

O escopo decisório dos Dispute Boards

Augusto Barros de Figueiredo¹ e Ricardo Medina Sala²

Resumo: O artigo se propõe a discutir os limites do escopo decisório da atuação dos Dispute Boards, buscando nas boas práticas mundiais aplicáveis ao método e nas lições aprendidas por outros métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, como a arbitragem e a mediação, os melhores caminhos a serem adotados na sua evolução em nosso país.

Abstract: The article intends to discuss the limits of the decision-making scope of the Dispute Boards, learning from world best practices applicable to the method and from the lessons learned by other out-of-court dispute resolution methods, such as arbitration and mediation, the best paths to follow in its evolution in our country.

Palavras-chave: comitês de prevenção e resolução de disputas, métodos extrajudiciais de resolução de disputas, contratos de infraestrutura e construção.

Key words: dispute boards, alternative dispute resolution, infrastructure, and construction contracts.

¹ **Augusto Barros de Figueiredo** é Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), mestre em *Global Business Law* pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris (Science Po), analista Internacional pelo Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, doutorando pelo PPGDIN da Universidade Federal Fluminense (UFF), diretor para a América Latina da *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), vice-presidente de *Dispute Board* do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) e fellow do *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb). É sócio de Barros de Figueiredo Advogados e atua como árbitro, mediador e membro de Dispute Boards no Brasil e no exterior e idealizador do Projeto de Lei 9.883/2018 que pretende regulamentar o uso dos *Dispute Boards* pela administração pública brasileira.

² **Ricardo Medina Sala** é bacharel, mestre e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É árbitro e sócio do escritório Toledo Marchetti Oliveira Vaturi e Medina Advogados. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC) e idealizador da Lei Paulistana 16.873/2018, que reconhece o uso dos *Dispute Boards* pela municipalidade, e do Projeto de Lei 2421/2021 em trâmite no Congresso, que pretende regulamentar o uso dos *Dispute Boards* pela administração pública brasileira.

Sumário

INTRODUÇÃO	3
1. O medo do novo. O que são e para que servem os Dispute Boards?.....	4
a. Os Dispute Boards nos projetos de infraestrutura e construção	7
b. A relação dos Dispute Boards com outros métodos de resolução de disputa.....	8
2. Lições aprendidas com a Arbitragem	9
a. Um longo caminho até a estabilização	10
b. O retorno das cláusulas criativas no contexto dos Dispute Boards	13
3. Há limites para a atuação dos Dispute Boards? Onde estamos e para onde queremos ir?.....	16
a. Limitações quanto à natureza do pleito	16
b. Especificação das regras a serem observadas pelo Comitê nas suas decisões	18
CONCLUSÃO	19
Bibliografia	21

INTRODUÇÃO

Desde o início das conversas acerca dos dispute boards no Brasil, muito se discutia sobre a real necessidade de termos leis específicas para disciplinar o seu uso, já que na maior parte do mundo, onde os dispute boards são utilizados há décadas, a sua regulação se dá, geralmente, apenas no âmbito contratual, seja pela adoção dos contratos padrão utilizados internacionalmente, seja pela simples referência aos regulamentos de câmaras privadas como a CCI. Todavia, nossa tradição civilista e, sobretudo, o princípio da legalidade estrita que norteia o direito administrativo fazem com que a existência de uma lei específica sobre o assunto prometa ser um divisor de águas para a sua utilização em maior escala, especialmente para contratos com partes públicas.

Com o caminho já parcialmente pavimentado pelas discussões que vêm sendo conduzidas e pela existência de algumas leis regionais em vigor, notadamente nas cidades de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre e no estado do Rio Grande do Sul, além da menção específica aos *dispute boards* na nova lei de contratações públicas³ e do Projeto de Lei Federal 2421/2021⁴ que segue aguardando votação na Câmara dos Deputados, já se nota com maior frequência a inserção do mecanismo em alguns editais licitatórios para a execução de projetos públicos⁵. Entretanto, nesta primeira leva de contratos temos visto algumas distorções, tanto em relação à composição dos comitês, quanto em relação a restrições sobre sua forma de atuar.

Neste artigo vamos refletir sobre algumas dessas distorções, iniciando com um breve retrospecto sobre os Dispute Boards e a sua utilização nos contratos de infraestrutura e construção (1) para, em seguida, rememorar lições aprendidas com a Arbitragem durante a

³ Artigo 152 da Lei nº14.133/2021, que estabelece que “Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

⁴ Resultante da aprovação em primeira votação no mês de dezembro de 2021 do PL do Senado 206/2018, ao qual foi apensado o PL 9.883/18 da Câmara dos Deputados, tendo ambos os projetos tendo sido apoiados separadamente em sua redação pelos autores deste artigo, Ricardo Medina contribuindo para o de origem no Senado e Augusto Barros de Figueiredo contribuindo para o da Câmara dos Deputados.

⁵ Sobre a evolução dos Dispute Boards no Brasil ver “Os dispute boards no Brasil: Evolução histórica, a prática e perspectivas futuras”, Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019, disponível em <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/44/27>.

sua evolução como método de resolução de disputas no Brasil (2), e assim refletir sobre o melhor caminho a seguir em relação ao escopo decisório dos dispute boards (3).

1. O medo do novo. O que são e para que servem os Dispute Boards?

Parece um bocado trivial associar-se o “medo do novo” à ideia de se perderem as rédeas, de se pisar sobre terreno desconhecido ou de se potencializar o fracasso à medida que a pessoa se afasta de sua zona de conforto. A reflexão que propomos sobre esse tal receio, quando tratamos dos Dispute Boards, incide sobre algumas provocações.

