
DISPUTE BOARDS E A PREVENÇÃO DE LITÍGIOS

Rodrigo da Costa Dantas¹

Débora Correa Dantas²

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito. 3 Método geral de funcionamento. 4 Características. 5 Regulamentação no exterior e no Brasil. 6 Modalidades. 7 Poderes do *Dispute Board*. 8 Cogência decorrente da pactuação. 9 Aplicação na mediação e na arbitragem. 10 Questões controvertidas. 11 Conclusão. 12 Referências.

RESUMO: O autor examina o instituto dos Dispute Boards como método alternativo de solução de controvérsias e de prevenção de litígios, com uma abordagem ampla sobre o conceito do instituto, origem histórica, método de funcionamento, modalidades, regramentos no Brasil e no exterior, bem como questões controvertidas envolvendo a sua cogência e eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: *Dispute boards* – método alternativo de solução de controvérsias – contratos de construção e financiamento – *dispute adjudication boards* – *dispute review boards* – Mediação, arbitragem e conciliação.

ABSTRACT: The author examines the Dispute Boards institute as an alternative method of dispute resolution and dispute prevention, with a broad approach to the institute's concept, historical background, method of operation, modalities, and rulings in Brazil and abroad, and issues controversies involving their cogency and effectiveness.

KEYWORDS: *Dispute boards* - alternative dispute resolution method - construction and financing contracts - dispute adjudication boards - dispute review boards - Mediation, arbitration and conciliation.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o método de solução de controvérsias denominado *Dispute boards*, que vem ganhando força e notoriedade na

¹ Mestrando na Escola Paulista de Direito – EPD/SP - Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC/RJ. Oficial de Registro Civil e Tabelião de Notas do 4º Subdistrito da Comarca da Capital/SP.

² Mestranda na Escola Paulista de Direito – EPD/SP - Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Faculdade Internacional Signorelli. Advogada.

atualidade, por ser calcado na valorização do diálogo entre as partes e na resolução da controvérsia de forma quase imediata, concomitante ao nascimento da divergência de opiniões entre as partes, a fim de impedir que eventual desentendimento surgido durante a execução do contrato evolua para uma situação de litígio futuro.

O instituto foi visto pela 1ª vez na década de 60, no Estado de Washington, nos EUA, em razão da criação de um “Comitê Consultivo conjunto”, formado por 4 pessoas, com o intuito de buscar soluções para os impasses surgidos durante a execução de um projeto de construção, de grandes proporções, denominado *Boundary Dam*³.

Posteriormente, em 1975, foi instalado um *Dispute Board* no Colorado para decidir questões inerentes à construção do túnel Eisenhower⁴. Segundo Arnaldo Wald⁵, tal mecanismo também foi aplicado, com grande sucesso, na construção do Eurotúnel, construído abaixo do Canal da Mancha.

Hoje é muito encontrado nos EUA e na Europa, notadamente em contratos que envolvem grandes projetos ou obras de infraestrutura, já que, devido à riqueza indescritível de detalhes atrelados à execução da obra, é impossível que as partes, no momento da celebração do contrato, antevejam todas as questões que serão por elas enfrentadas no futuro, o que torna necessária a adoção de cláusulas contratuais abertas, contribuindo para o surgimento de desentendimentos ou impasses entre as partes durante a execução do contrato.

Esse mecanismo também é, atualmente, exigido pelo Banco Mundial em contratos de financiamento envolvendo obras de grande porte (com valores vultosos), com condição para a liberação dos valores do financiamento.

No Brasil, há notícias de que a linha amarela do Metrô de São Paulo⁶ representou um modelo de sucesso desse mecanismo, pois pouquíssimos conflitos dessa obra chegaram às vias arbitrais ou judiciais.

³ KHICHFY, Ricardo. *Erros em obras e inadimplência em contratos de construção civil*. Clube de Engenharia. Disponível em <<http://www.portalclubedeengenharia.org.br/info/erros-em-obras-e-inadimplencia-em-contratos-da-construcao-civil-2753>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:41:30.

