

Dispute Boards e Mediação

PARTE I - Prática

1- *Dispute Boards*

Objetivos:

Esta é uma ferramenta excepcional para redução dos custos de uma obra ou de um contrato de prestação de serviços, especialmente aqueles cuja duração é longa.

O *DB*, como normalmente é conhecido, pode também ser apresentado como Comitê de Solução de Controvérsias, como Comitê de Resolução de Conflitos, Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas ou ainda, para efeito deste artigo, apenas Comitê.

O objetivo do *DB* é defender o contrato dos interesses individuais das partes, prevenindo ou solucionando os conflitos que forem surgindo durante a execução de um contrato. Desta forma, o Comitê evita o acúmulo de problemas, favorecendo a boa marcha de execução dos contratos, o cumprimento do cronograma e do orçamento dos projetos.

Operacionalização¹:

Os contratos de execução de uma obra ou prestação de um serviço devem, preferencialmente, prever a formação de um *Dispute Board* desde o início da execução do contrato. Ao optar-se pelo uso dos *DBs* deve-se definir o número de profissionais que o formarão (sempre em número ímpar, usualmente utilizando-se 3 membros) e as regras para o seu funcionamento, que podem estar no próprio contrato ou serem definidas por uma instituição como as câmaras de Arbitragem e Mediação.

Em seguida, as partes do contrato escolhem os nomes dos membros técnicos do *DB*, profissionais com profundo conhecimento sobre o objeto do contrato; em seguida os membros técnicos escolherão, de comum acordo, o presidente do Comitê, usualmente um profissional de perfil jurídico.

As regras devem prever os detalhes para o bom desenvolvimento dos trabalhos do Comitê, como a periodicidade das reuniões do *DB*, o local onde acontecerão estas reuniões e comunicação entre as partes, entre outros, de forma a permitir

¹ Para o aprofundamento sobre os aspectos teóricos e práticos dos *Dispute Boards*: BARROS DE FIGUEIREDO, Augusto; MEDINA, Ricardo. *Manual de Dispute Boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021

que os membros do *DB* acompanhem a execução do contrato e estejam sempre informados dos acontecimentos, ficando aptos a prevenir e a solucionar rapidamente os conflitos, quando surgirem. É recomendável que as reuniões periódicas estejam previstas para acontecer no local da execução do contrato.

A atuação dos *DBs* na solução de disputas se expressa pela emissão de recomendações ou de decisões, dependendo da opção das partes, em relação aos pleitos que lhes são submetidos. Por este motivo as regras também devem prever, os prazos e o rito para apresentação de pleitos, a forma de atuação do Comitê e os passos seguintes no caso de questionamento da decisão pelas partes ou o seu descumprimento.

Os membros do *DB* devem, normalmente, manter o sigilo sobre os acontecimentos e suas decisões, sendo que além de seu conhecimento técnico específico, devem ser capazes de lidar com as partes de forma amigável, isonômica, imparcial e independente, sendo, portanto, conveniente a experiência e capacitação nos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias – MESCs.

Para os melhores resultados na sua função preventiva, o *DB* pode utilizar a ferramenta Mediação caso entenda ser conveniente para um conflito específico. No entanto, os membros do *DB* não podem atuar como mediadores pelos riscos de contaminação do procedimento de Mediação ao, potencialmente, serem transpostos limites importantes para o procedimento do *DB*, como o tratamento isonômico das partes e a vedação de conversas privadas entre uma parte e um ou mais membros do *DB*, por exemplo; nestes casos, se de fato a oportunidade de atuação de um mediador privado se mostrar conveniente, o *DB* deve emitir recomendação formal de que as partes se mobilizem para a sua promoção.

Impactos Esperados:

O grande impacto esperado é que os custos com a solução de conflitos sejam expressivamente reduzidos e que os prazos previstos para a entrega do objeto contratual sejam mantidos.