A primeira delas: seriam mesmo os Dispute Boards uma novidade alarmante ou capaz de ensejar pavor aos operadores, por seu ineditismo e engenhosidade distinta das ferramentas tradicionais de solução de controvérsias? Outra pergunta: será que nossa zona de conforto está mesmo na arbitragem, quando tratamos de litígios da construção? E mais outra: será que empreiteiros e contratantes encontram suficiente alento no judiciário ou, quiçá, na mediação, para resolver fluidamente seus imbróglios corriqueiros de obras?

Antecipando algumas das conclusões que serão extraídas do texto, ousamos sugerir, de pronto, breves respostas às perguntas que fizemos acima. Primeiramente, não nos parece haver razão para se temer a “novidade” dos Dispute Boards por um simples motivo: eles não são nada novos! Ainda que não tenham sido vastamente utilizados no Brasil, eles são velhos conhecidos da indústria mundial da construção. Dos anos 70 até aqui, eles vêm sendo desenvolvidos, aprimorados e recomendados pelas principais entidades internacionais do setor, como é o caso da FIDIC, ICE, DRBF e já começam a ganhar musculatura no mercado nacional.

Em segundo lugar, mesmo quando já existiam no cardápio de métodos de solução de disputas a mediação, arbitragem e, obviamente, o judiciário, muitos agentes da construção e infraestrutura pareciam se ressentir da escassez de um método mais apropriado para solver rotineiras controvérsias de obras. Foi precisamente a insatisfação com os métodos tradicionais que, há algumas décadas, levou alguns sábios engenheiros a desenvolverem

aquilo que, originalmente, se alcunhou de *Joint Consulting Board*, e que mais tarde evoluiu para se tornar a ferramenta a que, hoje, chamamos de Dispute Boards.

Conceituar os Dispute Boards não é tarefa fácil. Isso, porque a maleabilidade do mecanismo lhe permite servir a inúmeros propósitos, sendo, talvez, a sua finalidade precípua a de proporcionar estabilidade à relação entre as partes signatárias de contratos de execução continuada. Não se trata de um mecanismo exclusivamente voltado à solução de litígios, mas, principalmente, vocacionado a conferir cumprimento e fluidez à execução contratual.

Nessa toada, João Paulo Pessoa e Leonardo Toledo da Silva ilustram bem quando comparam os Dispute Boards a uma válvula contratual de descompressão, que permite às partes liberar o calor de seus atritos, repassando-o aos cuidados dos comitês, enquanto mantêm seus esforços concentrados no que mais importa: a continuidade do contrato⁶.

Ainda assim, a solução de conflitos está na essência dos Dispute Boards. Afinal, um dos meios fundamentais de se assegurar a estabilização dos contratos de execução continuada está, justamente, em se resolver de forma célere e objetiva as controvérsias tão logo que vierem a surgir. Nesse sentido, mostram-se úteis as palavras de Pedro Ribeiro, quando propõe uma conceituação pragmática ao mecanismo, atendo-se à forma como os comitês se organizam e atuam incisivamente para o deslinde de litígios. Vejam:

“Os Dispute Boards, como são chamados na terminologia habitualmente adotada internacionalmente, são um mecanismo de solução alternativa de disputas originado na indústria da construção. São painéis compostos normalmente por um ou três experts independentes e imparciais, que, nomeados conjuntamente pelas partes contratantes, atuam durante a obra para prevenir disputas ou resolver as que são a eles submetidas. Atuam de forma expedita, explorando a circunstância de estarem acompanhando a obra em

⁶ “Os Dispute Boards são uma ferramenta de estabilização da relação contratual, sobretudo em situações de grande complexidade, em que existe uma clara tendência a comportamentos adversariais, nos quais há grandes chances de o projeto acabar sendo deixado em segundo plano pelas próprias partes, em prejuízo da sua execução. Nessas hipóteses, os Dispute Boards acabam funcionando com uma espécie de válvula de descompressão do projeto, permitindo que as partes voltem seu foco ao que realmente importa, ou seja, ao andamento do projeto. O instituto do Dispute Board foi desenvolvido com um objetivo claro: garantir o bom funcionamento do contrato. Sua principal finalidade, portanto, é a manutenção de um clima harmônico e construtivo entre as partes para permitir a execução completa do contrato nos prazos previstos”. Os Dispute Adjudication Boards (DAB) em Contratos Públicos e Privados e o Problema das Decisões Judiciais Liminares. IN: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Org.) Manual de Dispute Boards: Teoria, Prática e Provocações. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 330.

tempo real, e, portanto, com acesso contemporâneo ao canteiro, aos documentos e as profissionais com conhecimento das disputas. Dependendo de sua forma de contratação, podem emitir recomendações para a solução das disputas que, caso não seja expressamente rejeitadas, passam a ser de cumprimento obrigatório (*Dispute Review Boards – DRB*); podem decidir a disputa por adjudicação, obrigando-se as partes a cumprir a decisão até que esta seja eventualmente desconstituída por um tribunal arbitral ou pela justiça (*Dispute Adjudication Boards - DAB*); e, ainda, podem atuar de forma mista, emitindo recomendações ou decidindo as disputas caso a caso, conforme requerimento das partes (*Combined Dispute Boards - CDB*)”⁷.