⁴ VAZ, Gilberto José. Breves Considerações sobre os Dispute Boards no Direito Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coordenador Arnaldo Wald, São Paulo, ano 3, nº 10, julho-setembro de 2006, capítulo 2.2.1.

⁵ WALD, Arnaldo. A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: ano 2, nº 6, julho-setembro de 2005, capítulo 1.1, p. 20.

⁶ SOUSA, Antonio Luis Pereira de. *Dispute Boards*. Doc Player. Disponível em <<http://docplayer.com.br/14332436-Dispute-boards-antonio-luis-pereira-de-sousa.html>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:45:50.

2. CONCEITO

Os *Dispute Boards* podem ser conceituados, em linhas gerais, como uma técnica de resolução de conflitos contratuais, baseados na nomeação, pelas partes, de “um painel de profissionais imparciais”, ou seja, um comitê, composto, em regra, por 3 membros (a depender da complexidade do contrato), para que estes examinem as eventuais questões e desentendimentos que venham a surgir entre as partes com relação à execução do contrato, cabendo a eles propor soluções, orientações ou, até mesmo, proferir decisões a serem seguidas pelas partes, a fim de evitar que o dissenso evolua para uma situação de conflito ou de litígio.

Trata-se, portanto, de um **meio alternativo de solução de controvérsias** que, ao contrário da arbitragem, mediação e conciliação, atua em fase anterior ao surgimento do litígio, a fim de prevenir a sua ocorrência futura.

Seu funcionamento tem início com a nomeação de uma junta de técnicos de confiança das partes (ou na indicação de uma instituição especializada específica) para **acompanhar a execução do contrato e emitir, conforme a opção dos envolvidos, opiniões e pareceres**, sendo que estes poderão ser, vinculativos ou não vinculativos (do ponto de vista contratual), com o escopo de amenizar as adversidades, **prevenindo a instauração do litígio** e o surgimento de uma situação de confronto, que poderia levar ao entrave e afetar seriamente o contrato.

De acordo com a definição extraída do *site* da Câmara de Comércio Internacional:

Os Dispute Boards são organismos independentes compostos por um ou três membros, geralmente estabelecido mediante a assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo, **para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer divergências ou litígios** que possam surgir durante a execução do contrato. Normalmente utilizado em projetos de construção, os Dispute Boards também são eficientes em outras áreas, incluindo pesquisa e desenvolvimento (P&D), propriedade intelectual (PI), partilha de produção, e acordos de acionistas.⁷

Pela definição acima, fica claro que os *Dispute Boards* atuam para que disputas internas sejam solucionadas no âmbito do próprio contrato (entre as próprias partes,

⁷ COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em <<http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:48:50.

com o auxílio do comitê), mas o parecer ou a decisão apresentadas pela junta **serão sempre passíveis de discussão pela via jurisdicional, quer seja a via arbitral, quer seja a via judicial.**

3. MÉTODO GERAL DE FUNCIONAMENTO

Por possuir natureza estritamente contratual, as partes signatárias do negócio possuem ampla liberdade na escolha da forma de funcionamento dos *Dispute Boards* e na definição de seu cronograma de atuação.

A rigor, podem as partes, no contrato, optar por: (i) apenas pactuar a instalação e a criação dos *Dispute Boards*, sem detalhar o seu funcionamento; (ii) estabelecer que o cronograma de funcionamento será definido pelos membros do *Dispute Board* indicados no contrato; ou ainda (iii) indicar uma instituição (dentre as várias existentes na atualidade), para compor o *Dispute Board*, ficando a critério das partes adotar ou não o método de funcionamento disciplinado por aquela instituição por eles eleita no contrato. A amplitude dos *Dispute Boards*, portanto, será definida com base na autonomia de vontade das partes.

Em que pese exista tal liberdade quanto à delimitação de seu conteúdo, o funcionamento dos *Dispute Boards* costuma seguir alguns passos usualmente encontrados na maioria dos contratos, quais sejam:

1º) Previsão contratual estipulando o *Dispute Board* ou nomeando os membros, ou indicando a instituição especializada que será responsável pelo *Dispute Board* e qual o regulamento aplicável;

Cabe destacar que, no caso de contratos de obras, são nomeados, na maioria dos contratos, 2 engenheiros (ou técnicos no assunto) e um jurista (ou advogado), a fim de que a junta seja capaz de avaliar as questões operacionais do contrato, com o respectivo suporte jurídico.

