

EDIÇÕES ESPECIAIS
REVISTA DOS TRIBUNAIS

DOCTRINAS ESSENCIAIS

ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO

Volume IV

APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM

- DIREITO EMPRESARIAL (SOCIETÁRIO, CONTRATUAL, DA CONSTRUÇÃO CIVIL, FALIMENTAR) E ECONÔMICO
 - DIREITO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO
 - DIREITO DO TRABALHO
 - DIREITO DO CONSUMIDOR
- CONTRATOS DE ADESÃO. DIREITO DESPORTIVO.
DIREITO AMBIENTAL



Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivã A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial
Coordenação
Juliana De Cicco Bianco

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Assistentes Documentais: Beatriz Biella Martins e Karen de Almeida Carneiro

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Arbitragem e mediação : arbitragem aplicada / Arnaldo Wald, organizador.
- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. - (Coleção doutrinas essenciais ; v. 4)

Conteúdo: Direito administrativo - Direito empresarial - Direito tributário
- Direito do trabalho - Direito do consumidor - Investimentos - Outros temas

ISBN 978-85-203-5553-4 (obra completa)
ISBN 978-85-203-5560-2

1. Arbitragem (Direito) 2. Arbitragem (Direito) - Brasil I. Wald, Arnaldo. II. Série.

14-09347

CDU-347.918

Índices para catálogo sistemático: 1. Arbitragem : Direito processual 347.918

EDIÇÕES ESPECIAIS
REVISTA DOS TRIBUNAIS

DOCTRINAS ESSENCIAIS

ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO

Volume IV

APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM

- DIREITO EMPRESARIAL (SOCIETÁRIO, CONTRATUAL, DA CONSTRUÇÃO CIVIL, FALIMENTAR) E ECONÔMICO
 - DIREITO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO
 - DIREITO DO TRABALHO
 - DIREITO DO CONSUMIDOR
- CONTRATOS DE ADESÃO. DIREITO DESPORTIVO. DIREITO AMBIENTAL

ARNOLDO WALD
Organizador

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

plícita nem implicitamente, não se tratando, outrossim, de litisconsórcio necessário unitário.

22. No caso, os árbitros decidiram reconhecer a inviabilidade da extensão da sua competência, para chamar ao feito as empresas que controlam, direta e indiretamente, a Brasoil, por faltarem os requisitos legais e processuais para tanto. Pode ter, inclusive, influenciado os árbitros, a informação de acordo com a qual os tribunais brasileiros não homologariam a decisão arbitral, se viesse a abranger pessoas jurídicas que não tinham firmado o compromisso, não tendo aceito expressamente a competência do Juízo Arbitral para dirimir conflito que os viesse alcançar patrimonialmente.⁷

23. Essa compatibilização da *Lex Mercatoria* com a lei brasileira, que encontramos na última decisão referida, é da maior importância num momento em que se multiplicam, de um lado, no plano econômico, as operações de *project financing*⁸ e de *joint-venture*, e, no plano jurídico, as subsidiárias e as *special purpose companies*, ambas constituindo instrumentos úteis e preciosos, especialmente em certas condições, nas quais as empresas querem limitar a sua responsabilidade contratual. Prevalece, assim, aliás, a posição do direito brasileiro, que, somente, em caráter excepcional, admitiu a responsabilidade do controlador por atos e débitos da empresa controlada. É evidente que a generalização da incidência da teoria dos grupos, em todos os casos, poderá ensejar um verdadeiro retrocesso econômico e jurídico, transformando as subsidiárias em verdadeiras empresas em comandita por ações, nas quais caberia, sempre, uma responsabilidade ilimitada ao controlador, o que talvez viesse inibir determinadas atuações pioneiras no campo industrial e empreendimentos importantes no campo financeiro.

7. Decisão proferida no caso ICC 7.307/FMS, em caráter preliminar, em relação ao chamamento ao feito de terceiros por uma das partes litigantes, com a oposição da outra.

8. Jean Pierre Mattout, *Le financement de projet ou la puissance du contrat*, in *O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos, Estudos em Homenagem ao Professor Arnoldo Wald*, São Paulo, RT, 1992, p. 347 ss.

