, Ricardo Medina Salla (Coordenação). *Manual de Dispute Boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1980, v.1, n. 44.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *Fator CapH capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019.

SEATTLE. *Seattle municipal archives: Boundary Dam*. Seattle: [s.n]. Disponível em: <https://www.seattle.gov/cityarchives/exhibits-and-education/online-exhibits/boundary-dam>. Acesso em: 10 jul. 2023.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos Dispute Boards. In. Augusto Barros de Figueiredo Silva Neto, Ricardo Medina Salla (Coordenação). *Manual de Dispute Boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano1, n.2, p. 69-95, jul./dez. 2019).

SIMON, Herbert Alexander. Organizations and markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 2, p. 27-28, Spring. 1991.

SMITH, Adam. *A mão invisível do mercado*. Org.: AZEVEDO, André Filipe Zago de. Trad.: LIMA, Norberto de Paula. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *A visão do STJ sobre a teoria da imprevisão nas relações contratuais*. 26 mar. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/26032023-A-visao-do-STJ-sobre-a-teoria-de-imprevisao-nas-relacoes-contratuais.aspx>. Acesso em: 10 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Informativo de jurisprudência*. Acórdão proferido no Recurso Especial 1.475.477-MG, 3ª Turma, relator Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 18/05/2021. Brasília: STJ, p.8. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0697.pdf. Acesso em 15 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso Especial 1.569.222-RJ*. 3ª Turma, relator Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 26/04/2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271569422%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271569422%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271569422%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271569422%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 8 set. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso Especial 1.862.147-MG*. 3ª Turma, relator Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 14/09/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28%22REsp%22+adj+%28%221862147%22+ou+%221862147%22-MG+ou+%221862147%22%2F2FMG+ou+%221.862.147%22+ou+%221.862.147%22-MG+ou+%221.862.147%22%2F2FMG%29%29.prec%2Ctext>. Acesso em 2 set. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso Especial 1.900.136-SP*. 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 6/4/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271900136%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271900136%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271900136%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271900136%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 4 ago. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 2130958-11.2021.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Órgão e Câmara Especial. Relator Desembargador Costabile e Solimene. Data de julgamento: 9 fev. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 3.540-MC/DF Rel. Min. Celso de Mello. Data do julgamento 1º set. 2023, Plenário, DJ de 3 fev.2006.

SZTJAN, Rachel. Supply chain e incompletude contratual. *Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 1, n. 1, 2009 Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12641767/supply-chain-e-incompletude-contratual-systemas-revista-de-> . Acesso em: 18 fev. 2023.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. In; *Revista de Informação Legislativa*. v.52, n. 205, p. 321.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12 ed. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THE NOBEL PRIZE. *Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel 2016*. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/summary/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Acompanhamento de obras paralisadas*. 2018. Disponível em https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 18 fev. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Manual de gestão de riscos do TCU*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão (Seplan), 2020a.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Processo 011.196/2018-7 – Relatório de Auditoria*. Ata nº 16/2019, de 15 mai. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520?uid=bc54c40-f42b-11e9-b15e-f383e475037a>. Acesso em: 25 fev. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Referencial básico de governança organizacional para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. 3 ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle externo da Administração do Estado, 2020b.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *TC 021.731/2019-5*. Diagnóstico de obras paralisadas. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/88/C3/04/9B/A8AA4810B4FE0FF7E18818A8/021.731-2019-5%20%20VR%20%20acompanhamento%20obras%20paralisadas.pdf>. Acesso em 25 fev. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ (TCE/PA). *Resolução nº 17.142*. Processo nº 2004/53860-5. Ementa: A incorporação de empresa somente será causa de extinção de contrato firmado pela incorporada se houver previsão expressa no edital ou no contrato. Sessão Plenária em 16 fev. 2006. Disponível em: <https://www.tcepa.tc.br/pesquisaintegrada/pesquisa/resultados?b=resolucoes&q=17.142>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000*. Direito Público. Contrato administrativo nº

4107521301. Linha 4 – Amarela do Metrô. [...]. Relator Desembargador Torres de Carvalho. 10ª Câmara de Direito Público. Data de julgamento: 2 ago. 2018. São Paulo: TJSP, 2018a.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *Especialidades*: falências, recuperações judiciais, empresarial e conflitos relacionados à arbitragem. São Paulo: TJSP, [20--]. Disponível em:
<https://www.tjsp.jus.br/Especialidade/Especialidade/FalenciasRecuperacoesJudiciaisConflitos>. Acesso em: 27 abr. 2023.

TIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *Presidente da Corte paulista participa do I Congresso Brasileiro de Direito Processual Empresarial*. São Paulo: TJSP, 2018b. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58508>. Acesso em 8 nov. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *TJSP na Mídia*: Criação de Vara Empresarial, Semana de Acessibilidade e combate à violência doméstica. São Paulo: TJSP, 19 set. 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=85679>. Acesso em: 27 abr. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (TJDFT). *Acórdão proferido nos Embargos à execução nº 0711360-52.2019.8.07.0001*. Direito Civil. Embargos à execução. Contrato de consultoria e defesa administrativa e tributária. [...]. Relator Desembargador José Divino. 14 out. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (TJDFT). *Cartilha de gestão de risco nas contratações*: diretrizes para a gestão de contratações do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília: TJDFT, 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). *A Justiça do Trabalho como justiça social*. Justiça do Trabalho: Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 2019. Disponível em:
<https://www.tst.jus.br/justica-social#:~:text=Na%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%2C%20a%20justi%C3%A7a,digna%2C%20conforme%20os%20ditames%20da>. Acesso em: 20 nov. 2022.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise Econômica do Direito dos Contratos*: uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado. Londrina: Thoth, 2021.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia*: Uma Abordagem Moderna. 9ª ed. Tradução Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

VARIAN, H. R. *Microeconomia*: princípios básicos. Campus, 6. ed. Rio de Janeiro. 2003

VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.3, n.10, p. 165-171, jul-set. 2006.

VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; NOVAIS, Roberto Cançado Vasconcelos. Riscos na indústria da construção: a questão da geologia e geotecnia. In MARCONDES, Fernando (org.). *Direito da Construção: estudos sobre as várias áreas do Direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: Pini, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIDAL, José Fernando Vidal de Souza. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e mundo corporativo. In: Jorge, André Guilherme Lemos. Dezem, Renata Mota Maciel. Et al (Coord). *Direito empresarial: estruturas e regulação*. Vol. 3, 2020, p. 287-332.

VIDAL, José Fernando Vidal de Souza. Possibilidades, proximidades e distanciamentos de diálogos entre ética, *compliance* e desenvolvimento sustentável. In: Jorge, André Guilherme Lemos . Dezem, Renata Mota Maciel. Et al (Coord). *Direito empresarial: estruturas e regulação*. Vol. 2, 2018, p. 145-182.

WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*: RArb, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1.

WEBER, M. A ciência como vocação: In: *Ensaio de sociologia*. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 154-183.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura, 1977.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais - Parte 2*. 2a ed. Campinas (SP): Cortez Editora / Editora da UNICAMP, 1995.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. São Paulo: Makron Books, 2004.

WORLD BANK GROUP. *Standard bidding documents: procurement of works*. Washington, D.C.: World Bank Group, 2020. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/323361581052752931/Standard-Bidding-Documents-Procurement-of-Works> . Acesso em: 10 jun. 2023.

WORLD BANK GROUP. *The World Bank procurement regulations for IPF borrowers: procurement in investment Project financing – Goods, Works, Non-Consulting and Consulting Services*. 4 ed. Washington, D.C.: World Bank Group, 2020. Disponível em: <https://policies.worldbank.org/en/policies/all/ppfdetail/9ba99724-aaa8-408b-9bc0-926a17edba0f>. Acesso em: 10 jun. 2023.