2º) Instalação efetiva do *Dispute Board*, com a realização da 1ª reunião e o acesso aos dados do contrato, para garantir a familiarização dos membros com as partes e o contrato;

3º) Os membros do *Dispute Board*, então, conhecem o contrato, o projeto e seu escopo, os planos, desenhos, as especificações jurídicas, técnicas e financeiras, o cronograma físico-financeiro, a sequência prevista para a construção e os contatos com

as partes e outros profissionais envolvidos. Em seguida, são abastecidos pelas partes com informações relevantes sobre a execução do contrato, o progresso da obra, relatórios gerenciais, atas de reunião, anotações no livro diário de obras, correspondências e outros documentos pertinentes e relevantes, os fatos e as circunstâncias relacionadas;

4º) Os membros do *Dispute Board* passam a se reunir periodicamente com as pessoas encarregadas da execução do contrato, ou no canteiro de obras, mesmo que ainda não haja disputas, para acompanhar a execução;

5º) Se o *Dispute Board* percebe algum problema potencial, irá encorajar as partes a negociarem uma solução amigável, em tempo real, no momento do desentendimento, ainda dentro do canteiro de obras, sem maiores formalidades. Para tanto, pode se valer de um parecer simples (*informal assistance*) ou de uma audiência;

6º) Em casos mais complexos, em que as partes estejam encontrando dificuldade em chegar à autocomposição, podem elas prontamente solicitar o agendamento de uma audiência, indicando qual o escopo da questão debatida, um dossiê comum de documentos e quem participará dela, para permitir que todos se preparem adequadamente. Na audiência, cada parte terá chance de explicar sua posição de modo justo e total e terá ampla oportunidade para esclarecer adequadamente as dúvidas do *Dispute Board*;

7º) Emitido o parecer final, será ele vinculativo do ponto de vista contratual, mas isso não impede que a parte questione o seu conteúdo através da arbitragem ou pela via judicial.

4. CARACTERÍSTICAS GERAIS

A partir do conceito e do método de funcionamento acima explicitados, é possível extrair as principais características de tal mecanismo de solução alternativa de controvérsias, que podem ser divididas em 2 grupos: positivas e negativas.

Como características positivas, é possível relacionar as seguintes⁸:

⁸ COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em <<http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:48:50.

- esse mecanismo estimula o diálogo entre as partes envolvidas, pois permite que elas debatam as divergências de opiniões no momento em que surge a controvérsia, e antes que qualquer delas assuma uma posição de conflito ou litígio;
- contribui para a resolução das disputas jurídicas de forma negociada (negociada pelas partes), impedindo que o desentendimento evolua para uma situação de litígio;
- prestigia a multidisciplinariedade, pois os membros do *Dispute Board* possuem expertise na matéria controvertida (ex: obras), podendo ser combinados com profissionais da área jurídica;
- assegura maior eficiência à solução “convencionada” dos conflitos, pois não há vencedor ou vencido, já que ambas as partes fazem concessões recíprocas para colocar fim ao litígio, revelando-se um método mais eficaz de autocomposição;
- induz ao ajustamento de condutas e à cooperação entre as partes, contribuindo para a manutenção da relação contratual, em especial as que envolvem prestações periódicas, a médio e longo prazo entre as próprias partes;
- representa um meio mais rápido para a solução da controvérsia do que a arbitragem ou a via judicial, na medida em que os desentendimentos são resolvidos quase que instantaneamente, sem a necessidade de instauração de um processo;
- evita os custos de um processo (como taxas, custas e/ou honorários advocatícios), seja ele judicial ou arbitral;
- reduz o custo econômico do litígio para o empresário, pois a simples existência de um conflito formal, seja ele arbitral ou judicial, afeta o seu balanço econômico, devido à necessidade de contabilização do risco e do provisionamento de recursos;
- é marcado pela liberdade na sua pactuação e estruturação, além da confidencialidade, celeridade e a confiança nos membros do *Dispute Board* (dada a sua expertise).