8

DISPUTE RESOLUTION BOARDS: EVOLUÇÃO RECENTE

ARNOLDO WALD

Doutor honoris causa da Universidade de Paris II. Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ. Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Advogado e Árbitro.

Revista de Arbitragem e Mediação • RArb 30/139 • jul./2011

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: O presente artigo trata de um instituto que tem se mostrado extremamente eficaz na solução de conflitos, especialmente aqueles oriundos de projetos de construção: os dispute boards. O autor analisa o desenvolvimento do instituto, desde a sua criação até os dias atuais, traçando um panorama da sua utilização no Brasil. Em seguida, aborda as características desse instituto e suas vantagens em relação à arbitragem e ao contencioso judicial, discutindo a relação de complementaridade entre os dispute boards e a arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: *Dispute boards* – Arbitragem – Construção – Contratos

ABSTRACT: This article focuses on an institute that has proven to be extremely effective in the dispute resolution field, especially with regard to disputes arising from construction projects: the dispute boards. The author analyses the development of the institute, since its inception until the present days, with an overview of its use in Brazil. Furthermore, the article addresses the characteristics of this institute, as well as its advantages in comparison to arbitration and litigation, discussing the complementary relationship between the institute and arbitration.

KEYWORDS: Dispute boards – Arbitration – Construction – Contracts

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A evolução dos *dispute resolution boards* – 3. Os *dispute resolution boards* no Brasil – 4. Principais vantagens dos *dispute boards* e diferenças em relação à arbitragem e ao contencioso judicial – 5. A complementação entre a arbitragem e os *dispute boards* – 6. Conclusão.

1. Introdução

1. O instituto da arbitragem foi pouquíssimo utilizado no Brasil até o final do século XX. A falta de autonomia da cláusula arbitral e a consequente necessidade de celebração do compromisso arbitral tornavam o instituto pouco atrativo para os empresários. Mesmo após a promulgação da Lei de Arbitragem - Lei 9.307/1996, foi apenas a partir de 2001, com a declaração de sua constitucionalidade pelo STF, a postura pró-arbitragem que tem sido adotada pelo STJ e o crescente reconhecimento das numerosas vantagens do instituto, que o uso da arbitragem cresceu - e continua crescendo - exponencialmente no Brasil. O mesmo caminho parecem trilhar os *dispute resolution boards*.

2. O século XXI é o século da velocidade, da descontinuidade e da incerteza, no contexto de uma sociedade que é, sem dúvida, uma sociedade de riscos. É, também, um século que vive o expressivo aumento do intercâmbio comercial e cultural promovido pela globalização, resultando um maior choque de culturas e, conseqüentemente, as dificuldades dele decorrentes. Os mercados, antes restritos e regionais, se tornam amplos e transnacionais, com a entrada de novos *players*, cuja importância mundial se modificou em pouco tempo.

3. A concorrência internacional gerada por esse processo exige maior eficiência dos empresários, do Estado e da Justiça, que foi elevada a norma constitucional.¹

4. Por outro lado, multiplicam-se as parcerias, em todas as suas formas: nacionais e internacionais, privadas e públicas, entre sociedades que, no passado, eram ou ainda atualmente são concorrentes, e entre empresários e investidores. Nesse contexto, revela-se necessária a adoção de mecanismos adequados, especializados e rápidos para a solução dos conflitos de interesses entre todos os participantes, diretos ou indiretos, dessas relações, de forma a evitar que se sacrifique a eficiência da vida empresarial.

5. Nesse contexto surgiram, na década de 1970, os *dispute resolution boards*, no âmbito das grandes obras de construção, com o fim de evitar que eventuais conflitos entre as partes se transformassem em verdadeiros litígios e prejudicassem o bom andamento dos trabalhos. Hoje em dia,

1. Art. 37 da CF/1988: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)".

mais de 30 anos depois, provada sua eficácia, é hora de promover sua maior utilização no Brasil, inclusive em outras áreas além da construção, como é o caso em matéria societária e contratual em geral.