Mas não param por aí. Os Dispute Boards, servindo como válvula de descompressão, ainda desempenham função adicional, conhecida pelo expediente de “assistência informal”. Sublimando-se aqueles procedimentos mais mecanizados de solução de controvérsias que desaguardam numa recomendação ou decisão, o comitê exerce uma atividade fluída, criando canais de diálogo que facilitam a interlocução entre as partes. Dessa maneira, agindo quase como mediadores⁸, os membros contribuem com a suavização de desgastes naturais à relação contratual, impulsionando composições pacíficas (mesmo que antecedidas de beligerância), sem a necessidade julgar.

⁷ RIBEIRO, Pedro. Execução das Decisões dos Comitês de Resolução de Disputas. IN: TRINDADE, Bernardo Ramos (Org.). CRD - Comitê de Resolução de disputas nos contratos de construções e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de dispute boards no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Pini, 2016, p. 147-148.

⁸ É bastante conveniente que os membros do Dispute Board utilizem algumas das “técnicas próprias da mediação para assegurar a maior fluidez da comunicação, bem como garantir um bom e criativo desenvolvimento de opções que irão satisfazer os interesses das partes, criando valor e aprimorando seu relacionamento. Sendo assim, seria benéfico que o Board, ao assumir o papel de assessoramento da comunicação interpartes, utilize métodos como a paráfrase, para assegurar que os interesses das duas partes estão sendo bem compreendidos por todos, inclusive por seus membros, para que possam amparar as partes dos meios e nos ritmos mais adequados a sua necessidade. Da mesma forma, as reuniões marcadas teriam mais eficácia e menos embaraços de desentendimentos futuros com a instituição de uma agenda e, a cada tópico dela avançado, com o resumo do que foi discutido, das opções debatidas e eventuais propostas aceitas. Sobre as opções, seria interessante que os membros do Board guiassem um processo bifásico, com uma proposição de várias soluções criativas aplicáveis ao problema em questão em primeiro momento, seguida por uma valoração e por testes de realidade feitos via questionamentos, com intuito de que as opções eventualmente acatadas sejam factíveis, suficientes e exequíveis na dimensão da realidade. Nesse ponto, é válido o auxílio do Board para que as partes reflitam sobre as consequências práticas da adoção (e também da não adoção) das principais soluções propostas” (AGUIAR, João Benício; DYMA, Maria Fernanda; LOSS, Juliana. Dispute Board e Mediação na Prevenção de Disputas: Prevenção, Solução e Mitigação de custos das disputas. IN: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Org.) Manual de Dispute Boards: Teoria, Prática e Provocações. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020).

a. Os Dispute Boards nos projetos de infraestrutura e construção

Como já vimos, os Dispute Boards são afeitos a tratar asperezas exsurgidas da relação contratual de partes engajadas em contratos de execução continuada, entre os quais se encontram os contratos de construção. Aliás, é precisamente para as relações contratuais do segmento da construção e da infraestrutura que os Dispute Boards parecem ser mais aproveitáveis. Foi de um contrato de construção que ele nasceu, e é nesse mesmo mercado que eles, seguramente, se mostram mais frequentemente aplicados.

De fato, faz sentido que obras de mediana e alta complexidade se utilizem do método, por duas simples razões: a primeira é que não existe obra sem conflito; a segunda é que pleitos deixados descurados são substâncias altamente cancerígenas para as construções.

Quanto à primeira razão, mostra-se bastante elucidativo o estudo conduzido por pesquisadores de Hong Kong, intitulado *Are Constructions Disputes Inevitable*, ao revelar que as chances de uma obra complexa padecer de algum tipo de controvérsia variam de 99,7% a 100%⁹. Essa análise parece, aliás, muito em linha com a percepção um dia externada pelo magistrado inglês, Lord Donaldson, em jurisprudência que ganhou notoriedade mundial:

*“It may be that as a Judge, I have a distorted view of some aspects of life, but I cannot imagine a civil engineering contract, particularly one of any size, which did not give rise to some disputes. This is not to the discredit of either party to the contract. It is simply the nature of the beast. What is to their discredit is if they fail to resolve those disputes as quickly, economically, and sensibly as possible”*¹⁰

Já a segunda razão reside na maneira como as partes tendem a lidar com os impasses que vão se massificando ao longo da obra, por não serem resolvidos tão logo que surgidos. Donos de obra promovem retenções, aplicam multas, executam garantias, enquanto

⁹ The literal interpretation of this finding is that construction dispute will inevitably occur in the project. (...) The results indicated that the occurrence likelihood of construction disputes lies within the range of 0.997 to 1.000. This result supports the general accepted views that in complex construction project, disputes are inevitable. This points to the need for construction professionals to exercise proactive dispute management. This would include developing skills to avoid dispute and where dispute materializes, to resolve them through assisted or unassisted negotiations (CHEUNG, Sai On; YIU, Tak Wing. *Are Construction Disputes Inevitable?* In: FARRIS, George F. IEEE – Transactions on Engineering Management. V. 53, N° 3. New Jersey: IEEE Technology and Engineering Management Society, 2006, p. 468).

¹⁰ CHERN, Cyril. *Dispute Boards*. Oxford: Blackwell, 2008, p. 01.

empreiteiros reduzem o capital mobilizado e diminuem o ritmo de execução. Eis aí a fórmula perfeita para a elevação de custos, atrasos e paralisações. A obra padece e todos saem perdendo.