Estudos recentes⁹ demonstram que aproximadamente 97% das divergências surgidas ao longo de um contrato em que esteja presente um *Dispute Board* são envolvidas em seu âmbito, evitando o recurso à Arbitragem ou ao Poder Judiciário.

Por outro lado, não podemos deixar de abordar que tal instituto também possui alguns pontos negativos, quais sejam:

⁹ OLIVEIRA, Rodrigo Cândido de. *Dispute Board ajuda a resolver conflito antes de virar litígio*. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-13/rodrigo-oliveira-dispute-board-aliado-resolucao-conflitos>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:55:13.

- As partes podem não lograr êxito em resolver suas controvérsias, mesmo com o custo despendido para a instalação do Dispute Board;
- As decisões proferidas pelos *Dispute Boards* **têm natureza meramente contratual** e não podem ser executadas perante o judiciário, ao passo que as decisões arbitrais, além de serem finais, são compulsórias e podem ser executadas perante os Tribunais;
- o Dispute Board carece de poderes para exigir a produção de provas, ou o comparecimento de testemunhas a uma audiência, sendo a oitiva informal, sem que haja um interrogatório propriamente dito;
- o *Dispute Board* pode ter a sua finalidade desvirtuada pelas partes, caso elas utilizem tal mecanismo como “balão de ensaio” para seus argumentos, ou seja, como uma etapa de prévia avaliação de sua pretensão e da razoabilidade de seus argumentos, para a instauração da arbitragem ou da via judicial;
- Há ainda o risco de parcialidade dos membros do Dispute Board.

Evidentemente, o sucesso do Dispute Board dependerá sempre da cooperação estabelecida entre as partes, da troca de informações, do comportamento, da lealdade e da civilidade com que as questões serão levantadas e debatidas, a fim de assegurar o funcionamento saudável e eficaz do comitê.

5. REGULAMENTAÇÃO NO EXTERIOR E NO BRASIL

Por inexistir disciplina legal específica, os *Dispute Boards* têm sua base em um contrato firmado entre as partes, daí ser um fenômeno que, embora possua uma denominação usualmente utilizada, pode ter regulamento variável de acordo com a instituição eleita pelas partes ou as disposições contratuais.

Assim, do mesmo modo que ocorre com a arbitragem, o regulamento da instituição eleita para administrar o Dispute Board vincula as partes contratantes desde a assinatura do contrato em que voluntariamente optaram por essa forma de gestão de conflitos.

Por isso, é importante que as partes atentem para o regulamento interno de cada instituição antes de nomeá-la para atuar como Dispute Board. Dentre as diversas instituições internacionais existentes na atualidade, destacam-se as seguintes:

- a) **Câmara de Comércio Internacional**, cujo regulamento¹⁰ está em vigor desde a data de 1º de setembro de 2004 e acessível no site *www.iccwbo.org*, na internet;
- b) **Dispute Resolution Board Foundation (DRBF – *www.drd.org*)**, que é uma fundação norte-americana voltada para a difusão e fomento da utilização de Comitês de Soluções de Controvérsias - **Manual de Práticas e Procedimento**;
- c) **Fédération des Ingénieurs-Conseils**, cuja sigla, FIDIC (*www.fidic.org*);
- d) **Dispute Resolution Board Operating Procedural da American Arbitration Association (AAA)**; dentre outras.

No Brasil, já há, no âmbito do **Instituto de Engenharia** (*www.ie.org.br*), um regulamento de Dispute Board, ao qual foi dada a denominação de **Comitê de Solução de Controvérsias**, sob os auspícios de sua Câmara de Mediação e Arbitragem.

Mas, conforme antecipado acima, por possuir natureza eminentemente contratual, nada impede que as partes de um contrato, ao invés de indicar uma das instituições acima e seus regulamentos, optem por nomear diretamente os membros do *Dispute Boards* ou pactuar o seu método e cronograma de funcionamento, com base na autonomia contratual.