2. A evolução dos *dispute resolution boards*

6. Até a década de 1940, os contratos de construção eram mais simples em sua estrutura, não exigindo mecanismos complexos para resolver os eventuais conflitos deles oriundos. Assim, os meios mais comuns de resolução de disputas surgidas em matéria de construção eram as negociações, ou a decisão pelo arquiteto ou engenheiro da obra.

7. Essa forma de solucionar os conflitos levava, entretanto, a uma situação de patente desequilíbrio, porque o engenheiro, contratado pelo dono da obra, tinha o poder de resolver as controvérsias surgidas entre este e o empreiteiro, num claro conflito de interesses.²

8. Após a II Guerra Mundial, a competição entre os construtores se tornou mais intensa e os contratos de construção se tornaram mais complexos. Os engenheiros tiveram que passar a observar não somente aspectos técnicos, mas também outros de naturezas diversas, como normas ambientais, requisitos governamentais e socioeconômicos, e passaram a ter que enfrentar pressões de grupos ligados à defesa do interesse público.³

9. Diante desse novo cenário, os problemas oriundos dos contratos de construção também se tornaram mais complexos. Os conhecimentos técnicos dos engenheiros e dos arquitetos, que antes bastavam para a resolução dos problemas, se mostraram insuficientes, diante da nova gama de matérias a serem enfrentadas, e a contribuição de profissionais de outras áreas se fez cada vez mais necessária. As relações na indústria

2. Tal situação foi bem observada por Christopher R. Seppälä, ao defender novo mecanismo imparcial de solução de conflitos pré-arbitragem proposto pela Fídic - Federação Internacional de Engenheiros Consultores, em substituição à figura do engenheiro: "As the Engineer is hired and paid by, and administers the contract on behalf of, the Employer, he is not independent of the parties and cannot reasonably be expected to be always impartial in the settlement of disputes. The significance of the new procedure for resolving disputes before arbitration which Fídic proposes is that it provides for a decision maker who is completely independent of the parties and who should be able always to act impartially" (The new Fídic provision for a dispute adjudication board, *International Business Law Journal* 8/968, 1997).

3. No Brasil, exemplo emblemático é o da construção da hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu, no sul do Estado do Pará.

da construção se tornaram mais sensíveis, e novas formas de resolução de disputas tiveram que ser encontradas.

10. O contencioso judicial apresenta alto custo, longa duração, falta de especialização por parte do julgador e belicosidade, o que inviabiliza a manutenção de uma boa relação futura entre as partes e a continuidade dos negócios entre elas. Os *dispute resolution boards* foram criados no contexto da busca por alternativas a essas características.

11. O *dispute resolution board* foi usado, pela primeira vez, em 1975, com grande sucesso, na construção da segunda parte do Túnel Eisenhower, no estado norte-americano do Colorado. Nas décadas seguintes, os *dispute boards* experimentaram enorme crescimento e sucesso, em diversos tipos de construção, especialmente nos Estados Unidos.

12. Em 1996, foi criada a *Dispute Resolution Board Foundation*, com o objetivo de promover o uso dos *dispute boards* e atuar como organismo técnico junto aos donos das obras, empreiteiros e membros do painel, a fim de melhorar, cada vez mais, esse mecanismo de resolução de litígios.

13. Atualmente, os *dispute boards* são muito usados por bancos de desenvolvimento, como o Banco Mundial, bem como em obras públicas e privadas em diversos países. Outros organismos internacionais importantes, como a CCI⁴ e a Fidic, também os adotam, e sua utilização está prevista, até mesmo, em algumas legislações nacionais, como, por exemplo, as da Inglaterra e do México.

14. Exemplo clássico da utilização dos *dispute boards* foi a construção do Eurotúnel, no Canal da Mancha.⁵ São conhecidas as dificuldades técnicas e financeiras envolvidas na construção do túnel debaixo do Canal da Mancha, decorrentes 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 seguran-

4. Em entrevista a respeito da criação do Regulamento de *Dispute Boards* da CCI, Pierre Genton esclareceu que "alternative methods of dispute resolution are being increasingly used in commerce. As the world business organization, ICC wished to offer the business community a set of modern tools covering the prevention as well as the resolution of disputes". Na mesma oportunidade, Peter Wolrich complementou: "There was a desire to create a set of rules that was more flexible and innovatory" (ICC Dispute Board Rules: practitioners' views, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, n. 1, p. 43-44, 2007).