Assim é que os Dispute Boards, ao funcionarem como vacinas (prevenindo a eclosão da disputa), ou como remédio (curando a controvérsia tão logo que surgida), evitam que pleitos se acumulem até chegarem a ponto de serem tratados apenas em necrópsia judicial ou arbitral.

b. A relação dos Dispute Boards com outros métodos de resolução de disputa

Pensemos na figura de um simpático ornitorrinco, que parece pato, mas não é pato; que vive na terra, mas também na água; que é mamífero, mas bota ovo; e como indivíduo, ele é único e, logo, classificado no reino animal de forma individual e autônoma. Os Dispute Boards são assim, parecem arbitragem, mas não têm jurisdição; se assemelham à mediação, mas julgam; lembram o arbitramento, mas se engajam antes de verificadas lacunas contratuais preenchíveis, e como instituto jurídico, eles também são únicos¹¹.

A ilustração acima dá o tom sobre o caráter verdadeiramente *sui generis* que se atribui aos Dispute Boards. Embora possamos compará-los aos tradicionais métodos de solução de disputas já enraizados no ordenamento, eles possuem características únicas que o fazem merecer tratamento próprio e distinto.

Os Dispute Boards não são tribunais arbitrais, pois, exceto quando organizados em formato *ad hoc*, seus membros são engajados quando sequer há controvérsia a ser resolvida. Ademais, seus membros não são dotados de poder jurisdicional, de modo que as decisões prolatadas por Dispute Adjudication Boards não se equivalem a sentenças, logo, não têm força de título executivo judicial.

Os Dispute Boards tampouco são comitês mediadores. E mesmo que lhes seja recomendada a utilização de algumas das ferramentas próprias da mediação, sobretudo

¹¹ Fazemos nossas menções ao amigo Jaime Gray, advogado e presidente da Região 4 da DRBF, que há muito, vem divertidamente comparando os Dispute Boards ao pato que não é pato.

quando os membros desempenham os misteres da assistência informal, eles devem preservar o equidistanciamento em relação às Partes, e abster-se de se reunir separadamente com elas (*caucus*). Afinal, caso a assistência informal não seja suficiente para viabilizar uma composição, os membros ainda terão de julgar, e, para isso, é fundamental que tenham resguardado a imparcialidade, para proferir recomendação ou decisão livre de vieses desenvolvidos a partir de informações sensíveis e confidenciais que possam contaminar suas convicções.

Talvez a figura que mais se assemelhe aos Dispute Boards seja a do arbitramento. O talentoso acadêmico Guilherme Nitschke chega a entender que os Dispute Boards seriam, de fato, um instrumento apto a colmatar lacunas surgidas no desenvolvimento de projetos, permitindo que a execução contratual não sofra intercorrências graves¹².

Contudo, como vimos, os Dispute Boards não se prestam unicamente a propor recomendações ou proferir decisões, seja para solver desinteligências, seja para suprir lacunas interpretativas oriundas do Contrato ou exsurgidas de sua execução. Eles também oferecem assistência informal às Partes, aproximando-as de uma composição amigável sem interferir diretamente na solução que venha a ser adotada. E mais, os Dispute Boards, ao exercerem heterocomposição, não se resumem a oferecer soluções puramente técnicas, como nos parece ter sugerido o citado autor¹³. Pelo contrário, cabe aos membros dos Dispute Boards se utilizarem de seus conhecimentos técnicos para exame das provas, e, em seguida, aplicar o Direito para dar fim ao litígio.

2. Lições aprendidas com a Arbitragem

Diferentemente dos Dispute Boards, cujos primeiros registros se deram no final da década de 60, a Arbitragem não é uma prática jurídica recente. Os registros sobre a sua

¹² NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Lacunas contratuais e interpretação. 2019. Ed. QUATIER Latin, p. 439.

¹³ Diz Guilherme Nitschke: “soma-se a isso o fato de os *Dispute Boards* poderem ser reconduzidos à figura do arbitramento, acolhido, como se viu, desde antigas disposições de nosso direito e aderente ao mecanismo ora examinado, tendo em vista a tecnicidade da intervenção (...). (idem, p. 442).

utilização vêm de longa data¹⁴ mas foi a partir do final do século XIX que o interesse pelo instituto foi renovado e a sua utilização revigorada ao longo do século XX, com a ratificação de diversos tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais¹⁵. No Brasil, temos como o marco fundador da Arbitragem moderna a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e que enfrentou inúmeros desafios até chegarmos ao amadurecimento do instituto, desbravando o terreno que hoje é percorrido pelos demais métodos extrajudiciais de solução de controvérsias e antecipando discussões e desafios que servem a todos eles.

a. Um longo caminho até a estabilização

Mesmo com os antecedentes históricos relacionados à sua utilização no Brasil, apenas com a promulgação da Lei de Arbitragem e as discussões subsequentes é que a sua utilização de fato ganhou escala em nosso país.

É interessante notar que a proposta de lei nasceu dos esforços de um grupo encampador de um movimento que criou a chamada Operação Arbiter¹⁶, buscando espelhar em nosso país as diretrizes da comunidade internacional, especialmente as fixadas pela ONU na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional formulada pela UNCITRAL. Semelhantes esforços vêm sendo empreendidos para a construção de bases sólidas para o desenvolvimento dos Dispute Boards, neste caso com o apoio fundamental da Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)¹⁷, do Instituto Brasileiro de Direito da Construção e das comunidades que deles participam.

¹⁴ Um bom relato sobre a evolução histórica da Arbitragem pode ser encontrado em “A Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual”, José Augusto Delgado, disponível em http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf

¹⁵ Pedro A. Batista Martins, em “Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil”, artigo publicado na obra coletiva “A arbitragem na Era da Globalização”, págs. 36 e segs.

¹⁶ Sobre a Operação Arbiter, ver Muniz, Petronio R.G., “Operação Arbiter”, a história da Lei nº9.307/96 sobre arbitragem comercial no Brasil, Salvador, Assembléia Legislativa, 2016.