6. MODALIDADES

Diante da ausência de previsão legal propriamente dita, as modalidades de *Dispute Boards* (e as respectivas nomenclaturas) acabam por receber tratamento diferenciado em cada regulamento existente. Mas, em linhas gerais, podem ser divididas da seguinte forma:

- 1) Quanto ao momento da pactuação, os *Dispute Boards* podem ser classificadas em¹¹:
 - a) **Dispute Board Full-term**: no qual as partes, **no momento da celebração do contrato**, já designam as pessoas que comporão o painel, com a finalidade de que estas se inteirem de todas as questões contratuais, disputas ou dúvidas que surgirem, permitindo que estes já se familiarizem com o contrato e com a intenção das partes, de tal modo que possam se antecipar na prevenção de desentendimentos ou de litígios.

¹⁰ COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:56:25.

¹¹ SOUSA, Antonio Luis Pereira de. *Dispute Boards*. Doc Player. Disponível em <<http://docplayer.com.br/14332436-Dispute-boards-antonio-luis-pereira-de-sousa.html>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:45:50.

Cabe destacar que essa é a modalidade mais comum de *Dispute Boards*, porém, é a mais custosa, pois as partes terão de pagar uma taxa mensal para os *Dispute Boards* estudarem documentos que lhe são enviados mensalmente, além de uma taxa adicional para que eles acompanhem a execução das prestações contratuais.

b) ***Dispute Board Ad Hoc***: no qual, **após o surgimento de uma disputa ou controvérsia**, as partes nomeiam os *Dispute Boards* e instalam o painel, para analisar essa questão em particular.

Em regra, o *Dispute Board Ad Hoc* é a modalidade mais barata, pois a instalação do painel é feita para um caso específico e, após o exame ou decisão, ele será desfeito. Em contrapartida, os membros do *Dispute Board* não acompanharão, de perto, a execução do contrato, dificultando que eles se familiarizem com as controvérsias contratuais, e impedindo que muitos dos debates sejam solucionados ainda no canteiro de obras, o que acaba por reduzir a eficácia do instituto.

2) Quanto aos poderes concedidos e o papel a ser desempenhado, os *Dispute Boards* podem ser classificadas, de acordo com o critério adotado pela Câmara de Comércio Internacional¹², em:

a) **De resolução (*Dispute Review Board*)**: nesse caso, os *Dispute Boards* se limitam a fazer **recomendações** (*non-binding opinions*) que, acaso não questionadas no prazo de 30 dias, passam a se tornar obrigatórias;

b) **De adjudicação (*Dispute Adjudication Board*)**: nela há a prolação de uma **decisão** ou “parecer” que será obrigatório e vinculativo às partes desde a sua emissão. Mas isso não impede que a disputa seja submetida a um tribunal arbitral ou judicial;

c) **Combinada (*Combined Dispute Board*)**: que compreende as duas primeiras espécies, pois se inicia com a formulação de recomendações (*Dispute Review Board*), mas pode mudar para a prolação de uma decisão (*Dispute Adjudication Board*) durante o procedimento da controvérsia;

d) **Assistência informal (*Informal Assistance*)**: Por último, há a hipótese de o *Dispute Board* exercer uma função atípica, que é o aconselhamento das partes em vista de uma dúvida qualquer, referida como assistência informal. No caso da CCI, o artigo 16(1) a 16(3) prevê a forma pela qual essa assistência será operacionalizada, devendo haver estrito respeito ao dever de informação à parte contrária, bem assim de colaboração e

¹² COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:56:25.

comprometimento de ambas. Nesses casos não existirá propriamente controvérsia ou pretensão resistida por qualquer das partes, mas somente *dúvida* acerca de um ponto específico, que se traduz na necessidade de um aconselhamento.

Podem as partes mesclar as modalidades acima indicadas, de acordo com o seu interesse e as especificidades do caso concreto, a fim de criar modalidades *sui generis*, valendo-se da liberdade contratual, desde que as modalidades eventualmente criadas não ofendam a ordem pública, os bons costumes e os princípios de gerais do direito.