ZYLLBERSZTAJN, Décio. A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações. *Revista de Administração Contemporânea*,

vol.6 n.2, Curitiba Maio/Ago. 2002 . Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rac/a/f7yFxFxL7jqQWfLRr9LMm64Sh/?format=pdf&lang=pt> Acesso em
11 fev. 2023.

APÊNDICE A – Proposta de Projeto de Lei para dispor sobre os Comitês de Resolução de Disputas

PROJETO DE LEI Nº , DE 2024

Dispõe sobre os Comitês de Resolução de Disputas.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1º. As empresas, assim como a administração pública direta e indireta, poderão valer-se de Comitês de Resolução de Disputas para tratar conflitos relativos à execução de contratos empresariais ou administrativos.

Parágrafo único. As disposições desta Lei aplicar-se-ão aos contratos administrativos subsidiariamente à legislação específica que trate de Comitês de Resolução de Disputas na administração pública.

Art. 2º. Para os efeitos desta lei, Comitês de Resolução de Disputas são estruturas técnicas preferencialmente colegiadas, podendo ser singulares, constituídas em conformidade com as cláusulas contratuais, cujo objetivo é o gerenciamento, prevenção e solução de controvérsias na condução de contratos empresariais ou administrativos.

§ 1º. A premissa de atuação dos Comitês de Resolução de Disputas e das partes contratantes é a assunção do dever subjetivo de concretizar o objeto contratado, como resultado eficiente da realização da dimensão social do contrato a partir da aplicação dos princípios da governança e da gestão de riscos e integridade.

§ 2º. A continuidade do contrato até o atingimento de seu objeto e a obediência ao cronograma de execução previamente estabelecido devem ser perseguidas, prevenindo-se a paralização ou a suspensão da execução contratual, salvo se essa for a medida excepcional mais adequada para a solução da controvérsia e cuja decisão ou recomendação incumbe ao Comitê de Resolução de Disputas, quando acionado.

Art. 3º. As deliberações dos Comitês de Resolução de Disputas, a critério das partes e de acordo com as disposições do contrato, serão objeto de parecer deliberativo de natureza adjudicatória, com caráter vinculativo e obrigatório, ou recomendatória, hipótese em que o caráter vinculante será reconhecido somente se a recomendação não for contraditada no prazo decadencial de 5 (cinco) dias ou no prazo estabelecido contratualmente.

§ 1º. As deliberações vinculativas e obrigatórias, assim como as deliberações recomendatórias não contraditadas, desde que não sejam objeto de litígio proposto tempestivamente em juízo arbitral ou perante o Poder Judiciário, constituirão título executivo.

§ 2º. A deliberação adjudicatória obriga as partes, independentemente de qualquer manifestação de discordância, até a resolução definitiva do eventual litígio tratado por meio de arbitragem ou pelo Poder judiciário.

§ 3º. Nas deliberações adjudicatórias, a mora será constituída desde a notificação da decisão inicial, ou da decisão final se houver revisão e modificação do que fora deliberado inicialmente pelo Comitê de Resolução de Disputas.

§ 4º. Nas deliberações recomendatórias, a mora será constituída desde o decurso do prazo decadencial para a contradita ou de sua apresentação tempestiva.

§ 5º. Nos casos em que houver contradita tempestivamente apresentada, quando não houver mais possibilidade de revisão, a controvérsia poderá ser alçada pela parte prejudicada a instância jurisdicional estatal ou arbitral, nos termos do contrato, no prazo decadencial de 15 (quinze) dias contado da deliberação final do Comitê de Resolução de Disputas.

§ 6º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 7º. Poderão, também, as partes convencionar que a atuação dos Comitês de Resolução de Disputas se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, respeitada a premissa estabelecida no § 1º do artigo 2º desta Lei.

§ 8º. A instalação e atuação dos Comitês de Resolução de Disputas poderá se dar permanentemente, desde o início da execução contratual, estendendo-se até a finalização das obrigações pactuadas, admitindo-se, todavia, o acionamento “ad hoc”, relacionado a controvérsias pontualmente verificadas.

