ISSN 1518-2703

REVISTA
DE
ARBITRAGEM
E
MEDIAÇÃO

6

Ano 2 • julho-setembro de 2005

Coordenação: Arnoldo Wald

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO
SERVIÇO

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CLASSIFICAÇÃO
CT
RAM
2006
(2005)

ISSN 1518-2703

REVISTA *DE* ARBITRAGEM *E* MEDIAÇÃO

Ano 2 • n. 6 • julho-setembro de 2005

Coordenação: Arnoldo Wald

© *Edição e distribuição da*

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

e-mail do atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16
Impressão e acabamento: Escolas Profissionais Salesianas
CNPJ 60.927.290/0001-45

ABDR
EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

1. DOUTRINA NACIONAL

1.1

A ARBITRAGEM CONTRATUAL E OS *DISPUTE BOARDS*

ARNOLDO WALD

"The most significant development in the procedure for the resolution of disputes under international construction contracts in recent years has been the introduction of the dispute review or adjudication board, or, in the case of smaller contracts, the use of a single adjudicator or expert decision-maker, to resolve disputes before, and hopefully, instead of, arbitration." – CHRISTOPHER R. SEPPALA[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução: a evolução do contrato – 2. A conciliação da economia e do direito: a consagração do princípio da eficiência – 3. A evolução da arbitragem – 4. Os *dispute boards* – 5. A regulamentação da CCI – 6. Conclusões.

1. Introdução: a evolução do contrato

1. Até o início do século XX, o contrato constituía uma forma adequada de prever e superar os riscos e de garantir a certeza das prestações no tempo. Poder-se-ia até dizer que, na maioria dos casos, o contrato era executado num período no qual eram poucas as mudanças radicais, de modo que os contratantes conseguiam manter as regras entre eles inicialmente estabelecidas, sem maiores prejuízos. Dominava o mundo o princípio *pacta sunt servanda*. Assim, quem contratava se assegurava que, no futuro, as cláusulas e condições contratuais estabelecidas inicialmente continuariam a ser aplicadas, como se o tempo não tivesse fluído. Era o tempo das certezas, da estabilidade e da segurança. As pessoas acreditavam que as monarquias seriam eternas e que as moedas manteriam o seu poder aquisitivo.[2] Como a evolução tanto no campo político, como econômico e técnico, era relativamente lenta, predominava o que se poderia denominar a ilusão da estabilidade institucional, do mesmo modo que prevalecia "a ilusão da moeda estável".[3]

Cristopher R. Seppala, "The new FIDIC provision for a dispute adjudication board", *in Le droit des Affaires Internationales*, 1997, n. 8, p. 967.

[2] Stefan Zweig, *O mundo que eu vi* (tradução brasileira), Rio de Janeiro, Record, Guanabara, 1942, p. 15.

Irving Fischer, *L'illusion de la monnaie stable*, Paris, Payot, 1929.

2. A partir da primeira guerra mundial (1914-1918), o ritmo do tempo foi se acelerando em progressões geométricas. Já se disse que o mundo progrediu mais entre 1900 e 1950 do que nos 150 anos anteriores e que, por sua vez, o nível de civilização cresceu, em cerca de 1800 anos (do nascimento de Cristo até a Revolução Francesa), mais do que nos dez mil anos anteriores.[4] Recentemente, a evolução foi ainda mais rápida, com o uso generalizado dos novos equipamentos em todo o mundo. Assim, enquanto o acesso ao rádio e à televisão, pela maioria da população, levou algumas décadas, o computador foi adotado, em todas as áreas de atividade, em menos de vinte anos, e a internet conquistou o mundo num qüinqüênio.[5] As estruturas econômicas sofreram, assim, o que Schumpeter denominou "a destruição criadora".

3. Por outro lado, instaurou-se a economia do saber, modificando os processos de produção e comercialização, que também sofreram a influência da globalização.

4. Os três pilares do direito civil – a família, a propriedade e o contrato – já não têm as características que mantiveram até o século passado. A primeira deixou de ter como base o casamento, para ser considerada como decorrente de situações de fato, abrangendo tanto o casal como os seus descendentes. A propriedade passou a exercer uma função social e perdeu parte do seu prestígio para o direito de acesso.[6] Finalmente, o contrato, por sua vez, continuou a ser um instrumento econômico, mas também assumiu uma função social.[7]

5. A fluidez do direito e sua flexibilidade[8] fizeram com que se definisse o contrato como sendo "mais ou menos obrigatório, mais ou menos sinalagmático ou aleatório, mais ou menos sujeito à revisão, mais ou menos oponível a terceiros, sendo a sua nulidade ou resolução mais ou menos extensa."[9]

6. Clama-se, assim, desde 1950, por uma nova dogmática jurídica,[10] na qual se pretende conciliar a economia e o direito e cuja construção ocorreu, em parte, com o Código Civil de 2002. Na realidade, o progresso econômico multiplicou os riscos que são enfrentados tanto pela empresa como pelo cidadão, levando até a caracterizar o fim do século XX como o da "sociedade de riscos".[11] Efetivamente,

(4) René Savatier, *Les bases sociales du droit comparé et l'accélération de l'histoire*, p. 14.

(5) Arnoldo Wald, "A nova economia e o direito no terceiro milênio", *in Revista Ibero-Americana de Direito Público*, 2005, p 47.

(6) Jeremy Rifkin, *The age of access*, Nova Iorque, Putnams Sons, 2002, *passim*.

(7) Arnoldo Wald, "A evolução do contrato", *in Aspectos controvertidos do Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 70.

(8) Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 2004; e Jean-Carbonnier, *Flexible Droit*, 7ª ed., Paris, LGDJ, 1992.

(9) P. Malaurie e L. Aynes, *apud* Arnoldo Wald, artigo citado na nota 7, p. 71.