5. Philippe Malinvaud, Reflexiones sur le "dispute adjudication board", *Revista de Arbitragem e Mediação* 5/101 (DTR\2005\223). São Paulo: Ed. RT, abr.-jul. 2005.

ça, que foram feitas *a posteriori*. Nesse difícil contexto, a utilização dos *dispute boards* foi um verdadeiro sucesso, e os prazos, a grosso modo, puderam ser respeitados.⁶

15. De acordo com informações divulgadas pela *Dispute Resolution Board Foundation*, o uso dos *dispute boards* tem crescido em torno de 15% ao ano, sendo que, levantamento realizado no final de 2006, esclarece que mais de 2000 projetos com montante superior a US\$ 100 bilhões já haviam utilizado esse mecanismo, com taxa de sucesso de aproximadamente 98%.⁷

3. Os *dispute resolution boards* no Brasil

16. Apesar da crise, da qual o mundo começa a se recuperar, o Brasil tem atraído cada vez mais investimentos internacionais. Segundo dados do Banco Central, de 2000 a 2010, o volume do Investimento Estrangeiro Direto - IED recebido pelo Brasil pulou de US\$ 3,2 bilhões para US\$ 48,5 bilhões, um crescimento de mais de 1.500%. Em 2010, esse volume bateu seu recorde histórico, chegando a US\$ 48 bilhões. A previsão para 2011 é de que pode chegar a US\$ 65 bilhões, o que significaria uma participação de 5,8% do Brasil nos fluxos globais de IED.⁸ Some-se a isso, nos próximos anos, os investimentos a serem destinados ao país, em razão da Copa do Mundo de Futebol em 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016.

17. Adicionalmente, a expectativa é que o Governo Federal invista R\$ 1,59 trilhão entre 2011 e 2014, no Programa de Aceleração do Crescimento - PAC II. Apenas à área da construção, a União planeja destinar R\$ 137 bilhões anualmente.⁹

18. Acresce que a urgência em se atender certas necessidades da construção de infraestrutura, abrangendo obras imensas, como hidrelétricas, nem sempre permitiu que todos os projetos fossem completos e

6. Arnaldo Wald, A arbitragem contratual e os *dispute boards*, *Revista de Arbitragem e Mediação* 6/17. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.

7. Disponível em: "www.drb.org/database_intro.htm". Acesso em: 18.07.2011.

8. Estadão Notícias, "Brasil tem IED recorde de US\$ 48,5 bi em 2010", 25.01.2011. Disponível em: "www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-ied-recorde-de-us-485-bi-em-2010,670960,0.htm". Acesso em: 22.06.2011.

9. UOL Notícias, "Governo lança PAC 2 para investir R\$ 1,59 trilhão e impulsionar campanha de Dilma", 29.03.2010. Disponível em: "http://noticias.uol.com.br/especiais/pac/ultnot/2010/03/29/governo-lanca-pac-2-para-investir-r-159-trilhao-e-impulsionar-c-ampa-panha-de-dilma.jhtm". Acesso em: 22.06.2011.

precisos em cada um de seus aspectos, ensejando dúvidas e conflitos na sua execução.

19. Essa conjuntura é extremamente propícia para o desenvolvimento de novas formas de solução de conflitos, sobretudo aquelas que favoreçam sua prevenção, como é o caso dos *dispute boards*. Exemplo recente de sua utilização no Brasil está na construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo, projeto financiado pelo Banco Mundial.

20. A utilização dos *dispute boards* no Brasil, porém, ainda é rara. Tal situação se deve, em grande parte, ao desconhecimento e à desconfiança, sobretudo entre os profissionais da área jurídica, quanto à sua admissibilidade no direito brasileiro, em sua modalidade obrigatória (os chamados *dispute adjudication boards*).¹⁰

21. Tal desconfiança, no entanto, se assemelha àquela que existiu em relação à arbitragem até 2001 e, a nosso ver, não se justifica. A decisão proferida pelo *dispute board*, seja ela recomendatória ou obrigatória (conforme o tipo de *dispute board* adotado), tem natureza contratual e estará sempre sujeita a re-apreciação em sede arbitral ou judicial (conforme o que esteja previsto na cláusula contratual de resolução de disputas), cumpridos os requisitos pertinentes à espécie de *dispute board* contratualmente escolhida.