7. PODERES DO DISPUTE BOARD

Feitos os esclarecimentos acima, é importante analisar quais seriam os poderes afetos aos *Dispute Boards*, seja quanto à extensão ou profundidade.

Por se tratar de um mecanismo dotado de natureza estritamente contratual, existe a possibilidade de que as partes munam o *Dispute Board* com maiores ou menores poderes, dependendo do que for almejado pelas partes e pactuado no contrato.

Para auxiliar no exame de tal questão, examinemos, a título de exemplo, o que dispõe o art. 15 do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional¹³. Segundo este regramento, os *Dispute Boards* são dotados dos seguintes poderes:

- a) Diante da hipótese de lacuna ou omissão do regulamento (pactuado ou adotado pela instituição que preside o *Dispute Board*), o comitê terá o poder de preencher essa lacuna ou omissão;
- b) Poderá determinar às partes que apresentem todos os documentos necessários ao exame das questões contratuais;
- c) Convocar reuniões e audiências, além de acompanhar a execução do contrato;
- d) Decidir sobre questões processuais ou procedimentais, seja sobre a execução do contrato ou sobre a atuação do *Dispute Board*;
- e) Colher o depoimento das partes, a oitiva de testemunhas e colher as provas que entender necessárias, na ordem que escolher;
- f) Nomear peritos, com o acordo das partes;
- g) Emitir conclusões, mesmo que uma das partes não atenda ao que lhe foi determinado pelo *Dispute Board*;

¹³ COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:56:25.

- h) decidir sobre medidas preventivas, provisórias ou conservatórias;
- i) tomar todas as medidas que se façam necessárias para o desempenho de sua função;
- j) tomar decisões com base no voto da maioria de seus membros; e
- k) adotar medidas para a proteção de segredos comerciais e informações confidenciais.

Verifica-se, portanto, que os poderes do *Dispute Board* são bem amplos, a fim de possibilitar que seus membros, no desempenho de suas funções, tenham acesso à todo o material necessário ao exame da questão que lhe é submetida, bem como compelir as partes contratantes a prestarem as informações das quais necessitem, podendo, até mesmo, impor às partes penalidades pecuniárias na hipótese de descumprimento, caso isso tenha sido devidamente pactuado no contrato.

8. A COGÊNCIA DECORRENTE DA PACTUAÇÃO CONTRATUAL

Considerando a natureza contratual do instituto, surgem, inevitavelmente, algumas indagações: até que ponto a decisão tomada pelo *Dispute Board* é obrigatória ou vinculativa para as partes contratantes? Poderia uma das partes descumprir o parecer do *Dispute Board* ou questioná-lo perante o tribunal arbitral ou judicial?

É evidente que os pareceres proferidos pelos *Dispute Boards* são dotados de natureza meramente obrigacional, figurando como um verdadeiro negócio jurídico entabulado entre partes. E tais pareceres podem ser vinculativos (do ponto de vista obrigacional) ou não vinculativos, dependendo do que for estipulado pelas partes no contrato.

Mas, ainda que seja considerado vinculativo, isso não impede que a parte o descumpra, ante a sua natureza estritamente contratual. Por isso, a fim de assegurar a eficácia da decisão ou do parecer proferido pelo *Dispute Boards* é importante que as partes estipulem antecipadamente, no contrato, que o descumprimento das orientações contidas no parecer proferido pelo *Dispute Board* enseja a aplicação de penalidades contratuais, como multa, por exemplo, podendo conjugá-la com eventual cláusula penal moratória ou compensatória.

É possível, também, que, a despeito de as partes estipulem no contrato o caráter vinculativo do parecer do *Dispute Board*, uma delas questione o seu conteúdo ou eventual vício formal do ato perante a via arbitral ou judicial.

Porém, haveria algum limite ao exame a ser realizado pelo árbitro ou pelo juiz? Poderiam o juiz ou o árbitro rever o mérito do parecer, ou estariam adstritos aos aspectos formais?