(10) F.C. de San Tiago Dantas, "Nova dogmática Jurídica", *in Revista Forense* n. 98, p. 293 e *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 18, p. 241.

(11) Ulrich Beck, *Risk Society*, Londres, SAGE Publications, 1992, *passim*.

os riscos se multiplicam com o decorrer do tempo, nos contratos de médio e de longo prazos e até, algumas vezes, nos de curto prazo.

7. A volatilidade das moedas, da taxa de juros, das necessidades existentes no mercado internacional e as mudanças tecnológicas acoplaram ao tradicional *pacta sunt servanda* a cláusula *rebus sic stantibus*, que, anteriormente, só se aplicava nas relações entre Estados. Tanto é verdade que as partes passaram a incluir nos contratos cláusulas de adaptação e de indexação e, na ausência das mesmas, o Poder Judiciário as considerou, muitas vezes, como sendo implícitas.

2. A conciliação da economia e do direito: a consagração do princípio da eficiência

8. Na medida em que o papel da economia passou a ser muito mais importante para todos os integrantes da sociedade, pelas repercussões que pode ensejar, sentiu-se a necessidade de conciliar o mercado e a legislação vigente. O problema mais agudo consiste na inserção do contrato no tempo, como salientado recentemente pela Professora Camille Jauffret-Spinosi.[12]

9. Ocorre que são distintos os tempos da economia e do direito e, certamente, os da realização dos negócios pelas empresas e da distribuição da Justiça. Já se disse, aliás, que a Justiça quer reconstruir o passado, restabelecer o *statu quo ante*, enquanto a economia olha para frente, tentando pacificar o futuro.[13]

10. Na conciliação que devemos fazer entre os dados econômicos e as premissas jurídicas, impõe-se introduzir na vida judiciária alguns conceitos econômicos entre os quais se destaca o da eficiência. Armando Castelar Pinheiro cita, a este respeito, os seguintes ensinamentos de Stigler:

"Enquanto a eficiência constitui-se no problema fundamental dos economistas, a justiça é a preocupação que norteia os homens do direito (...); é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato,

Relatório de síntese das *Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant de 2005*, texto em fase de publicação.

Escreve a este respeito, Armando Castelar Pinheiro, que: "A primeira questão que quero abordar é, portanto, se devemos pensar em juristas e economistas ou juristas *versus* economistas? O Dr. Arnoldo Wald mencionou na sua intervenção inicial, por exemplo, que o tempo da economia não é o tempo do direito. Mas a diferença entre os juristas e os economistas vai além da questão do tempo ou da questão que às vezes se menciona que a Justiça olha mais para trás na tentativa de reconstituir um estado anterior das partes, como foi colocado aqui pelo Advogado-geral da União, enquanto a economia olha essencialmente para frente, tentando prever e 'precificar', para usar um anglicismo hoje parte do 'economês' nacional, o que está por vir.(...) A relação entre o desempenho das instituições jurídicas e o crescimento econômico", *in O direito Brasileiro e os desafios da economia globalizada*, coord. de Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Ney Prado, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003, p. 28.

todo o comportamento racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Esta diferença significa, basicamente, que o economista e o jurista vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas".[14]

11. Na realidade, o direito brasileiro já incorporou o conceito de eficiência ao determinar, na Constituição Federal, que o Estado deve ser eficiente (art. 37, *caput*, com a nova redação dada pela EC 19/98) e considerou que o Poder Judiciário deve ser eficiente nos precisos termos da EC 45/2004.[15]

12. É, todavia, preciso salientar que não se trata de fazer prevalecer a eficiência sobre a justiça, pois tanto é perversa a eficiência injusta quanto a justiça ineficiente.

13. No campo contratual, a eficiência significa garantir a manutenção e continuidade do contrato, de modo que seja equilibrado e atenda ao espírito e à vontade das partes manifestada no momento em que foi celebrado, com os eventuais sacrifícios de um ou de ambos os contratantes no interesse comum. Já salientamos que a doutrina reconhece hoje a existência de uma *affectio contractus* análoga à *affectio societatis* ou à *affectio matrimonii*. Assim, é preciso que ambas as partes se esforcem para que o contrato se mantenha vivo, minimizando-se ou partilhando-se, se for o caso, os prejuízos. Cabe, pois, evitar a resolução do contrato, recorrendo-se à renegociação e à revisão, sem afetar o equilíbrio contratual inicial ou, no mínimo, mantendo-o nas suas linhas mestras.[16]

14. Em geral, rescindir o contrato significa perder tempo e dinheiro e a renegociação é modalidade de recuperar o tempo perdido, para utilizar a terminologia proustiana.[17]

15. Ocorre que a complexidade crescente dos contratos comerciais não se coaduna com a demora da justiça, nem com as suas decisões provisórias sujeitas a eventual reforma no futuro. As exigências do mercado de capitais, a exatidão das contas cada vez mais precisas determinada pelos auditores, pelas Bolsas de Valores e pelos órgãos governamentais (CVM e agências reguladoras independentes) não se coadunam com o tempo normal de julgamento das ações ordinárias, e que, pela sua demora, o são em todos os sentidos.

16. Considerando a nova dinâmica do tempo, o direito fez alguns progressos, substituindo a condenação em perdas e danos pela execução específica, no caso de determinadas obrigações de fazer, consideradas fungíveis (promessa de

(14) *Apud* Armando Castelar Pinheiro, Op. e loc. cit. na nota anterior.

(15) Art. 5.º, inc. LXXVIII da CF/88,de acordo com o qual fica garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país que no: "âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Arnoldo Wald, artigo citado na nota 7, p. 69.

Camille Jauffret-Spinosi, relatório citado.

venda de imóveis, cumprimento de cláusulas de acordo de acionistas), mas até essa solução só é obtida, de modo definitivo, decorrido algum tempo.