¹⁷ A Dispute Resolution Board Foundation é uma fundação sem fins lucrativos voltada para a difusão das boas práticas relacionadas ao uso dos Dispute Boards, com atuação global. Para mais informações sobre a consultar o site www.drb.org.

Os primeiros anos de vigência da Lei de Arbitragem foram bastante conturbados, com muitas discussões e pouca utilização. A natureza essencialmente jurisdicional do instituto¹⁸ provocou fortes atritos com a comunidade jurídica mais conservadora. Mesmo com a aprovação da Lei, ainda anos depois a Arbitragem seguia a receber pesadas críticas. Cláudio Vianna de Lima, em artigo publicado no Correio Braziliense, Caderno “Direito & Justiça”, de 27 de julho de 1998, lembrava que “Até o advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a arbitragem foi, notoriamente, maltratada pelo Direito Positivo no Brasil. A consequência é a falta de uma prática do instituto e de uma “cultura arbitral” em nosso país. Não se acredita na arbitragem. Só se admite a justiça feita pelo Estado, nada obstante a crise universal, do Judiciário, a delonga das decisões judiciais, a injustiça manifesta que representam as decisões retardadas, a consequente inocuidade, na maioria das vezes, dessas sentenças e a impunidade frequente de infrações penais”.

Somente em 2004, ano em que foi proferida a sentença relativa ao processo de contestação da Sentença Judicial Estrangeira SE-5206 no Supremo Tribunal Federal (“STF”), houve a pacificação quanto à permissão legal de optar-se por pela Arbitragem ou pelo Judiciário como vias alternativas à resolução de disputas relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis. A questão da inconstitucionalidade foi de forma incidental dentro do procedimento, com o Tribunal declarando que “esta escolha não interferia na competência exclusiva do Judiciário, expressa na Constituição, para processar e julgar conflitos de monopólio do Estado para fins de manutenção do interesse público, tais quais os de natureza criminal, trabalhista e familiar, indisponíveis por determinação do Estado”¹⁹. Anos antes, em 2002, já havia o Estado Brasileiro ratificado a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, através do Decreto 4.311/2002.

Com a pacificação quanto à sua constitucionalidade, a utilização da arbitragem cresceu exponencialmente ano após ano, remanescendo discussão sobre a possibilidade da sua utilização pelo Poder Público, concentrando-se esta discussão em três obstáculos: a)

¹⁸ Há autores que consideram ter a arbitragem natureza mista, com raiz privada e base contratual mas também processual, sendo mais apropriado afirmar ter a Arbitragem natureza jurídica própria.

¹⁹ FILKENSTEIN, Cláudio. “Arbitragem no Brasil: Evolução Histórica”, Revista Internacional Consinter de Direito, Ano VI, Número X.

princípio da legalidade, pela inexistência de permissivo legal específica para a sua utilização nas relações jurídico-administrativo; b) a indisponibilidade do interesse público; e c) o princípio da publicidade, que iria de encontro à confidencialidade usualmente praticada da arbitragem²⁰. Com o advento da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem para estabelecer, de forma expressa, que a Administração Pública direta e indireta, por meio da autoridade competente para realização de acordos e transações, poderá estabelecer convenção de arbitragem de direito (e não por equidade) para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade (art. 1º, §§ 1º e 2º e art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996), foi finalmente pacificado o último ponto de maior atrito relacionado à sua utilização, que resultou em um aumento significativo e regularmente crescente do ingresso de casos envolvendo partes públicas nas instituições de arbitragem²¹.

As discussões enfrentadas ao longo das últimas décadas foram extremamente importantes para o desenvolvimento dos demais métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, principalmente no que diz respeito à sua utilização pela Administração Pública já que, ao se tornar cediça a sua utilização como forma de resolução final de disputas nos contratos administrativos, não há razão para se discutir a possibilidade de utilizar métodos, que ensejam soluções não-jurisdicionais, como a Mediação e os Dispute Boards, nos mesmos contratos, remanescendo como desafio a compreensão sobre a vocação destes métodos e a sua interação com a Arbitragem ou processo judicial subsequente que eventualmente venha a ser instaurado.

No mesmo ano de 2015, quando se sancionou a revisão da Lei de Arbitragem, tivemos também a aprovação da Lei nº13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A nova lei resultou em um impulso significativo para a Mediação, que vê a sua utilização crescer gradualmente no país, reforçando a impressão de que a

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 1, p. 25-38, jan. 2017.

²¹ Neste sentido, vale consultar a tradicional pesquisa realizada pela Profª Selma Lemes desde o ano de 2010, comentada no artigo “Números de novos casos de arbitragem em câmaras aumenta 600% em uma década”, publicada pelo site Jota e disponível em <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/numero-de-novos-casos-de-arbitragem-em-camaras-aumenta-600-em-uma-decada-04102022>.

aprovação do Projeto de Lei 2421/2021 sobre os Dispute Boards²² será o grande marco para a utilização do método no país, notando-se desde já um aumento da sua previsão em contratos privados e em editais de projetos públicos. Entretanto, com isso temos também notado algumas peculiaridades nas cláusulas que oferecem risco para a sua melhor utilização, e que devem ser enfrentadas o quanto antes para que possamos, à semelhança do que ocorreu com a Arbitragem (que com muito esforço dos operadores, ampararam-na sobre as melhores práticas mundiais, tanto para a elaboração da lei quanto para a sua aplicação e funcionamento) proteger os Dispute Boards, e zelar para que estes sigam o caminho mais adequado de desenvolvimento e aproveitamento no país.