Art. 4º. As deliberações proferidas pelos Comitês de Resolução de Disputas não se sujeitam a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, salvo nas hipóteses estabelecidas nesta Lei.

CAPÍTULO II

Da Cláusula de Resolução de Disputas e seus Efeitos

Art. 5º. As partes interessadas podem submeter a solução de suas controvérsias no âmbito da execução de contratos empresariais ou administrativos a Comitês de Resolução de Disputas mediante convenção clausular específica.

Art. 6º. A cláusula de resolução de disputas é a convenção através da qual as partes em um contrato empresarial ou administrativo comprometem-se a submeter ao Comitê de Resolução de Disputas as controvérsias que surgirem relativamente a tal contrato, desde que objetivamente suscitadas pela parte interessada.

Parágrafo único. A cláusula de resolução de disputas deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Art. 7º. Reportando-se as partes, na cláusula de resolução de disputas, às regras de algum órgão institucional ou entidade especializada, o Comitê de Resolução de Disputas será instituído e processado de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecerem na própria cláusula, ou em outro documento, a forma para a sua instituição e seus procedimentos.

Art. 8º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir o Comitê de Resolução de Disputas, as partes poderão, a qualquer tempo, aditar o instrumento contratual para estabelecer as regras para tal, assim como eleger os procedimentos para o desenvolvimento dos trabalhos.

Parágrafo único. A submissão de controvérsias contratuais aos Comitês de Resolução de Disputas será compulsória e exigível unilateralmente em relação à outra parte somente a partir da formalização do contrato e desde que suscitada a controvérsia pela parte interessada.

Art. 9º. Uma vez instituído o Comitê de Resolução de Disputas, as partes têm o dever de colaborar com o desenvolvimento dos trabalhos, fornecendo informações e documentos, concedendo acessos para a realização de diligências, auditorias e acompanhamentos pertinentes à execução do contrato ou à resolução de controvérsias suscitadas, também, atendendo a convocações para prestar depoimentos, comparecer a reuniões e outros atos demandados pelo Comitê de Resolução de Disputas.

§ 1º. A dissolução do Comitê de Resolução de Disputas ou a revogação da cláusula de resolução de disputas será possível somente pela via consensual e mediante formalização de novo

acordo, sem o qual permanecem hígidas todas as condições previamente estabelecidas em contrato ou outro instrumento que a ele se refira.

§ 2º. A obstrução dos trabalhos do Comitê de Resolução de Disputas ou a não colaboração objetiva, desde que demonstradas e comprovadas, constituem infrações graves e equivalem à confissão da culpa, sujeitando a parte infratora aos efeitos decorrentes da deliberação adjudicatória do Comitê, sem direito à revisão ou contradita, relativamente à matéria objeto da obstrução ou não colaboração.

Art. 10. A concretização dos trabalhos do Comitê de Resolução de Disputas até a apresentação tempestiva da contradita pela parte interessada relativamente à deliberação exarada constitui condição de procedibilidade do procedimento arbitral ou da ação judicial que verse sobre a matéria objeto da controvérsia suscitada.

§ 1º. A submissão de controvérsia contratual a Comitê de Resolução de Disputas suspende o curso do procedimento arbitral ou da ação judicial que verse sobre a mesma controvérsia, até que o Comitê de Resolução de Disputas emita o parecer deliberativo.

§ 2º. O recurso ao Poder Judiciário será admitido no caso do “caput” somente antes de ser instituída a arbitragem, se houver cláusula compromissória.

§ 3º. Para a concessão de medida cautelar ou de urgência, quando, igualmente, a controvérsia ainda não tenha sido suscitada no âmbito do Comitê de Resolução de Disputas, será admitido o recurso ao Poder Judiciário, observando-se o seguinte:

I – caberá ao Comitê de Resolução de Disputas, depois de instalado, manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário;

II – se a controvérsia relacionada à cautelaridade ou urgência já tiver sido suscitada, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente ao Comitê de Resolução de Disputas.