17. Por outro lado, as cautelares, liminares e tutelas antecipadas resolvem parte do problema, mas deixam os contratantes sob a espada de Damocles, receando uma ou várias modificações sucessivas da decisão, em virtude de recursos para os tribunais superiores e até da ação rescisória, cujo raio de ação tem sido aumentado recentemente, tanto em virtude de modificações legislativas como de certas posições assumidas pela doutrina e pela jurisprudência.

18. Acresce que o grande número de processos em curso dificulta a adequada apreciação de litígios complexos, decorrentes tanto de relações internacionais como de contratos internos, nos quais não houve possibilidade de previsão de todas as circunstâncias futuras. Assim, do mesmo modo que os juizados especiais de pequenas causas foram uma solução adequada para os processos mais simples, a arbitragem se desenvolve especialmente nas relações contratuais mais sofisticadas e nos contratos de longo prazo ou de parceria.

3. A evolução da arbitragem

19. Tornou-se, assim, a arbitragem, o modo preferido de solução para os contratos denominados evolutivos, dinâmicos ou relacionais (em oposição aos instantâneos ou efêmeros), que, *a posteriori*, podem ser considerados incompletos, por não terem previsto todas as circunstâncias futuras suscetíveis de afetar os interesses das partes. Esses riscos não são apenas os que existiam no passado, como os decorrentes de flutuações comerciais dos preços, mas abrangem os políticos, fiscais, regulatórios, monetários, legislativos e até judiciários. E, por outro lado, as soluções das divergências devem ser rápidas, sob pena de se tornarem inócuas e injustas.

20. Assim, a arbitragem que era, na prática brasileira, uma fórmula excepcional de solução de conflitos, passou aos poucos, nos últimos dez anos, a se generalizar nos contratos internacionais, abrangendo os realizados pelas subsidiárias de empresas estrangeiras sediadas no Brasil, nas suas relações comerciais com companhias nacionais. No campo interno, veio a ser adotada nos contratos de construção, nos pactos societários e em outras avenças de direito privado, além de ser consagrada pela lei, como modo de solução de conflitos, que pode ser utilizada nas concessões e nas parcerias público-privadas.[18]

21. Nos contratos cuja totalidade dos efeitos não se exaure de imediato, podem surgir, entre as partes, divergências ou litígios referentes à interpretação das cláusulas ou à execução das prestações. Tais divergências podem encontrar soluções já previstas pelo contrato ou serem negociadas posteriormente, ou, caso

[18] Arnoldo Wald, "A infra-estrutura, as PPP e a arbitragem", *in Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, p. 14.

contrário, ensejar litígios entre os contratantes, que se resolverão por arbitragem ou pela via judiciária.

22. Tais problemas surgem, em geral, nos contratos de execução diferida ou continuada, nos quais existem prestações futuras. Decorrem seja da omissão ou da falta de clareza do texto do contrato ou de atos posteriores ligados à atividade dos contratantes ou de terceiros, ou, ainda, de circunstâncias que lhes são alheias, inclusive força maior, caso fortuito ou atos do príncipe.

23. A distinção entre as simples divergências e os litígios decorre da densidade do desacordo existente entre os contratantes, das disposições contratuais que podem definir o regime que lhes são aplicáveis e da própria postura das partes.

24. É possível que o contrato incompleto dê competência a um terceiro para fixar determinados elementos, valores ou condições que não puderam ser definidos adequadamente no momento da sua celebração.

25. A delegação de competência a um mandatário comum de ambas as partes, para determinados fins, pode decorrer do próprio contrato.

26. Assim, o nosso Código Civil de 2002, repetindo texto constante no anterior, e que já estava previsto no Código Napoleão, admite que, na compra e venda, o preço possa ser fixado por terceiro. Se este não o fizer, a venda será considerada nula (art. 485). O texto legal não se refere à arbitragem, mas admite que a "fixação do preço possa ser deixada ao arbítrio de terceiro". Já o Código Civil francês esclarecia que, embora o preço tivesse que ser determinado pelas partes (art. 1.591), podia ser "*laissé à l'arbitrage d'un tiers*" (art. 1.592).

27. De acordo com o princípio da autonomia da vontade das partes, que prevalece sempre que não haja norma de ordem pública em sentido contrário, a delegação, a terceiro, da competência para fixar um dos elementos do contrato pode, em tese, ocorrer em todos os contratos, e não só no de compra e venda, abrangendo qualquer uma das prestações, desde que haja cláusula neste sentido.

28. Na prática brasileira, a norma tem sido pouco aplicada, fixando-se eventualmente o preço "de acordo com a taxa de mercado ou de bolsa em certo e determinado dia e lugar", nos termos do art. 486, ou "em função de índices ou parâmetros suscetíveis de objetiva determinação" (art. 487 do Código).

29. Não obstante, a licitude da delegação a terceiro na matéria é relevante, constituindo, em nosso entender, um mandato que lhe é dado, por ambas as partes, para determinados fins.[19]

[19] Há posições distintas na doutrina. Enquanto a maioria dos autores admite que se trata de mandato (Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, vol. XVI, p. 25), vários juristas caracterizam a posição do terceiro arbitrador como simples perito avaliador. Para Agostinho Alvim, que invoca as Ordenações, trata-se de árbitro (*Da compra e venda*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 40).

30. Essa delegação pressupõe a possibilidade de divergência entre as partes, pois, se, entre elas, houvesse acordo, não haveria razão para recorrer a um terceiro.

31. Entendemos que, nos textos legais, essa delegação é vinculada à arbitragem seja pelo fato de se denominar árbitro que decide no interesse das partes, como ocorre na lei francesa, seja porque ao mesmo cabe decidir de acordo com o seu arbítrio para usar a terminologia do nosso Código Civil.