b. O retorno das cláusulas criativas no contexto dos Dispute Boards

Durante muito tempo, a redação da cláusula de arbitragem nos contratos era uma grande fonte de problemas. Cláusulas patológicas, que, contendo imprecisões, dificultam a instauração e processamento das arbitragens, assim como cláusulas vazias, que omitem previsões fundamentais para a instalação dos procedimentos, se verificavam com certa frequência, forçando o acionamento do Poder Judiciário para que a vontade das partes pudesse ser ou confirmada ou complementada, até que se desse, enfim, início às arbitragens pretendidas. Em grande parte, esse tipo de problema acontecia (e ainda acontece) em razão da pouca atenção dada à cláusula de resolução de disputas, muitas vezes deixada para os últimos momentos das negociações contratuais. Daí o termo, aliás, com que também se alcunham, por vezes, as cláusulas compromissórias eivadas de patologias: *midnight clauses*.

Entretanto, sendo o procedimento arbitral extremamente regulado e contando com o Poder Judiciário como instância saneadora de discussões pré-arbitrais, o problema das cláusulas vazias e das patológicas se mostra mais pontual e, talvez, com moderado impacto no instituto da arbitragem e no deslinde da disputa propriamente dita. Diante de um problema com uma cláusula mal elaborada, as partes podem convencionar para saneá-lo e, assim, seguir adiante com a arbitragem, ou podem se socorrer do Judiciário para tratar as impurezas da convenção que as impedem de dar vazão ao procedimento. Temos ainda os apoios das

²² Para acompanhamento do PL 2421/2021 ver <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2289398>

instituições arbitrais no secretariado e na supervisão do cumprimento das regras aplicáveis, que também funcionam para dar dinamismo e segurança na solução destes incidentes.

Um problema diferente, mas ainda um tanto frequente, era relativo às cláusulas que previam a bifurcação do procedimento de resolução de disputas baseado em algum critério definido pelas partes. Neste caso o problema surge por um excesso criativo que gera uma complexidade desnecessária e indesejada. Cláusulas prevendo que, para disputas até um determinado valor, o caso seria submetido à Arbitragem, enquanto disputas e acima dele deveria ser resolvido no Poder Judiciário, casos de bifurcação em relação à matéria a ser discutida no procedimento, entre outros racionais.

Estas limitações surgiam e ainda surgem, em geral, com a melhor das intenções, mas têm grande potencial para inviabilizar a instauração do Procedimento ou para fragilizá-lo futuramente pois a fluidez da verificação destes limites gera uma zona de imprecisão quanto à vontade das Partes que é incompatível com o procedimento Arbitral, sendo comum que o valor das causas aumente significativamente após a submissão da disputa ao Tribunal e que novos fatos sendo agregados à disputa, por exemplo.

A prática arbitral nos mostrou a conveniência da adoção de uma redação simples para a cláusula de resolução de disputas. Cláusulas que tragam o estritamente necessário para o bom desenvolvimento do método, permitindo a sua rápida instauração e pleno trabalho dos profissionais, são altamente recomendáveis. Por isso é comum que as Instituições de Arbitragem disponibilizem cláusulas de arbitragem padrão e que são rotineiramente adotadas pelo mercado.

Os Dispute Boards vêm, hoje, enfrentando os mesmos problemas que um dia foram enfrentados pela Arbitragem, mas com um importante agravante: a cláusula de Dispute Board, mesmo estando mal redigida, não tende a obstar a instauração do comitê, o que talvez seja até pior do que se o tivesse obstado de vez. Isso, porque o Dispute Board será então instalado, e seus membros e partes terão de seguir regras desnaturadas que levarão ao manejo impróprio do mecanismo, a ponto de lhes impedir, não raramente, de se beneficiar de soluções pacíficas ou de recomendações/decisões rápidas, e, pior, lhes impor empecilhos ao caminho para a via jurisdicional, caso se mostre necessária uma resolução final para a

controvérsia. Essa realidade pode ser extremamente nociva ao desenvolvimento do Dispute Boards. Afinal, a implantação falha e inadequado aproveitamento do mecanismo tendem a gerar resultados perniciosos aos interesses dos envolvidos e à consecução do contrato principal. E sabemos bem: quando se trata de adoção de modelos inovadores ou inéditos, basta que as Partes tenham uma primeira experiência ruim, para que nunca mais queiram ver a cor do modelo pintada em seus contratos.

Já se notam dois tipos de distorções mais frequentes nas cláusulas de Dispute Boards, estando a primeira relacionada à composição do Comitê. Tem sido frequente a previsão, por exemplo, de três advogados no acompanhamento da execução do contrato, o que desvirtua completamente a sua vocação e o aproxima indesejadamente de algo como um tribunal arbitral permanente, ignorando a contribuição que os membros com formação técnica têm na solução ágil e eficiente dos problemas que ocorrem no dia a dia dos projetos. Também se nota uma desvirtuação na composição do Comitê que o aproxima a uma instância consultiva, quase um órgão de governança e não de resolução de disputas. Ou, então, previsões de indicação de membros que façam parte da diretoria das partes, ferindo de morte o dever de imparcialidade que os componentes do comitê devem ostentar.