Os pequenos conflitos decorrentes da execução do contrato vão sendo solucionados desde o primeiro momento em que são percebidos, evitando-se o desgaste da relação entre as partes e os prejuízos para o projeto de uma relação animosa entre os contratantes.

Um maior controle sobre o orçamento do projeto também é um efeito direto da atuação do *DB* ao permitir uma decisão técnica e imparcial sobre os pleitos,

evitando assim que uma das partes se prevaleça de alguma posição de vantagem para forçar decisões que não reflitam o que foi pactuado.

2- Mediação durante e após os *Dispute Boards* (p.XXX – verificar - parte teórica sobre Mediação):

Objetivos:

O objetivo da Mediação durante um *Dispute Board* é a busca de uma solução autocompositiva pelas próprias Partes, favorecendo assim a sua efetividade. A Mediação é o meio pelo qual há a facilitação do diálogo entre as Partes, de tal forma que qualquer decisão tomada por elas é mais adequada e melhor executada, pelo simples fato delas terem chegado às suas próprias conclusões para a resolução do conflito.

A Mediação durante o *DB* também tem o objetivo de diminuir o grau de litigiosidade entre as partes em conflito e liberar os membros do *DB* para decisões mais difíceis.

Como as decisões ou recomendações do *Dispute Board* podem não agradar as Partes, a Mediação pode ser útil para que se busque uma solução negociada. Eventualmente, uma Parte pode se sentir prejudicada ou beneficiada, mas há casos em que ambas se sentem prejudicadas.

A Mediação é útil em todos estes casos, para que as Partes encontrem solução por elas próprias.

Operacionalização:

Durante o andamento do *Dispute Board*, os seus membros podem identificar alguns conflitos que possam ser facilmente resolvidos pelas Partes pelo uso da Mediação, seja pelo esgotamento das tentativas de auxílio às partes em suas negociações diretas ou como um derradeiro esforço para se evitar a emissão de uma decisão por parte do Comitê.

Os membros do *DB* devem sugerir ou recomendar às Partes que solicitem uma Mediação a terceiros, explicando por que acham que a solução para aquele conflito específico pode ser melhor desta forma, colocando em evidência o racional que permita a percepção das suas vantagens para as Partes.

Uma Parte solicita à outra Parte a Mediação e ambas indicam, de comum acordo, um terceiro neutro como mediador. Este mediador não deve e não pode ser

nenhum dos membros do *DB*, pois a Mediação ficaria contaminada pelo relacionamento anterior daquele membro do *DB* com as Partes e, ainda, poderia inviabilizar a atuação futura do Comitê no contrato.

Além disto, caso um membro do *DB* funcione como mediador, automaticamente o *DB* ficará desequilibrado prejudicando a análise isenta das questões que a ele forem submetidas haja vista que, durante o procedimento de Mediação, é comum que as partes compartilhem com os mediadores informações restritas e mesmo suas fragilidades, o que desbalanceará a tomada de decisão de um membro que, já sabedor destas informações, venha a ter que emitir uma decisão posteriormente.

Impactos Esperados:

Espera-se que os acordos oriundos de uma Mediação sejam executados pelas Partes, pois afinal, foram elas próprias que escolheram a solução. Também se espera que o grau de litigiosidade entre as Partes seja reduzido, de tal forma a facilitar a atuação do *DB* ao longo da sua vigência no acompanhamento do contrato.

A possibilidade de contar com um mediador para auxiliar as partes em relação a um problema específico amplia as possibilidades de solução de disputas nos contratos com o acompanhamento dos *DBs*, que poderão não apenas atuar diretamente e dentro do escopo tecnicamente esperado para o bom andamento dos trabalhos, mas também aproveitar outras ferramentas para a solução dos problemas, com vantagens para as partes e para os projetos.