32. Enquanto na França, cuja doutrina muito discutiu a matéria, considerou-se tal delegação como sendo uma "arbitragem contratual", outras legislações também fizeram uma distinção, na sua terminologia, entre o terceiro que fixa o preço e o árbitro. Assim, já no direito romano, existiam o *arbitrator*, que funcionava dentro do contexto do contrato de boa-fé, usando o *arbitrium boni viri*, e o *arbiter*, que solucionava o conflito entre as partes em virtude do compromisso. Várias leis européias também consagraram a distinção entre o árbitro avaliador ou fixador de uma prestação e o que funciona na arbitragem jurisdicional. É o que ocorreu na Itália (*arbitrato rituale*, de um lado e *arbitraggio* ou *arbitrato libero* ou *irrituale* de outro), na Alemanha (*Schiedgerichten* e *Schiedsgutachten*) e na Inglaterra (*arbitration* e *appraisement*). Ao contrário, nos Estados Unidos, foram unificadas as duas figuras, considerando-se como arbitragem toda intervenção de terceiro para complementação do contrato ou solução de litígio dele decorrente.[20]

33. No direito brasileiro, há a distinção entre a arbitragem e o arbitramento e entre árbitro e arbitrador, mas o arbitramento tem acepção própria no Código de Processo Civil e o arbitrador, embora considerado como avaliador, tem sentido genérico, como se verifica pelas definições dos vários dicionários que o definem – quando o fazem – como "quem arbitra, julga ou avalia" ou ainda "quem faz às vezes do perito no arbitramento" (Houaiss, 1ª ed., 2001, p. 276).

34. A doutrina reconhece que, no caso do art. 485 do CC/2002, o terceiro é arbitrador e não árbitro, embora se discuta a natureza jurídica do contrato que o vincula à parte, entendendo alguns que é um mandato e outros que se trata de simples perícia.

35. Embora sujeitos a regimes jurídicos distintos, as duas formas de arbitragem vêm se reaproximando no tempo em virtude da prática contratual. Efetivamente, as cláusulas contratuais passaram a conter fórmulas negociais para superar as divergências entre os contratantes, deixando, para último recurso, as soluções litigiosas e, entre estas, geralmente preferindo a arbitragem ao recurso ao Poder Judiciário.

36. Essa preocupação das partes e dos seus advogados está ligada à vontade das mesmas de manter em vigor o contrato, mesmo no caso de existirem divergên-

[20] René David, "L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats", *in Mélanges dédies à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des Sciences Sociales, 1978, p. 395; e Bruno Oppetit, "Arbitrage jurisdictionnel et arbitrage contractuel", *in Revue de l'Arbitrage*, 1977, p. 315-326.

cias, entendendo, na maioria dos casos, os contratantes, que deveriam ter soluções pacíficas. Já se disse aliás que o comércio, a negociação e a arbitragem são as armas da paz, tanto no plano internacional, como nas relações comerciais internas.[21]

37. Enquanto o recurso à Justiça faz parte da luta pelo direito à qual aludia Von Jhering, sendo uma guerra para assegurar a paz,[22] as diversas formas de arbitragem, pelo clima que criam entre as partes e pela sua confidencialidade, procuram não só o acertamento do passado e a solução das divergências presentes, mas também garantir a manutenção de boas relações futuras entre os contratantes. Na medida do possível, tratam de salvar o contrato, fazendo com que permaneça em vigor, ainda que com algumas complementações ou modificações.

38. É essa a razão pela qual René David vislumbrou na arbitragem "uma instituição de paz" e uma técnica "destinada a remediar ao subdesenvolvimento do direito".[23] Também o caráter pacificador da arbitragem foi salientado por Fouchard.[24]

39. Na doutrina e na jurisprudência francesas, consagrou-se essa distinção entre o arbitrador da arbitragem contratual, denominado *terceiro*, e o árbitro que funciona na arbitragem processual. Essa distinção terminológica – que nos parece superada, pelas razões que, em seguida, exporemos – ainda permaneceu em alguns regulamentos da CCI como o de 01.01.1990, que regula a ação cautelar pré-arbitral.[25]

40. Na realidade, desde a década de 1970, autores como René David, Bruno Oppetit e Philippe Fouchard defenderam a unificação dos dois conceitos de arbitragem, vislumbrando que neste sentido estava se inclinando a jurisprudência dos tribunais,[26] embora, em alguns dos seus artigos, considerassem que caberia ao legislador esclarecer definitivamente a matéria.[27]

41. Na época, já existiam certos regulamentos profissionais que previam a nomeação, pelas partes, por ocasião da celebração dos contratos das grandes obras

(21) Samuel Pisar, *Les armes de la paix*, Paris, Denoel, 1970; e *Coexistence and commerce*, Nova Iorque, McGraw-Hill, 1970, *passim*.

(22) Rudolf Von Jhering escreve a respeito que: "A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir" (*A luta pelo direito* (tradução brasileira), Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 21).

(23) René David, artigo citado, p. 406.

(24) Philippe Fouchard escreve que a adaptação do contrato é uma função do árbitro, que caracteriza como sendo "une mission de pacification" ("L'adaptation des contrats à la conjoncture economique", *in Revue de l'arbitrage*, 1979, n. 1, p. 82).

(25) Bernard Hanotiau, "A experiência da cautelar pré-arbitral da CCI", *in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 17, p. 325.

(26) Além das referências nos artigos anteriormente citados, cabe lembrar a afirmação de Bruno Oppetit que assinala a tendência para superar a dualidade de regimes entre a arbitragem jurisdicional e a arbitragem contratual no direito francês ("Arbitrage jurisdictionnel et arbitrage contractuel", *in Revue de l'arbitrage*, 1977, n. 4, p. 317).