22. Tem-se, portanto, um grande campo para a utilização e desenvolvimento dos *dispute boards* no Brasil nos próximos anos. Não é por outra razão que a 11.ª Conferência da *Dispute Resolution Board Foundation* foi realizada em São Paulo, em maio de 2011, e que algumas instituições brasileiras já estão estudando ou em vias de oferecer a seus clientes um regulamento de *dispute boards* (tal como já faz, por exemplo, em nível internacional, a CCI). É o caso da Câmara de Arbitragem do Instituto de Engenharia, do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e da Camarb.

4. Principais vantagens dos *dispute boards* e diferenças em relação à arbitragem e ao contencioso judicial

4.1 O escopo e a composição dos *dispute boards*

23. A função do *dispute resolution board* é definida pelo contrato e eventuais outras regras e/ou documentos a que ele faça referência, po-

10. Sobre as diferentes espécies de *dispute resolution boards*, ver Arnaldo Wald, *op. cit.*

dendo ser submetidas ao painel não somente as questões técnicas, mas quaisquer questões relacionadas ao contrato, ou dele oriunda, quer sejam técnicas, jurídicas ou econômicas.

24. Embora originalmente concebidos para os contratos de construção, a utilização dos *dispute boards* em outros tipos de contratos, como concessões, parcerias público-privadas, contratos de fornecimento e, até, divergências societárias, é crescente, e bastante vantajosa em contratos de longo prazo ou de execução diferida.¹¹

25. A composição do *dispute board* depende da natureza do contrato, dos conflitos potenciais que lhe serão submetidos e dos valores envolvidos. O painel poderá ser formado por uma, três ou mais pessoas, sempre em número ímpar, e poderá abranger profissionais de diferentes áreas, como engenheiros, economistas, advogados, administradores, conforme o caso. A situação ideal é de colaboração entre as diferentes áreas, de acordo com a necessidade do negócio e das partes.

26. Em qualquer caso, para que o *dispute board* possa ser eficiente e cumprir de forma adequada sua função, é necessário que seus membros acompanhem, desde o início, a execução do contrato, conhecendo o dia a dia do negócio e o relacionamento entre as partes. É importante também que os membros do painel sejam informados regularmente acerca do desenvolvimento do contrato, tanto mediante o acesso à documentação pertinente, quanto por visitas regulares ao local de sua execução.¹² Com isso, o procedimento perante um *dispute board* pode ser sumário, contando com tempo relativamente limitado para a realização de investigações ou reflexões mais profundas.¹³

27. Em suma, podemos dizer que a função de um *dispute board* situa-se entre a perícia e a decisão arbitral, sendo mais do que a primeira, pois o painel profere uma decisão ou recomendação, conforme o caso,

11. Pierre Genton, quando questionado a respeito dos tipos de contrato nos quais os *dispute resolution boards* poderiam ser aplicados, já sustentava que os mesmos poderiam ser utilizados em "any mid or long-term contract, in whatever field. I could mention, in particular, banking, insurance and any other commercial contract such as purchase contracts performed over a period of several years" (*op. cit.*, p. 44).

12. Christopher Koch, Novo regulamento da CCI relativo aos *dispute boards*, Revista de Arbitragem e Mediação 6/162. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.

13. De acordo com Christopher R. Seppälä: "As the procedure before the Board is a summary procedure, the Board may be of relatively limited value in the case of, for example, very big or complex disputes" (*op. cit.*, p. 977).

e menos do que a segunda, pois tal decisão ou recomendação não tem, necessariamente, caráter vinculante,¹⁴ embora possa tê-lo.

4.2 As principais características que diferenciam os *dispute boards* do contencioso judicial e arbitral

28. Tratando-se de todos os métodos comumente referidos como de resolução de disputas (embora aqueles mais familiarizados com os *dispute boards* defendam que estes configuram, na realidade, mecanismo de prevenção de disputas), convém destacar as principais diferenças entre os *dispute boards*, a arbitragem e o contencioso judicial.