CAPÍTULO III

Da Composição do Comitê de Resolução de Disputas

Art. 11. Qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, pode integrar o Comitê de Resolução de Disputas.

§ 1º. O Comitê de Resolução de Disputas será composto sempre em quantidade ímpar, estabelecendo-se, preferencialmente, uma estrutura colegiada, com, ao menos 3 (três) membros, admitindo-se, todavia, a estrutura singular, composta, somente, por 1 (um) membro.

§ 2º. Os membros do Comitê de Resolução de Disputas serão nomeados em conformidade com as disposições estabelecidas em contrato ou regulamento por ele referido, estando impedidos de atuar aqueles que tenham, com as partes ou com a controvérsia que lhes for submetida, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil, observando-se as seguintes regras gerais:

I - as pessoas indicadas para compor o Comitê de Resolução de Disputas têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência;

II – cabe à parte interessada, nos termos do inciso anterior, a recusa de pessoa indicada para integrar o Comitê de Resolução de Disputas;

III – o indicado para compor o Comitê de Resolução de Disputas tem o dever de declarar-se impedido ou suspeito, nos termos do “caput”.

§ 3º. O Comitê de Resolução de Disputas deverá ser eminentemente técnico, composto por profissionais que, além de terem a confiança das partes, possuam conhecimento na área em que versar a controvérsia ou o objeto do contrato empresarial ou administrativo.

§ 4º. Quando a controvérsia versar, também, sobre questões de direito, ao menos 1(um) integrante, preferencialmente o presidente do Comitê de Resolução de Disputas, deverá ser advogado com habilitação ativa na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 5º. No desempenho de sua função, o membro do Comitê de Resolução de Disputas deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Art. 12. Os integrantes de Comitês de Resolução de Disputas, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

CAPÍTULO IV

Dos Procedimentos dos Comitês de Resolução de Disputas

Art. 13. Os Comitês de Resolução de Disputas obedecerão ao procedimento estabelecido pelas partes na cláusula de resolução de disputas, que poderá reportar-se às regras de algum órgão institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio Comitê de Resolução de Disputas a regulação do procedimento.

§ 1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao Comitê de Resolução de Disputas discipliná-lo.

§ 2º. Serão, sempre, respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do membro do Comitê de Resolução de Disputas e de seu livre convencimento.

§ 3º. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento de resolução de disputas.

§ 4º. Competirá ao Comitê de Resolução de Disputas, durante todo o procedimento, buscar a solução consensual da controvérsia, atuando preventivamente em relação à sua litigiosidade.

Art. 14. Considera-se instituído o Comitê de Resolução de Disputas quando aceita a nomeação de seus membros pelas partes, ato formal que deverá ser subscrito, registrado e autuado por todos, contratantes e membros nomeados.

Art. 15. O Comitê de Resolução de Disputas, no exercício de suas funções, tem o poder de convocar reuniões, requisitar documentos, realizar diligências, tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício, sempre registrando e autuando os atos realizados.

§ 1º. O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos membros do Comitê de Resolução de Disputas.

§ 2º. Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o Comitê de Resolução de Disputas levará em consideração, ao deliberar, o comportamento da parte faltosa, aplicando o disposto no § 2º do art. 9º; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência de cláusula de resolução de disputas.

§ 3º. A revelia da parte não impedirá que seja exarada a decisão do Comitê de Resolução de Disputas, que aplicará, conforme o caso, o disposto no § 2º do art. 9º.

Art. 16. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do membro do Comitê de Resolução de Disputas, bem como nulidade, invalidez

ou ineficácia da cláusula de resolução de disputas, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que puder se manifestar, após a instituição do Comitê de Resolução de Disputas.

§ 1º. Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o membro do Comitê de Resolução de Disputas substituído nos termos estabelecidos em contrato ou regulamento por este referido, reconhecida a incompetência do Comitê de Resolução de Disputas, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da cláusula de resolução de disputas, poderão as partes recorrerem ao órgão do Poder Judiciário competente para exercer a jurisdição.