Artigo citado na nota anterior, p. 326.

civis, públicas ou privadas, de um perito, cuja função consistiria em recomendar às partes a melhor solução no caso de divergência. Embora as suas decisões não tivessem caráter vinculatório, funcionava como uma espécie de mediador, cuja experiência e idoneidade deveriam encaminhar a adoção de fórmulas para esclarecer a interpretação e facilitar a execução do contrato no caso de desacordo das partes. A CCI chegou inclusive a aprovar, em 1976, um "*Règlement d'expertises*", que tratou da matéria e continua em vigor.

42. Para dar maior força à decisão do perito, evitando que tivesse um aspecto meramente consultivo, as partes podiam, no seu contrato, dar-lhe efeito vinculatório, o que fizeram em alguns casos, nos quais consideraram o terceiro como mandatário de ambas as partes. Diante dessa evolução, a CCI chegou a baixar um outro regulamento referente às relações contratuais, no qual tratava da possibilidade de incluir cláusula, no contrato, de acordo com o qual caberia a um terceiro "uma missão puramente contratual de adaptação do contrato", podendo atribuir-lhe a função de fazer recomendações ou, ao contrário, poder decisório.[28] O terceiro em questão não era considerado árbitro e o procedimento por ele seguido não devia necessariamente obedecer as regras referentes à arbitragem. E caso houvesse recusa das partes em obedecer à sua decisão que, pelo contrato, era considerada vinculatória, poderiam as partes submeter o caso à arbitragem.

43. Philippe Fouchard, escrevendo na época, considerou os mecanismos criados válidos, mas excessivamente complexos, concluindo que, se de arbitragem não se tratava, com a mesma muito se parecia a solução do terceiro com poder decisório, que era vinculatória para as partes.[29]

44. Concluindo a análise da evolução que então se processava, René David chegou a afirmar que: "dans son essence l'arbitrage est une procédure. Que cette procédure vise à résoudre des 'contestations juridiques' ou à composer de simples 'conflits d'intérêts' n'introduit qu'une distinction très secondaire aux yeux de ceux qui y ont recours. L'arbitrage du droit civil ne s'oppose en aucune façon à celui de la procédure civile: tous deux ont, à bien considérer les choses, la même fonction et une même nature. Le réalisme demande que les juristes en tirent les conséquen-

[28] Escreve a respeito Philippe Fouchard que: "C'est la nature particulière de cette mission, et le problème de qualification qu'elle soulève, qui ont conduit la Chambre de commerce internationale, en 1978, à élaborer puis à adopter un nouveau réglement, dit de 'régulation des relations contractuelles'. Cherchant à distinguer nettement ce mécanisme de régulation par rapport à la procédure arbitrale, la CCI propose aux parties, en insérant dans leur contrat une clause spéciale, de confier à un 'tiers' (il n'est pas autrement dénommé) une mission purement contractuelle d'adaptation. Il est d'ailleurs prévu que les parties peuvent conférer à ce tiers soit un pouvoir de recommandation (et l'on se retrouve dans l'hypothèse precedente, à cela près qu'ici la mission n'est pas exclusivement technique), soit un pouvoir de décision." (artigo citado na nota 24, p. 73).

Artigo citado *in Revue de l'Arbitrage*, 1979, n. 1, p. 73/74.

ces: il importe en particulier de rapprocher, dans toute la mesure du possible, les régimes de l'un et de l'autre".[30]

45. Dessa conjunção entre a evolução da função do perito ou arbitrador nos contratos de grandes obras de construção, com poderes mais ou menos amplos, na forma prevista pelo Código Civil francês e pelo regulamento da CCI, e da experiência norte-americana no mesmo sentido, surgiu e se consolidou rapidamente, a partir de 1990, o Dispute Adjudication Board, que representou uma simbiose da chamada arbitragem contratual e da jurisdicional.

4. Os *dispute boards*

46. Os *disputes boards* (DB) são os painéis, comitês, ou conselhos[31] 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 Boards* – DRB) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards* – DAB) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards – CDB*), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.

47. A grande vantagem desses organismos é o fato de serem os seus membros especialistas na matéria (objeto do contrato), que vão participar do andamento do negócio, desde o início até o fim, conhecendo todos os seus problemas. Assim, convocados em qualquer momento, podem examinar rapidamente as divergências existentes, com independência e neutralidade, dando a solução que mais interessa para o cumprimento do contrato, sem prejuízo de posteriores acertos de contas, que poderão ser objeto de negociação ou arbitragem.

48. Os recursos apresentados a um tribunal arbitral contra essas decisões não têm efeito suspensivo, quando se trata de decisões, mas suspendem a execução das simples recomendações que não são vinculatórias.

49. Podem, em tese, as partes convencionar que as decisões proferidas não estão sujeitas a qualquer recurso, caso em que só serão declaradas nulas se violarem normas legais de ordem pública.

50. Em geral, os contratos têm a previsão de arbitragem no caso de uma das partes não se conformar com a decisão do *board*. Mas é possível convencionar que todas as suas decisões serão executórias, desde logo, e que somente após a conclusão da obra poderá haver uma única arbitragem para o acerto de

(30) Artigo citado *in Mélanges dédies à Gabriel Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 406.

(31) Nos Estados Unidos e na Inglaterra, a expressão usada é *board*, que também entrou na terminologia francesa, utilizando, todavia, também a palavra Comité. Em português, manteríamos a palavra inglesa ou suas iniciais (DB) ou Conselho de solução de litígios, ou simplesmente Conselho.

contas final, fixando o valor de eventuais créditos e débitos dos contratantes, uns em relação aos outros.