29. Dentre as principais vantagens dos *dispute boards*, que não se verificam na arbitragem e no contencioso judicial, está o fato de os primeiros serem, em geral, formados antes ou no momento do início da execução do contrato e terem caráter permanente, o que permite que os membros do painel tomem conhecimento dos eventuais conflitos em tempo real e os apreciem antes mesmo do surgimento do litígio.¹⁵ Pela mesma razão, os membros do painel são, em regra, mais experientes e tem mais familiaridade com o negócio a eles submetido.

30. Outra importante consequência decorrente do caráter permanente dos *dispute boards* é que as partes tendem a ser mais cautelosas ao submeterem suas reclamações ao painel, evitando posições frágeis ou radicais, que poderiam afetar sua credibilidade perante o painel. Dessa forma, a tendência é que somente os conflitos efetivamente relevantes sejam levados ao *board*, encontrando-se soluções negociadas para os demais.

31. Essas características facilitam a descoberta da verdade real, e permitem um clima menos contencioso ou agressivo entre as partes. No caso de contratos de construção, permitem, ainda, ao dono da obra, controlar mais adequadamente o orçamento, evitando despesas altas e a imprevisibilidade de uma disputa surgida após o início da execução do projeto.

32. Embora qualquer um dos métodos parta da premissa de que aquele que apreciará o conflito deva ser independente em relação às partes, a escolha dos membros do *board* também é peculiar. No judiciário, a parte não tem qualquer discricção em relação à escolha do julgador, ao passo que, na arbitragem, em regra, quando se trata de tribunal composto por três árbitros, o árbitro-presidente tende a ser escolhido pelos coárbitros ou pelo presidente da instituição que administra o procedimento. Já

14. Arnaldo Wald, op. cit., p. 18; Christopher R. Seppälä, op. cit., p. 983.

15. Christopher Koch, op. cit., p. 145-146.

nos *dispute boards*, todos os seus membros são escolhidos diretamente pelas partes.¹⁶

33. É preciso salientar que, assim como os árbitros, os membros do *dispute board* não têm responsabilidade pessoal ou profissional por suas ações como membros do painel, salvo se tiverem agido de má-fé, o que lhes proporciona maior independência e liberdade para agirem e proferirem sua decisão ou recomendação da forma que lhes parecer mais justa e adequada.

34. Os *dispute boards* também apresentam procedimento mais informal, inclusive no que tange à apresentação de documentos, e, nos casos de construção, costumam se limitar àqueles normalmente produzidos no curso da obra e no eventual depoimento de testemunhas.

35. Os *dispute boards* ainda apresentam diversas outras vantagens. A primeira delas é a confiança e o respeito das partes em relação a esse método de resolução de controvérsias e a cada membro do painel, adquiridos durante todo o curso da execução do contrato, por meio do contato direto com os representantes de cada uma das partes em campo, no dia a dia da obra.

36. Por outro lado, os *dispute boards* facilitam a comunicação aberta e a cooperação entre as partes no intuito de resolverem suas controvérsias de forma amigável, muitas vezes sem ter que recorrer ao próprio *dispute board*. Segundo informações divulgadas pela *Dispute Resolution Board Foundation*,¹⁷ o número médio de disputas levadas ao *board* costuma ser de apenas 1,2 por projeto de construção que adota esse mecanismo, número significativamente inferior ao número de disputas levadas à arbitragem ou ao Poder Judiciário em projetos que não preveem o uso dos *dispute boards*.

37. Como os conflitos são solucionados praticamente em tempo real, cada disputa surgida é resolvida individualmente, evitando que várias controvérsias se acumulem, mantendo-se, assim, o clima de afinidade

16. A respeito, explica Christopher R. Seppälä: "If there is only one member of the Board, then he or she is to be chosen by the parties. If there are to be three members, then each party should nominate one for approval of the other party, and the parties should mutually agree on the third (...). Each member must be, and remain throughout the contract period, independent of the parties. He must have no interest, financial or otherwise, in either parties and must not have been employed by either of them or the Engineer (unless this has been disclosed)" (op. cit., p. 969).