§ 2º. Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento o procedimento de resolução da disputa, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 24 desta Lei, ou nos casos em que for apresentada tempestivamente a contradita do parecer deliberativo pela parte interessada.

Art. 17. O prazo para prolação do parecer deliberativo pelo Comitê de Resolução de Disputas é de 5 (cinco) dias contado a partir da última diligência demandada, inadmitindo-se inércia por igual período no curso do procedimento de resolução de disputas, sendo que a decisão final deverá ser emitida em até 60 (sessenta) dias da formalização da controvérsia pela parte interessada.

Parágrafo único. Os prazos estabelecidos poderão ser dispostos de modo diverso na cláusula de resolução de disputas ou em regulamento referido pelo respectivo contrato, admitindo-se, também, a repactuação no curso do procedimento de resolução de disputas.

CAPÍTULO V

Da Carta Diligencial do Comitê de Resolução de Disputas

Art. 18. O Comitê de Resolução de Disputas, por meio de seu presidente, poderá expedir carta diligencial para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo Comitê de Resolução de Disputas.

Parágrafo único. No cumprimento da carta diligencial será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na cláusula de resolução de disputas.

CAPÍTULO VI

Do Parecer Deliberativo

Art. 19. A decisão do Comitê de Resolução de Disputas será expressa em documento escrito que constituirá o parecer deliberativo de natureza adjudicatória ou recomendatória.

§ 1º. Quando forem vários os integrantes do Comitê de Resolução de Disputas, a decisão será tomada por maioria.

§ 2º. O membro que divergir da maioria poderá declarar seu voto em separado.

Art. 20. São requisitos obrigatórios do parecer deliberativo:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo da controvérsia;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e, se o caso, de direito;

III - o dispositivo, em que o Comitê de Resolução de Disputas resolverá as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso;

IV - a data e o lugar em que foi proferido.

Parágrafo único. O parecer deliberativo será assinado por todos os membros do Comitê de Resolução de Disputas, cabendo ao presidente, na hipótese de um ou alguns dos membros não poder ou não querer assiná-lo, certificar tal fato.

Art. 21. Se, no curso do procedimento de resolução de disputas, as partes chegarem a acordo quanto à controvérsia, o Comitê de Resolução de Disputas registrá-lo-á em termo, por todos assinado, autuando-o junto aos demais documentos produzidos e registrando-o em seu parecer deliberativo.

Art. 22. Proferido o parecer deliberativo, dá-se por findo o procedimento de resolução de disputas, devendo o Comitê de Resolução de Disputas enviar cópia da decisão às partes, mediante comprovação de recebimento, ou entregando-a diretamente, mediante recibo.

Art. 23. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal do parecer deliberativo, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao Comitê de Resolução de Disputas que:

I - corrija qualquer erro material;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

§ 1º. O Comitê de Resolução de Disputas decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará o parecer deliberativo e notificará as partes na forma do art. 22.

§ 2º. No prazo decadencial de 5 (cinco) dias, a parte interessada poderá contraditar o parecer deliberativo final recomendatório do Comitê de Resolução de Disputas para que, pretendendo, ingresse com processo judicial ou arbitral no prazo decadencial de até 15 (quinze) dias.

§ 3º. No caso da emissão de parecer deliberativo adjudicatório final, o prazo decadencial para que a parte interessada judicialize a controvérsia é de 15 (quinze) dias, observando-se a necessária contradita prévia.

Art. 24. É nulo o parecer deliberativo se:

I - for nula a cláusula de resolução de disputas;

II - emanou de quem não podia integrar o Comitê de Resolução de Disputas;

III - não contiver os requisitos do art. 19 desta Lei;

IV - for proferido fora dos limites da cláusula de resolução de disputas;

V - comprovado que foi proferido por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VI - proferido fora do prazo; e

VII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 13, § 2º, desta Lei.