51. Foram concebidos os DB para funcionarem nas grandes obras de construção, que duram algum tempo, sendo que, inicialmente as recomendações ou decisões eram da competência de um engenheiro, que funcionava como uma espécie de perito para encontrar soluções no caso de existência de divergências técnicas.[32] Aos poucos, além de técnicas, as discrepâncias passaram a ser econômicas e jurídicas e o engenheiro foi substituído por um conselho (em geral de três membros), abrangendo também economistas e advogados.

52. A função do *board* foi se situando entre a perícia propriamente dita e a decisão arbitral, sendo mais do que a primeira e menos do que a segunda. Tanto é assim que, das decisões tomadas pelo *DB*, as partes podem prever o cabimento seja da arbitragem seja do recurso ao Poder Judiciário para anular ou, conforme o que tiver sido convencionado, reformar o que foi decidido.

53. Na realidade, os *dispute boards*, que foram adotados na prática internacional pelo Banco Mundial e por outras organizações financeiras internacionais, visam garantir o bom funcionamento do contrato, evitando o recurso, seja à arbitragem, seja ao Poder Judiciário, com duas finalidades. A primeira é a manutenção de um clima harmônico e construtivo entre as partes para permitir a execução completa do contrato nos prazos e com os custos previstos. A segunda é evitar a demora das decisões judiciais ou arbitrais, preliminares ou cautelares, que não dão segurança jurídica às partes.

54. Verifica-se, efetivamente, na prática, inclusive em nosso país que, diante de divergências, uma das partes suspende o cumprimento das suas prestações. Ou é o construtor que, insatisfeito, suspende o andamento das obras ou é o cliente que, alegando a inadimplência da outra parte, deixa de fazer os pagamentos. Em ambos os casos, a obra passa a ser mais demorada e conseqüentemente mais onerosa, em virtude da necessidade de fazer o pagamento das máquinas paradas e de juros do capital com o qual a obra está sendo financiada.

55. Cabe acrescentar que a estrutura do *project finance*, que tem sido utilizada cada vez mais em grandes obras, não permite atraso nem na realização da obra, nem nos pagamentos, sob pena de perturbar radicalmente o fluxo de caixa. O Brasil sofreu, durante muito tempo, essas vicissitudes na construção, especialmente de obras públicas, a ponto de tornar, em alguns contratos, o investimento insuscetível de amortização em tempo razoável.

Sobre o regime anterior em que a função era desempenhada exclusivamente pelo engenheiro, consulte-se os excelentes artigos do Batonnier Georges Flecheux, "Le cahier des charges FIDIC et l'arbitrage", *in Revue de l'arbitrage*, 1984, n. 4, p. 451 e do mesmo em co-autoria com Isabelle Hautot, intitulado "La clause de règlement des différends dans les conditions FIDIC", *in Revue de l'arbitrage*, 1989, n. 4, p. 609. FIDIC é a Federação Internacional de Engenheiros Consultores.

56. Por outro lado, em todos os casos de *joint ventures* ou de parcerias, tanto na área privada como no setor público, é preciso que os pequenos problemas sejam resolvidos desde logo, para evitar que venham, pela soma dos mesmos, inviabilizar o prosseguimento do contrato. Como assinalam recentemente os estudiosos de administração, as adaptações contratuais e as reestruturações das *joint ventures* devem começar de imediato, pois "as chances de uma reforma triunfante são muito maiores quando o processo começa cedo, antes que os problemas criem posturas arraigadas, subdesempenho prolongado ou um ciclo de desconfiança."[33]

57. A flexibilidade nos *dispute boards* é imensa, pois a sua estruturação e competência decorrem da aplicação do princípio da autonomia da vontade, podendo as partes escolher o modelo que mais lhes convêm, tendo em vista a natureza e duração do objeto do contrato. Por outro lado, embora, originalmente, os *dispute boards* tenham sido concebidos para os contratos de obras civis, nada impede que possam ser utilizados em concessões e em parcerias público-privadas, em contratos de fornecimento de longo prazo e até para dirimir eventuais divergências no campo societário, quando se tratar de interpretação e aplicação de um acordo de acionistas.

58. A importância crescente dos *dispute boards* (DB) decorre, como já assinalamos, da inviabilidade de termos um hiato na execução do contrato e da velocidade que o mundo moderno exige dos empresários para a tomada de decisões. O tempo do *dispute board* é diferente do da justiça e da arbitragem, mesmo, se, em alguns casos mais complexos, o acerto final das contas, em virtude de uma renegociação, pode ser deixado para um outro momento, desde que as partes sejam solventes e hajam garantias adequadas, e desde que não se prejudique o andamento do contrato.

59. Na prática, um exemplo de sucesso dos *dispute boards* ocorreu no caso da construção do Eurotunel, como narrado pelo professor Philippe Malinvaud, que funcionou no mencionado caso.[34] São conhecidas as dificuldades técnicas e financeiras do túnel que foi construído debaixo do Canal da Mancha, tendo decorrido da magnitude da obra e de uma certa falta de previsão de custos, além de não terem sido inicialmente levadas em consideração certas exigências governamentais, para garantir a segurança, que vieram a ser feitas *a posteriori*. Mas, no plano jurídico, trata-se evidentemente, de um sucesso, pois os prazos, grosso modo, puderam ser respeitados.

60. Se compararmos o Eurotunel com as construções análogas, como o Canal de Suez ou o do Panamá, verificaremos que constituiu verdadeiro milagre no

[33] David Ernst e James Bamford, "Suas alianças são estáveis demais", *in Harvard Business Review*, (edição brasileira), junho, 2005, p. 100.