Espera-se que um acordo negociado entre as Partes facilite a percepção da sua adequação às suas necessidades no problema específico, aumentando a sua efetividade tanto no cumprimento deste acordo quanto ao evitar a sua repetição ou o escalamento do caso para uma Arbitragem ou para o Poder Judiciário

PARTE II - Teoria

1- *Dispute Boards*:

Os *Dispute Boards* ou Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas (“DBs” “Comitês”), são um Método Extrajudicial de Solução de Controvérsias (MESOC) e funcionam por força da vontade das partes para auxiliar na prevenção e resolução de disputas surgidas durante a execução do contrato. Os DBs não são um tribunal arbitral, tendo a sua atuação mais assemelhada a de um corpo consultivo interno ao contrato, com poderes amplificados. Ressalta-se que não se trata de consultores sobre matérias técnicas e não substitui especialistas nessas matérias para a execução do objeto do contrato, quando necessário.

O método nasceu nos EUA no final da década de 60, com o primeiro registro formal da sua utilização no ano de 1975, na construção de um túnel no Colorado (Eisenhower Tunnel). Na década de 80 e 90 teve utilização e desenvolvimento crescentes pelo mundo, o que levou alguns dos principais bancos de fomento internacionais a exigir a sua previsão em projetos por eles financiados, de forma a garantir a execução dos contratos dentro do orçamento, o que os tornou ainda mais conhecidos e praticados.

Por força de um destes contratos os DBs chegaram ao Brasil, no projeto de construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo, iniciando a sua trajetória de crescente aceitação pelo mundo jurídico e dos projetos de infraestrutura. Seguiram-se alguns casos de utilização em sistemas de prevenção de disputas corporativos, como o elaborado para os Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016, os enunciados aprovados pelo Conselho da Justiça Federal, as leis municipais das cidades de São Paulo-SP (Lei nº 16.873/2018), de Belo Horizonte-MG (Lei nº 11.241/2020) e de Porto Alegre (Lei 12.810/2021), os Projetos de Lei Federal na Câmara dos Deputados (PL nº 9883/2018) e no Senado (PLS nº 206/2018), além das discussões acadêmicas e institucionais que em muito vem contribuindo para a construção de um arcabouço jurídico e também prático que favoreça o seu crescimento em nosso país.

São comitês formados por um ou mais especialistas independentes, selecionados pelas partes contratantes para acompanhar a execução do contrato, aconselhando, emitindo recomendações e/ou decisões a respeito das disputas surgidas entre as partes durante a execução dos serviços e, ainda, prevenindo problemas futuros. Na sua composição mais usual o comitê é formado por dois membros técnicos e um presidente, todos escolhidos de

comum acordo. Agem, preferencialmente, desde o início da execução do contrato e de forma permanente, existindo também a possibilidade de atuação pontual no formato conhecido como *ad hoc*.

Na sua atuação os Comitês podem agir na forma de assistência informal, em que auxiliam as partes na autocomposição de suas disputas, ou emitindo decisões e recomendações, com consequências distintas dependendo das regras aplicáveis aos procedimentos². Fazem reuniões periódicas de acompanhamento dos projetos e também reuniões extraordinárias, quando convocadas pelas partes. No Brasil, as principais instituições arbitrais se estruturaram para oferecer o serviço de administração de *Dispute Boards*, pioneiro no mundo e que em muito contribuirá para a boa atuação dos Comitês e para facilitar a sua adoção pelos entes públicos.

A prática mundial atesta as principais vantagens da utilização dos DBs nos contratos como sendo a preservação do relacionamento entre as partes contratantes, a redução do número de disputas e dos atrasos no cronograma de execução e a preservação do orçamento do projeto, com uma grande efetividade das decisões do Comitê quando do eventual questionamento posterior em uma Arbitragem ou no Poder Judiciário, forma final e inafastável de solução de controvérsias contratuais.