17. Disponível em: "www.drb.org/database_intro.htm". Acesso em: 18.07.2011.

entre as partes,¹⁸ contribuindo para que a relação entre elas se prolongue, o que é positivo tanto para as próprias partes quanto para a sociedade.

38. No que tange aos custos, eles são divididos igualmente entre ambas as partes, impedindo qualquer tipo de dúvida quanto à independência e imparcialidade dos membros do painel.¹⁹ Se compararmos os custos de um conflito submetido a um *dispute board* com outro submetido à arbitragem, verificaremos que o custo de um *dispute board* costuma ser bastante inferior ao de uma arbitragem. De acordo com dados da *Dispute Resolution Board Foundation*, os custos de um conflito de construção solucionado por *dispute board* variam entre 0,05% do custo total final da obra, para projetos em que surjam poucas divergências, e 0,25% para projetos complexos e com muitas disputas, ao passo que os custos da arbitragem podem chegar a aproximadamente 5% do valor do contrato.

39. Os procedimentos submetidos aos *dispute boards* também são mais céleres, visto que as controvérsias podem ter solução imediata, embora sejam normalmente resolvidas entre 90 e 180 dias, em contraposição à arbitragem, em que a resolução da disputa pode demorar de 1 a 3 anos, especialmente havendo perícia, e ao Poder Judiciário, cuja demora para o julgamento é ainda maior. Outra vantagem extremamente atrativa é a garantia de não interrupção ou atraso da obra em caso de conflitos.²⁰

18. De acordo com Peter Wolrich, "Dispute Boards are effective because they are present throughout the life of a contract and play an active role in resolving disputes as they arise" ("ICC Dispute Board Rules: practitioners views", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, n. 1/2007, p. 44. No mesmo sentido, vide Luc Demeyere, Alternative dispute resolution. Dispute boards and the new rules of the International Chamber of Commerce (ICC), *Journal of International Dispute Resolution* 1/23, fev. 2005.

19. Quanto aos pagamentos realizados aos membros do *dispute board*, Pierre Genton preceitua que "The best method is therefore to allow the Dispute Board members to confer with each other and put forward a proposal, and not for the parties to try to impose a rate and/or inappropriate conditions. Attention should be also drawn to the principle whereby payment is 50%/50% between the parties" (op. cit., p. 50). Corroborando tal entendimento, Christopher R. Seppälä afirma que "Unlike the Engineer, the Board is a completely neutral body. The members of a Board are appointed and paid by both parties. The board has no other role under the contract than to decide disputes" (op. cit., p. 970 e 977).

20. Como já tivemos a oportunidade de observar, o *Dispute Board* poderá, por exemplo, determinar pagamento parcial mensal aos construtores a título de adiantamento ou complemento para garantir a continuidade das obras, sem prejuízo de um acerto final a ser feito posteriormente, com o fim de evitar, além da interrupção das obras, a criação de um clima de hostilidade entre as partes (Arnoldo Wald, op. cit., p. 21).

40. Alguns regulamentos de *dispute boards* preveem a exigência de confidencialidade do procedimento, como é o caso do Regulamento CCI, o que também pode ser um atrativo para as partes. Isso porque sua utilização se dá, na maioria dos casos, em projetos com alto nível técnico, envolvendo grandes atores do mercado internacional, ambiente cuja competitividade é extraordinária, e cujos segredos industriais exigem certa cautela na publicidade de eventuais conflitos surgidos entre as partes e do procedimento utilizado para sua solução.

41. Caso necessário, é possível, ainda, requerer ao painel que conceda medidas provisórias até que uma recomendação ou decisão final seja adotada pelo *board*, o que amplia os poderes do painel, dando-lhe maiores recursos para resolver o conflito.

42. Todas essas vantagens contribuem, nos casos de construção, para a redução do custo total da obra. Os contratos de longo prazo são, por natureza, incompletos, e, especialmente em se tratando de contratos complexos, que envolvem obras de grande vulto, é natural que surjam situações não previstas pelas partes, com consequências financeiras negativas. Dessa forma, ganha especial relevância poder valer-se de método econômico e eficiente de eliminação de conflitos e prevenção de litígios, que poderá evitar o recurso à arbitragem ou ao Poder Judiciário, conforme o caso.