[34] Philippe Malinvaud, "Réflexions sur le Dispute Adjudication Board", *in Le droit privé français à la fin du XXe siécle*, Paris, Editions Litec, p. 241; republicado, com autorização do autor, na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, p. 101.

plano tecnológico e jurídico. É preciso lembrar inicialmente que as divergências entre os construtores e os concessionários, multiplicados pelo fato de se tratar, em ambos os casos, de empresas binacionais, foram sujeitos a dois direitos de sistemas diferentes (o romano-germânico para a França e o da *Common Law* para a Grã-Bretanha). Mas, assim mesmo, o *Dispute Adjudication Board*, com poderes decisórios, devendo deliberar por unanimidade – o que constituiu outra dificuldade – conseguiu, praticamente, resolver todos os problemas surgidos durante a construção, evitando que houvesse uma suspensão ou ruptura do mesmo, por qualquer uma das partes.

61. Efetivamente, informa-nos o professor Malinvaud que, das divergências surgidas entre as partes, um terço foi eliminado pelo *board* antes de ter tomado qualquer decisão, funcionando, em certo sentido, como mediador, interpretando adequadamente o contrato, superando resistência injustificada de um dos contratantes ao cumprimento de suas obrigações, sugerindo soluções ou recomendando a transação. Dos dois outros terços que ensejaram uma decisão, as partes aceitaram, na maioria dos casos, a deliberação do *board*, ou em virtude da mesma, chegaram a uma fórmula de transação. Num único caso, houve recurso à arbitragem, já que o acordo entre as partes a previa, no caso de inconformidade com a decisão do *board*. Em relação ao mesmo, decidiram os árbitros manter o que tinha sido deliberado pelos membros do DB. Finalmente, houve uma decisão do conjunto do contencioso existente entre as partes, apreciado pelo *board*, mediante a fixação dos princípios aplicáveis, que as partes aceitaram, transigindo sobre os valores devidos.

62. A grande vantagem da utilização do *board* foi, pois, de evitar tanto a interrupção das obras como a criação de um clima de hostilidade entre construtores e concessionários. Em momentos difíceis, o DB determinou fosse feito, a título provisório e durante certo tempo, um pagamento mensal complementar pelos concessionários aos construtores, para garantir a continuidade da obra, sem prejuízo de um acerto final que deveria ser feito a este respeito. Permitiu-se, assim, que as divergências não se tornassem litígios e que o contrato sobrevivesse.

63. É por este motivo que o professor Malinvaud pode concluir suas reflexões a respeito do assunto, afirmando que no caso do Eurotunel: "Au total, même si les coûts ont fâcheusement déparé pour de multiples raisons, le Projet a pu être mené à bon terme et dans des délais acceptables; tel n'aurait probablement pas été les cas si les parties n'avaient pas prévu et mis en place un système de règlement des litiges par un *Dispute Adjudication Board*".[35]

5. A regulamentação da CCI

64. A Câmara de Comércio Internacional (CCI) aprovou um Regulamento referente aos *Dispute Boards*, que entrou em vigor em 01.09.2004, após discus-

Artigo citado *in Revista de Arbitragem e Mediação* (RAM), n. 5, p. 115.

sões e debates que levaram mais de dois anos e contaram com a colaboração dos diversos comitês nacionais.

65. Ao lado da arbitragem e do serviço de perícias internacionais, a CCI entendeu que tinha chegado o momento de criar um centro de *Dispute Boards* e de aprovar um regulamento oferecendo os seus serviços no plano internacional. O Regulamento, que publicamos na *Revista de Arbitragem e Mediação*, tem 34 artigos, abrange princípios gerais e regras específicas em relação a três formas de *dispute boards*, tendo como apêndice uma tabela de custos e modelos de contratos entre as partes e os membros do *board*.[36]

66. Na apresentação do regulamento, a CCI faz a distinção entre o novo mecanismo de solução de conflitos e a arbitragem, de um lado, e as perícias, de outro. Esclarece que somente no caso da arbitragem teremos uma sentença com força executória, enquanto as decisões dos *boards*, mesmo quando vinculatórias, só obrigam as partes. O *dispute board* é concebido como um comitê incumbido de resolver divergências entre os contratantes, devendo, normalmente, ser criado no momento da celebração do contrato, para se manter e ser remunerado durante toda a sua vigência. Podendo ter um ou três membros, que devem conhecer profundamente o contrato e acompanhar a sua execução, os DB podem resolver as divergências entre as partes, mediante recomendações ou decisões, destinando-se a ser um mecanismo usado nos contratos de médio e longo prazos.

67. O regulamento faz a distinção entre os três tipos de *boards*:

a) o *Dispute Review Board (DRB)*, que se limita a fazer recomendações;

b) o *Dispute Adjudication Board (DAB)*, que tem um poder decisório, nos limites fixados pelo contrato, contra ele podendo ser admitido recurso para os árbitros ou para o Poder Judiciário, e

c) o *Combined Dispute Board (CDB)*, que pode, conforme o caso e o pedido das partes ou de uma delas, fazer uma simples recomendação ou tomar uma decisão. Na realidade, este tipo de *board* acumula os poderes dos dois outros.

68. A análise do Regulamento da CCI, que publicamos no presente número da Revista, foi feita de modo meticuloso num texto de grande interesse prático pelo advogado Christopher Koch, que participou dos trabalhos da elaboração do regulamento, e merece ser lido pelos interessados na matéria.[37] Os dados estatísticos, que nele constam, são impressionantes, pois esclarecem que de mais de 1200 divergências, que surgiram em vários contratos, em 2003, mais de 97% puderam ser resolvidas pelos *Dispute Boards*, e somente 19, ou seja, 2% ensejaram recurso à arbitragem ou ao Poder Judiciário. Acrescenta, segundo dados que colheu de outras fontes, que em contratos de construção, a existência do *Dispute Board* reduziu em

[36] O texto em francês e inglês consta da publicação n. 829 da CCI, de outubro de 2004 e da RAM n. 5, p. 331 (em inglês).

[37] O texto em francês consta no *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 15, n. 2, 2 semestre de 2004, p. 10; e em português no presente volume.