Art. 25. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade do parecer deliberativo, precedido de manifestação de discordância, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º. A demanda para a declaração de nulidade do parecer deliberativo, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 15 (quinze) dias após o recebimento da notificação do respectivo parecer deliberativo, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade do parecer deliberativo, nos casos do art. 24, e determinará, se for o caso, que o Comitê de Resolução de Disputas profira nova decisão.

§ 3º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de parecer deliberativo, se o Comitê de Resolução de Disputas não decidir toda a controvérsia suscitada, desde que observado o procedimento descrito no art. 23.

CAPÍTULO VII

Do Reconhecimento e Execução de Pareceres Deliberativos Adjudicatórios Estrangeiros

Art. 26. O parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro será reconhecido ou executado no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro aquele que tenha sido proferido fora do território nacional por órgão ou estrutura regularmente instituída com as mesmas finalidades definidas nesta Lei.

Art. 27. Para ser reconhecido ou executado no Brasil, o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro deverá ser homologado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Art. 28. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro, no que couber, o disposto nos arts. 960 a 965 do Código de Processo Civil.

Art. 29. A homologação de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 319 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original do parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - a versão original do contrato que contenha a cláusula de resolução de disputas ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 30. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro quando a parte demonstrar que:

I - as partes contratantes eram incapazes;

II - a cláusula de resolução de disputas não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro foi proferido;

III - tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro foi proferido fora dos limites da cláusula de resolução de disputas, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida ao Comitê de Resolução de Disputas;

V - a instituição do Comitê de Resolução de Disputas não está de acordo com a cláusula de resolução de disputas ou seu regulamento;

VI – o parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro não se tenha, ainda, tornado obrigatório para as partes, tenha sido anulado, ou, ainda, tenha sido suspenso por órgão judicial do país onde foi prolatada.

Art. 31. A homologação para o reconhecimento ou a execução do parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto da controvérsia não é suscetível de ser resolvido por Comitê de Resolução de Disputas;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da notificação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da cláusula de resolução de disputas ou da lei processual do país onde se realizou o Comitê de Resolução de Disputas, admitindo-se, inclusive, a notificação pela via postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 32. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de parecer deliberativo adjudicatório estrangeiro por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

CAPÍTULO VIII

Disposições Finais

Art. 33. Os arts. 3º, § 1º, 69, § 1º, 189, inciso IV, 260, § 3º, 267, “caput”, 337, inciso X e §§ 5º e 6º, 485, inciso VII, 1.015, inciso III, 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 3º.....

§ 1º. É permitida a arbitragem e a resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas em contratos empresariais, na forma da lei."

"Art. 69.....

§ 1º. As cartas de ordem, precatória, arbitral e diligencial seguirão o regime previsto neste Código."

"Art. 189....."

IV - que versem sobre arbitragem ou resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral ou diligencial, desde que a confidencialidade estipulada seja comprovada perante o juízo."

"Art. 260....."

§ 3º. A carta arbitral e a carta diligencial atenderão, no que couber, aos requisitos a que se refere o 'caput' e serão instruídas com a convenção de arbitragem ou o contrato que contenha a cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas e com as provas da nomeação do árbitro ou do membro do Comitê de Resolução de Disputas e de sua aceitação da função."

"Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória, arbitral ou diligencial, devolvendo-a com decisão motivada quando:

....."

"Art. 337....."

X – convenção de arbitragem e cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas;

.....

§ 5º. Excetuadas a convenção de arbitragem, a cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem ou de cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral ou Comitê de Resolução de Disputas."

"Art. 485....."

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou de cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas ou quando o juízo arbitral ou o Comitê de Resolução de Disputas reconhecer sua competência "

"Art. 1.015....."

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem ou de cláusula de resolução de disputas por Comitê de Resolução de Disputas;"

Art. 34. O art. 237 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 237....."

V – diligencial, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação formulado por Comitê de Resolução de Disputas, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória."

Art. 35. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 36. Ficam revogadas as disposições que contrariem o estabelecido nesta Lei.