Devido à natureza contratual do instituto, é possível sustentar que a questão controvertida poderá ser reexaminada pelo juiz, com base em novas provas, ou novos documentos que justifiquem um exame mais acurado do mérito da controvérsia, bem como dos aspectos formais do parecer, ou ainda eventual impedimento dos membros do *Dispute Board*.

Note-se que os membros do *Dispute Board* não desempenham a mesma função do juiz ou do árbitro, tampouco o procedimento se enquadra como um processo em sentido estrito, o que permite que o árbitro ou o juiz se debrucem profundamente sobre a questão que lhes for submetida, seja ela meramente formal ou de mérito.

Por outro lado, embora o parecer proferido pelo *Dispute Board* tenha natureza estritamente contratual, ele figura como verdadeira transação celebrada entre as partes, sendo aconselhável que o Poder Judiciário respeite as disposições contidas no parecer/decisão proferido(a) pelo *Dispute Board* e garanta o cumprimento da solução privada negociada pelas partes, sob pena de ineficácia da decisão proferida pelo painel e de desestímulo a esse eficaz método alternativo de solução de controvérsias.

9. APLICAÇÃO NA MEDIAÇÃO E NA ARBITRAGEM

Além de contribuir para a resolução das divergências entre as partes e de evitar o surgimento do litígio, os *Dispute Boards* podem servir de base para eventual futura arbitragem ou ação judicial, contribuindo para o deslinde da questão.

Isso porque os membros dos *Dispute Boards*, em regra, são técnicos e profundos conhecedores do tema objeto do litígio e das questões contratuais, bem como dos fatos envolvidos no caso concreto.

Ainda que o parecer por eles proferido não seja cumprido por uma das partes, todo o trabalho desenvolvido no âmbito dos *Dispute Boards* servirá como princípio de prova a ser aproveitada no âmbito arbitral ou judicial, caso a situação de conflito evolua para um litígio.

Mesmo assim, o parecer do *Dispute Board* não possui caráter vinculativo ao árbitro ou ao juiz, podendo estes afastá-lo diante de provas técnicas em sentido contrário

colhidas no curso do processo, ou na hipótese de vício no parecer apresentado pelo *Dispute Boards*.

É possível, até mesmo, que os membros dos *Dispute Boards*, por serem profundos conhecedores das questões contratuais, atuem como árbitros em uma eventual e futura arbitragem, desde que as partes livremente (e conscientemente) tenham pactuado.

Porém, considerando que os membros do *Dispute Board* já possuirão opinião formada (e manifestada) sobre a questão de litígio, o ideal é que tais pessoas não figurem como árbitros, pois certamente influenciariam na decisão arbitral, que seria contaminada pela convicção já formada ao tempo de seu exame pelo *Dispute Board*.

Os membros do *Dispute Board* poderão, ainda, figurar como testemunhas em eventual lide judicial, pois não se enquadram em nenhuma das vedações contidas no art. 447 do Código de Processo Civil, lembrando que o membro do *Dispute Board* não será obrigado a depor sobre fato a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (Art. 448, II, do CPC).

Por isso, ainda que o *Dispute Board* não seja capaz de impedir a ocorrência do litígio, tal mecanismo contribui consideravelmente para o eventual exame futuro da controvérsia pelo árbitro ou pelo juiz, o que comprova a sua utilidade para as partes.

10. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Feitos os esclarecimentos acima, surgem questões outras que merecem exame, apesar da grande controvérsia que elas envolvem.

A primeira dessas questões consiste em saber se, havendo opção, manifestada de modo livre e consciente, pela estipulação contratual do *Dispute Board*, poderia um dos contratantes se recusar instituir ou a se submeter ao comitê?

A questão em tela ganha maior complexidade pelo fato de não haver regulamentação específica para tal instituto. Entretanto, não há óbice que sejam aplicadas ao caso, por analogia, as disposições contidas na Lei de Arbitragem, Lei Federal nº 9.307/1996, em especial o que estabelece o artigo 7º, assim dispõe:

Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da

outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Trata-se de medida que visa, justamente, preservar o negócio firmado entre as partes, em decorrência do *pacta sunt servanda*. Afinal, se as partes estipularam um meio alternativo de solução de controvérsias, prévio à submissão da questão ao judiciário, não poderia este ser desconsiderado, sob pena de inviabilizar – e desestimular – o instituto.