50% os litígios. Finalmente, informa que as divergências são resolvidas pelos *Dispute Boards* em média entre 90 e 180 dias, quando a arbitragem leva entre um ano e meio e cinco anos. Haveria, também, uma grande diferença em matéria de custos, pois as despesas decorrentes do *Dispute Board* representariam menos de 2% do valor do contrato, enquanto as correspondentes à arbitragem alcançariam cerca de 5% do mencionado valor.

69. No mesmo artigo, salienta-se que atualmente o *Dispute Board* pode ser usado não só nos contratos de construção, mas também em outros como os de prestação de serviços.

70. Deve também ser ressaltado que o *Dispute Board* pode ser utilizado quando há mais de dois contratantes, apresentando-se, no caso, uma alternativa quanto à sua composição. Ou se mantém o número de três membros e duas das partes indicam, em conjunto, o mesmo membro do DB, ou parte-se para um *board* de cinco membros, aplicando-se o regulamento por analogia, no que couber.

71. Concluindo a sua análise do novo Regulamento, escreve Christopher Koch:

"Le nouveau règlement de la CCI relatif aux DB cherche à offrir au monde des affaires un cadre cohérent et efficace pour constituer et faire fonctionner des Dispute Boards dans tous les secteurs de l'économie où ils peuvent servir à trancher des différends entre les parties. Il reprend les meilleures pratiques actuelles en matière de constitution et de fonctionnement des Dispute Boards et il propose aux utilisateurs une diversité de choix permettant d'adapter le DB aux nécessité du projet. Le règlement cherche aussi à donner aux DB et aux parties des lignes directrices concernant la structure et le fonctionnement des Dispute Boards. Puisque son choix s'est porté sur un règlement qui n'est pas spécifique à un secteur, la CCI espère que les Dispute Boards deviendront aussi un moyen important de règlement des différends dans d'autres secteurs que ceux de la construction et le l'ingénierie."[38]

6. Conclusões

72. Verificamos, pois, que as necessidades têm obrigado os juristas a inovar e a criar novos mecanismos de solução de conflitos, mais rápidos e menos onerosos, mais eficientes e de caráter confidencial, na medida em que o próprio contrato tem evoluído, com o aumento do papel desempenhado pelas *joint ventures* e pelas parcerias.

73. A importância do texto da CCI não decorre apenas das normas que contém, mas emana do novo aspecto e das novas dimensões dadas ao *Dispute Board*, considerado como instrumento institucional de solução de litígios. Não está mais restrito aos contratos de obras, como acontecia no passado, a sua competência se tornou mais ampla, podendo ser flexibilizada pelas partes, e o advogado passa a participar da sua composição, diante dos problemas jurídicos que deverão ser resolvidos.

Christopher Koch, "Nouveau règlement de la CCI relatif aux Dispute Board", *in Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 15, n. 2, 2004, p. 10, e em português nesta Revista.

74. Até agora, os *dispute boards* funcionavam de acordo com as regras geralmente estabelecidas por órgãos de classe dos engenheiros (como a FIDIC – *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*) e organizações nacionais ou internacionais análogas, ou decorriam da regulamentação feita por determinadas entidades, que só se aplicavam aos contratos por elas firmados, como é o caso do Banco Mundial. Já agora, temos regras internacionais estabelecidas para todas as operações, por uma entidade imparcial, que admite os *dispute boards*, funcionando como um mecanismo que pode ser pré-arbitral ou independente da arbitragem.

75. Não há dúvida que os *dispute boards* deverão ser adaptados às diversas legislações e terão peculiaridades de acordo com o seu campo de aplicação, podendo o contrato lhes dar traços peculiares, em cada caso concreto. Surgem, pois, regras da CCI não como um fim em si, mas também como abertura para uma nova forma de solução de litígios.

76. De acordo com as tradições do direito francês e de algumas outras legislações, os *dispute boards* não se podem confundir com os tribunais arbitrais. Em outros sistemas jurídicos, mais flexíveis ou mais recentes, como o nosso, é, todavia, possível conceber ou admitir que, conforme o caso e a vontade das partes, funcionem ou não como verdadeiros órgãos arbitrais. Não há dúvida que a matéria merece maior análise, devendo ser estudadas as modalidades de *dispute boards* que se conciliam com a nossa legislação.

77. Não sofremos com o peso da tradição de outros países e o regime antigamente aplicável, na Europa, ao engenheiro consultor não nos inibe de dar ao *dispute board* atual todas as suas dimensões, não só em relação ao seu campo de aplicação, mas também no tocante aos efeitos de suas decisões.

78. No momento em que o Presidente do Supremo Tribunal Federal nos propõe que façamos uma "lipoaspiração" da Constituição, é possível que ela talvez coubesse em relação ao labirinto legislativo em que vivemos. Fórmulas novas e fecundas hão de ser procuradas, encontradas e aplicadas com a finalidade de alcançar maior eficiência, garantindo, ao mesmo tempo, soluções justas e rápidas.

79. Ao lado dos processos ordinários, já adotamos os sumários e sumaríssimos e complementamos o sistema judiciário tradicional com a criação dos juizados especiais. Talvez também no campo da arbitragem possamos instituir novas fórmulas criativas, ao lado das arbitragens *fast track*, que já existem, e conjugá-las com a ação dos *dispute boards* e, em particular, do *dispute adjudication board*.

80. Diante de um novo Código Civil e de uma lei de arbitragem moderna, que tem sido interpretada construtivamente pelos tribunais, como verdadeira legislação aberta que é, talvez tenha surgido o momento de fazer do *dispute board* mais um instrumento facultativo de solução de conflitos, que obedeça aos princípios básicos de eticidade, socialidade e operabilidade que norteiam o legislador, de acordo com a lição de Miguel Reale.[39]

[39] Miguel Reale, *O projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 07 e s.