5. A complementação entre a arbitragem e os *dispute boards*

43. A arbitragem e os *dispute boards* devem ser encarados como mecanismos complementares. Com efeito, apesar da grande eficácia dos *dispute boards* para eliminação dos conflitos surgidos no dia a dia da obra, há casos em que uma das partes poderá discordar de sua decisão ou recomendação, principalmente quando o conflito envolver questão de grande monta e/ou complexidade. Neste caso, em regra, a cláusula de resolução de conflitos por meio do *dispute board* prevê a possibilidade de, se uma das partes estiver insatisfeita com a decisão ou recomendação proferida, recorrer à arbitragem, dentro de determinado prazo.²¹

21. É o caso, por exemplo, da cláusula de resolução de disputas prevista nos contratos Fidic. Esta prevê que, havendo insatisfação de uma das partes em relação à decisão do *board*, esta deverá notificar a outra parte, para submeter a disputa à arbitragem e, por outro lado, não havendo recurso, a decisão do *board* se torna final e vinculante, devendo as partes cumpri-la, sob pena de inadimplemento contratual (The new Fidic provision for a dispute adjudication board cit., p. 973).

44. As recomendações ou decisões do *dispute board* poderão, eventualmente, ser utilizadas como prova na arbitragem, observados os limites impostos pela lei da sede do procedimento arbitral. No entanto, os membros do painel não devem ser chamados para depor como testemunhas em uma arbitragem subsequente.²²

45. Acresce, ainda, que, havendo previsão de recurso ao *dispute board* e eventual arbitragem posterior, quaisquer ações propostas perante o Poder Judiciário, antes ou durante o procedimento, deverão ser extintas sem julgamento de mérito, em favor do processo de resolução de conflitos previsto contratualmente. Tal regra está prevista, por exemplo, na Lei de Arbitragem inglesa de 1996 (*English Arbitration Act*), que se inspirou na experiência obtida com o caso do Eurotúnel.²³

6. Conclusão

46. Os *dispute boards* não apenas evitam litígios entre as partes, como também constituem um mecanismo eficaz e eficiente de resolução de disputas, diminuindo significativamente os casos que são submetidos à arbitragem ou ao Poder Judiciário (quando a arbitragem não esteja con-

22. Sobre este aspecto, Christopher Koch pondera que "o dever de confidencialidade dos membros do DB deverá impedi-los de testemunhar sobre questões fora do âmbito das determinações, salvo acordo de todas as partes do procedimento arbitral ou judicial". Op. cit., p. 161.

23. Conforme art. 9 (2) da Lei de Arbitragem Inglesa: "9. *Stay of legal proceedings.*

(1) *A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter*

(2) *An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures*

(3) *An application may not be made by a person before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings against him or after he has taken any step in those proceedings to answer the substantive claim*

(4) *On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed*

(5) *If the court refuses to stay the legal proceedings, any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of any matter is of no effect in relation to those proceedings". Disponível em: "www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents". Acesso em: 18.07.2011.*

trualmente prevista). Com isso, podem estimular, por exemplo, maiores investimentos em infraestrutura a custos mais competitivos, que são tão necessários para o Brasil neste momento.

47. Tullio Ascarelli lembrou que, no mundo de hoje, em vez de "interpretações sutis", cabe ao jurista dar soluções práticas, construtivas e inovadoras.

48. É o que têm feito nas últimas décadas os juristas brasileiros, desenvolvendo, sucessivamente, mecanismos como a correção monetária, o *leasing*, a alienação fiduciária, e mais recentemente, a arbitragem. E é o que devemos fazer agora com os *dispute boards*, tentando realizar a simbiose entre a teoria e a prática, as experiências estrangeiras e as peculiaridades brasileiras, a economia, a engenharia e o direito, a eficácia e a ética.

49. Superada a desconfiança que ainda existe quanto à plena viabilidade dos *dispute boards* no direito brasileiro, estamos certos de que este instituto, ao lado da arbitragem, tem todos os elementos necessários para constituir o futuro da resolução extrajudicial de controvérsias no Brasil do século XXI.