Um outro tipo de previsão que vem sendo frequentemente encontrada em clausulados é a que limita o escopo de atuação do Comitê. Cláusulas definindo que apenas questões técnicas serão submetidas à apreciação dos membros, ou que restringem a apreciação do Comitê sobre assuntos especificados em *numerus clausus*, ou que definem faixas de valores para que a controvérsia possa ser decidida pelo Dispute Board manietam o mecanismo e reduzem enormemente o potencial de contribuição ao projeto. Esse tipo de limitação é raramente reportado na prática mundial e é fruto da má compreensão da utilização dos Dispute Boards. Ter um Comitê com seus poderes de prevenção e resolução de disputas restringido ou suprimido equivale a adquirir o melhor carro do mercado e circular com o freio de mão puxado ou com a aceleração limitada à terceira marcha, ou seja, além de frustrante, é potencialmente prejudicial à evolução do contrato.

Assim como na Arbitragem, quando se há dúvida sobre a redação da cláusula, vale a opção por uma que simplesmente opte pela utilização de um Dispute Board permanente e

sob a regras de uma boa instituição. Indicando membros experientes na prática dos DBs e com condições adequadas de trabalho, as chances de ter uma boa experiência e retorno no investimento, adotando-se essa forma de resolução de disputas, aumentará significativamente. Atenhamo-nos ao princípio “K.I.S.S.” defendido à exaustão pelo professor Bob Rubin, um dos fundadores da *Dispute Resolution Board Foundation*: “*Keep it Simple, Stupid!*”.

3. Há limites para a atuação dos Dispute Boards? Onde estamos e para onde queremos ir?

a. Limitações quanto à natureza do pleito

Muito se tem ouvido falar por aí que os Dispute Boards deveriam se limitar a analisar e julgar disputas de mérito técnico, e abster-se de examinar controvérsias puramente jurídicas. Trata-se de um equívoco importante e que, um dia, também turvou as nossas vistas.

Por essa razão, aproveitamos a oportunidade desta publicação para fazer um *mea culpa* e corrigir a rota que se encontra mal traçada no livro de nossa coordenação. De fato, em nossa obra “Manual de Dispute Boards – Teoria, Prática e Provocações”, o leitor deverá se deparar, em duas ou três ocasiões, com a afirmação de que não seria conveniente conferir aos Dispute Boards a tarefa de julgar matérias “puramente jurídicas”. Ainda que em um momento inicial tenhamos considerado mais prudente este conceito, revisitar o assunto vinha se mostrando não apenas conveniente, mas absolutamente necessário²³.

²³ Neste sentido, foi muito oportuna a provocação do colega Igor Gimenes, que em sua dissertação sobre Dispute Boards, teceu críticas acertadas à posição que havíamos inicialmente adotado em nossa obra. Assim diz o autor: Nas primeiras versões deste trabalho esta ideia também fora defendida. Ocorre que, após reflexão, percebeu-se que a orientação deveria ser contrária. Em primeiro lugar, porque é quase impossível classificar quais seriam as controvérsias “puramente jurídicas”. Afinal, qualquer que seja a controvérsia levada para apreciação do comitê, ela sempre terá, ainda que como pano de fundo, algum aspecto técnico ou econômico. Nenhuma parte acionará o comitê para esclarecer uma questão jurídica apenas por curiosidade acadêmica, mas porque vislumbrou impactos no cumprimento das obrigações financeiras ou técnicas assumidas. Ademais, qualquer que seja a controvérsia, o comitê sempre terá que interpretar as cláusulas contratuais, e os dispositivos legais eventualmente aplicáveis, para que possa emitir sua recomendação/deliberação. Logo, fica difícil, para dizer o mínimo, estabelecer um limite da interpretação jurídica que possa ser feita pelo comitê em cada caso. Fazer este recorte acaba por trazer imensa insegurança jurídica, na medida em que a parte sucumbente poderá questionar a decisão do comitê futuramente não apenas quanto ao seu mérito, mas quanto à própria competência do comitê para deliberar sobre a questão”.

Que se tenha muito claro: cabe e convém aos Dispute Boards analisarem e tratarem de absolutamente todas e quaisquer disputas relativas a direitos transacionáveis, independentemente da matéria sobre a qual vierem a versar. É essa a orientação da FDIC, CCI, CI Arb e, também, a nossa.

Os Dispute Boards são engajados e remunerados para ajudar, e eles devem ser aproveitados e explorados à exaustão. Eles podem contribuir de maneiras tão diversas e complementares, que seria um desperdício deixar de compulsá-los por uma restrição formal ou por alguma pseudo-limitação fundada em falha de compreensão sobre os incriveis potenciais de alcance da ferramenta, em prejuízo ao projeto, o que não faz sentido algum.

Seja por meio de assistência informal; seja por meio de conversas corriqueiras em visitas de obra; seja por meio de recomendação, os Dispute Boards oferecem campo vasto a construções naturais de convergências. E mesmo quando atua por heterocomposição, prolatando decisões, eles são capazes de proporcionar soluções rápidas e palatáveis ao cumprimento das partes.

A palatabilidade das decisões repousa no conceito de *rough justice*. Os Dispute Boards não ambicionam “entregar a *justiça perfeita*, mas a *justiça possível* para que o impasse não paralise a execução contratual. Não se pode perder de vista que a solução – técnica, econômica, ou mesmo jurídica – dada pelo comitê é provisória, e só se tornará definitiva se as partes se conformarem com ela. Se, todavia, qualquer parte se sentir prejudicada, bastará recorrer à jurisdição, que terá facilidade de apreciar o caso se, de fato, tratar-se de uma questão *puramente jurídica*”. Neste sentido, complementa o colega Igor A. G. Domingues com mais algumas reflexões, com que concordamos em plenitude:

“Vê-se, assim, que os possíveis danos causados por uma “solução jurídica imperfeita” dada pelo comitê são remediáveis; ao passo em que a insegurança jurídica causada pela limitação de atuação do comitê pode chegar a inviabilizar o mecanismo. Logo, recomenda-se que toda e qualquer controvérsia oriunda do contrato, desde que ligada a direitos que admitam transação, seja passível de apreciação pelo comitê”.

b. Especificação das regras a serem observadas pelo Comitê nas suas decisões

A questão das fontes é um ponto importante nesta discussão. Vimos acima que muitas vezes as partes vêm buscando limitar o escopo de atuação do Comitê com cláusulas definindo que apenas questões técnicas serão submetidas à apreciação dos membros ou outras limitações específicas. Na maior parte das vezes, estas limitações vêm sendo constatadas em editais de contratações públicas e parecem indicar ao menos duas situações: ou o desconhecimento da real contribuição que se deve esperar dos Dispute Boards, principalmente no que diz respeito à função preventiva, ou o receio em relação aos poderes dados ao Comitê e seus efeitos nas decisões/recomendações.

É interessante lembrar que, à semelhança do que ocorre na Arbitragem, também é possível definir as fontes que deverão ser observadas pelo Dispute Board na sua atuação no momento da contratação dos membros. O parágrafo 1º do artigo 2º da Lei da Lei 9.307/1996 estabelece a liberdade das partes para escolher o direito aplicável ao procedimento arbitral, dando-lhes a faculdade de determinar se procedimento arbitral será de direito ou equidade. Carlos Alberto Carmona afirma que “tal liberdade diz respeito ao procedimento a ser adotado pelos árbitros e ao direito material a ser aplicado na solução do litígio, de sorte que o dispositivo legal comentado, ao referir-se no parágrafo primeiro a ‘regras de direito’, está-se reportando às regras de forma e de fundo”²⁴. O §2º do artigo mesmo art. 2º da Lei 9.307/96 complementa o conceito ao definir que “poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Na Arbitragem o compromisso arbitral pode prever “a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes” (Art. 11, IV). As partes podem, assim, escolher a norma de direito material a ser aplicada, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Ademais, arbitragem pode ser decidida com base no direito ou na equidade, sendo que a administração pública só pode se submeter à arbitragem de direito, por respeito ao princípio da legalidade.

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: comentários a lei brasileira de arbitragem. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pg 64.

Com este princípio norteando a Arbitragem, por que não ao invés de afastar, por exemplo, a possibilidade de apreciação de questões jurídicas pelo Comitê as partes não preveem as normas que deverão ser observadas pelo comitê para as suas decisões, como enunciados dos tribunais de controle ou normativos emitidos por agências reguladoras? Com um Comitê composto por membros experientes e competentes esta prática daria liberdade para a sua plena atuação, inclusive no que diz respeito à atividade de prevenção de disputas. Isto é um ponto extremamente relevante já que, recordando ser esta a atividade que mais contribui para o bom desenvolvimento dos projetos, ao excluir do escopo de apreciação do Comitê determinados assuntos cria-se uma zona cinza bastante desconfortável.

O contrato tripartite, documento que regula a contratação dos membros pelas partes, é o instrumento ideal para esta definição. Nele constam, em geral, as informações do membro, valores de remuneração, diárias e racional de reembolsos em viagem com também seus direitos e deveres na função e, finalmente, as regras que deverão ser observadas pelo profissional no desempenho do seu trabalho. Com este vínculo estabelecido todos estarão seguros de que as decisões deverão observar este norte estabelecido pelas partes, podendo assim tirar máximo proveito da atuação do Comitê.

CONCLUSÃO

Os Dispute Boards são um método de recente adoção em nosso país, mas com uma longa e notável história de utilização em grandes projetos em todo o mundo. Durante as já cerca de 5 décadas de existência boas práticas foram sendo lapidadas e a sua eficiência aprimorada, estando hoje em um notável momento de evolução e submetidos a constantes discussões por parte dos profissionais que participam ativamente de procedimentos no Brasil e no exterior.

Com segurança se pode concluir que a melhor maneira de se extrair todo o seu potencial em benefício dos projetos é adotá-los em sua forma mais pura, com a inserção – ou a manutenção, no caso de contratos padrão que já contenham a previsão da sua atuação - de cláusula regulando a sua utilização de maneira simples, direta e que inclua as regras às quais estará submetido o comitê durante a sua atuação. Isso, claro, sem esquecer da imperiosa necessidade de escolher-se bons membros e de se compor o comitê com os perfis

profissionais adequados ao projeto já que, se a doutrina francesa dizia que a arbitragem vale tanto quanto valem os seus árbitros²⁵, nos Dispute Boards esta máxima se mantém em toda a sua essência.

²⁵ *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage.*

Bibliografia

RIBEIRO, Pedro. **Execução das Decisões dos Comitês de Resolução de Disputas**. IN: TRINDADE, Bernardo Ramos (Org.). CRD - Comitê de Resolução de disputas nos contratos de construções e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de dispute boards no brasil. 1ª ed. São Paulo: Pini, 2016.

CHERN, Cyril. *Dispute Boards*. Oxford: Blackwell, 2008, p. 360.

CHEUNG, Sai On; YIU, Tak Wing. **Are Construction Disputes Inevitable?**. In: FARRIS, George F. IEEE – Transactions on Engineering Management. V. 53, Nº 3. New Jersey: IEEE Technology and Engineering Management Society, 2006, p. 468.

DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) nos contratos da administração pública**. São Paulo: Almedina, 2022.

FIGUEIREDO, Augusto Barros de; MEDINA SALLA, Ricardo. *Manual de Dispute Boards: Teoria, Prática e Provocações*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.