2- Mediação durante e após os *Dispute Boards*

A Mediação é um método não-adversarial, em que um terceiro imparcial e independente (o mediador) auxilia as partes em conflito a melhor entender seus reais interesses, identificando suas necessidades e valores, por intermédio de um diálogo, que levará ambos à escolha das melhores e mais criativas soluções³.

Os conflitos acontecem em todos os relacionamentos humanos e o ser humano tem capacidade para solucioná-los, porém muitas vezes o estado emocional das partes influencia para o agravamento do conflito em vez de sua solução. O papel do mediador é justamente estimular o diálogo entre as partes (mediandos) em conflito de maneira que a litigiosidade diminua e os mediandos possam chegar a um consenso.

² As principais instituições arbitrais do Brasil e do mundo oferecem regras para a atuação dos Comitês, com destaque para as da CCI, os contratos modelo FIDIC, o CBMA, o CCBC, a FIESP, a CMA IE e a CAMARB.

³ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é Mediação de Conflitos* – Coleção Primeiros Passos, São Paulo: Brasiliense, 2007, p.19 e 20.

Vale lembrar que chegar a um consenso não significa, necessariamente, chegar a um acordo, mas sim que as partes tenham uma impressão clara sobre o problema. Caso as partes cheguem ao consenso, por exemplo, sobre não ser possível um acordo, ainda assim o diálogo pode ter sido positivo ao permitir uma reflexão conjunta sobre os pontos de divergência e por possibilitar a decisão firme sobre escalar o problema para outra forma de solução.

A Mediação constitui um espaço em que os mediandos podem expor suas angústias sem abdicar de seus interesses, mas em que constroem uma solução de maneira adequada e razoável para ambas as partes, respeitando as dificuldades de todos os envolvidos.

O mediador deve controlar o processo de Mediação, mas as partes devem ser as únicas responsáveis pelo conteúdo e pelo resultado. Cabe ao mediador, como agente de realidade, ajudar os mediandos a identificarem os benefícios e os custos de cada alternativa, para si mesmos e para os terceiros que administrarão as repercussões do acordado, com vistas a possibilitar uma eleição qualificada que atenda às necessidades, interesses e valores de todos os direta e indiretamente envolvidos⁴.

Portanto, não basta o mediador auxiliar e estimular a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, mas também os participantes da Mediação devem entender melhor seus reais interesses, suas necessidades e seus valores, e a partir daí tentar conhecer estes mesmos elementos no outro participante, de tal forma a permitir a criatividade de ambos para encontrar soluções que atendam a todos. Este processo não é fácil, pois há que se reconhecer que as necessidades e desejos do outro são tão importantes quanto os seus⁵.

Sempre é bom lembrar os princípios da Mediação previstos na Lei Brasileira de Mediação (Lei nº 13.140/2015, publicada em 26 de junho de 2015): Imparcialidade do Mediador, Isonomia entre as partes, Oralidade, Informalidade, Autonomia da vontade das partes, Busca do consenso, Confidencialidade e Boa-fé. Estes são os princípios a serem observados pelos Mediadores durante sua atuação na resolução do conflito.

⁴ ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash Editora, 2014, p.44.

⁵ HOLANDA, Flavia. *Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos Empresariais: Adjudicação, Dispute Boards, Mediação e Arbitragem*. São Paulo: IOB SAGE, 2017, p.149.

O último ponto a observarmos é o Art. 7º da Lei Brasileira de Mediação⁶, que determina que o mediador não poderá atuar como árbitro em procedimento pertinente ao conflito em que atuou como mediador. Por si só esse impedimento, por analogia, nos dá a orientação para que um membro de *Dispute Board* não atue como Mediador nos conflitos que indicarem a Mediação, pois ele ficaria impedido de continuar no *DB*, visto que sua atuação é semelhante à de um árbitro.

Referências Bibliográficas:

ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash Editora, 2014.

Tania Almeida apresenta de forma didática e prática o processo de Mediação, passo-a-passo, oferecendo ao leitor um caminho indicando exatamente o que se espera de cada etapa do processo. É um manual sofisticado e assertivo que leva o leitor a entender cada característica e necessidade da Mediação bem conduzida.

BARROS DE FIGUEIREDO, Augusto; MEDINA, Ricardo. *Manual de Dispute Boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

Este livro, o primeiro Manual de Dispute Boards publicado no Brasil, está estruturado de forma a permitir a compreensão do tema tanto nos seus aspectos mais básicos e teóricos quanto no que diz respeito à prática e às possibilidades de utilização em situações ainda novas para o método, abordando também o uso da mediação nos procedimentos.

Caderno FGV Projetos, abril/maio 2017, ano 12, nº30, disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/cadernos-fgv-projetos-no-30-solucao-de-conflitos>.

Traz dois artigos sobre os *Dispute Boards*, o primeiro de autoria de Júlio Bueno e Augusto Figueiredo (“Os Dispute Boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura”) e o segundo de Fernando Marcondes (“Dispute Board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da

⁶ Art. 7º da Lei Brasileira de Mediação (Lei nº 13.140/2015, publicada em 26 de junho de 2015): O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

América Latina”), de fácil leitura e que facilitam o entendimento do tema dos *Dispute Boards*.

HOLANDA, Flavia (Org.). *Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos Empresariais: Adjudicação, Dispute Boards, Mediação e Arbitragem*. São Paulo: IOB SAGE, 2017.

Traz três artigos interessantes, dois que abordam os *Dispute Boards* e um que aborda a Mediação com a Administração Pública: os dois primeiros de autoria de Francisco Maia Neto (“Adjudicação e CRD: formas dinâmicas de soluções de conflito”) e Fernando Marcondes (“O papel do Advogado nos Dispute Boards”) e o terceiro de Adolfo Braga Neto e Beatriz Vidigal Xavier da Silveira Rosa (“Mediação na Administração Pública”). Os dois primeiros artigos complementam o tema Dispute Boards e o terceiro apresenta aspectos relevantes sobre a Mediação quando envolve uma das partes órgão ou empresa pública, que são, mundo afora, grandes usuários também do DB.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é Mediação de Conflitos – Coleção Primeiros Passos*, São Paulo: Brasiliense, 2007

Lia Sampaio e Adolfo Braga Neto expõem nesse livro, de forma bastante simples, os conceitos básicos de Mediação e suas características. É uma referência no Brasil, e recomendamos a leitura por aqueles que desejem tomar seu primeiro contato com Mediação e suas virtudes. Entendemos que é leitura obrigatória antes de se aventurar por leituras mais complexas e específicas.

Autores:

Augusto Barros de Figueiredo é advogado, árbitro, mediador e com atuação em *Dispute Boards*. Formado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), *Master in Business Economics* (MBE) pelo Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela Universidade de Paris 1 (*Panthéon-Sorbonne*) e em *Global Business Law* no Instituto de Ciências Políticas de Paris (*Science Po*). É Diretor Regional para a América Latina da *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), sócio de Swot Global Consulting e de Augusto Barros de Figueiredo Advogados.

Beatriz Vidigal Xavier da Silveira Rosa é engenheira de produção mecânica pelo Instituto de Ensino de Engenharia Paulista, MBA em “Tecnologia e Gestão de Geração Distribuída e Cogeração” pela Escola Politécnica da USP e especialização em “Engenharia de Defesa” pelo IME-Instituto Militar de Engenharia-RJ. Árbitra, Mediadora, Perita de Engenharia de Tribunal Arbitral e Judicial, Assistente Técnica e membro de *Dispute Board*. Atua em

casos dos setores de energia (geração, transmissão e distribuição), edificações e construção civil, plantas industriais, transportes (rodoviário, ferroviário e metroviário), meio ambiente, saneamento, óleo e gás, entre outros. Sócia de Tarobá Engenharia.