Nesse caso, poderia a parte lesada recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a se submeter ao *Dispute Board* por ela própria estipulado no contrato.

Mas, avançando ainda mais, seria possível a uma das partes recorrer ao Poder Judiciário e requerer que este examine a questão controvertida antes que esta seja analisada pelo *Dispute Board*?

A resposta parece ser negativa, pois, na hipótese em questão, caso a parte recorra diretamente ao poder judiciário, poderá a parte contrária sustentar a carência de interesse jurídico na ação, o que, de acordo com o Código de Processo Civil, consiste em um dos pressupostos processuais essenciais para o desenvolvimento do processo, cabendo ao juiz extinguir a ação sem o exame do mérito.

Portanto, o momento adequado para o exame pelo Poder Judiciário, seria somente após a manifestação do *Dispute Board*, pois aí sim nasceria para a parte prejudicada o interesse jurídico legítimo em se socorrer do Poder Judiciário, assim como ocorre na arbitragem.

Somente naquelas hipóteses em que a parte necessite de uma tutela de urgência será possível o recurso ao Poder Judiciário ou ao Tribunal Arbitral¹⁴.

Aliás, é isso o que sugere o Regulamento da CCI¹⁵ em seus artigos 4º e 5º, pelos quais o recurso à arbitragem ou às Cortes estatais será admitido somente na hipótese de uma recomendação, embora vinculativa, não ser aceita por uma das partes, ou ambas.

¹⁴ ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. *Os Dispute Boards e os contratos de construção*. Ferreira Rosa Advogados. Disponível em <<http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2017, 12:00:05.

¹⁵ COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>>. Acesso em 17 de março de 2017, 11:56:25.

Outra questão que merece exame consiste em saber se as partes poderiam, no contrato, estipular que eventual decisão/parecer a ser proferida(o) pelo *Dispute Board* não poderia ser revista pelo Poder Judiciário.

A resposta, neste caso, tende a ser negativa, pois qualquer disposição nesse sentido poderia configurar afronta ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88¹⁶.

11. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que os *Dispute Boards* representam um notável método alternativo de solução de controvérsias, decorrente de pactuação contratual, pelo qual as partes elegem uma junta de membros especialistas no assunto objeto do contrato com a finalidade de auxiliar as partes na resolução dos desentendimentos contratuais, ainda durante a execução do contrato, quase que concomitantemente ao surgimento do impasse, a fim de impedir que a divergência de opiniões evolua para uma situação de litígio.

Os *Dispute Boards* surgiram originalmente nos EUA, mas devido às suas qualidades, foram adotados na Europa e, mais recentemente, no Brasil, sendo encontrado, principalmente em contratos grandes projetos ou obras e também em contratos de financiamento, valendo citar a sua utilização no contrato para a construção da Linha Amarela do Metrô de SP.

Dentre as diversas características, destacam-se a celeridade, o estímulo à solução pactuada do conflito, a prevenção do litígio, a redução do custo se comparado aos custos de outros meios alternativos de solução de controvérsia, como a arbitragem e da via jurisdicional, bem como a confidencialidade e a liberdade contratual.

Por inexistir disciplina legal específica, os *Dispute Boards* têm sua base em um contrato firmado entre as partes, daí ser um fenômeno que, embora possua uma denominação usualmente utilizada, pode ter regulamento variável de acordo com a instituição eleita pelas partes ou as disposições contratuais.

Dentre as instituições que disciplinam o instituto em seus regulamentos, podemos citar a Câmara de Comércio Internacional, que é a mais conhecida delas,

¹⁶ BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 de março de 2017, 12:05:30;

Dispute Resolution Board Foundation, Fédération des Ingénieurs-Conseils, Dispute Resolution Board Operating Procedural da American Arbitration Association, dentre outras, e, no Brasil, o Instituto de Engenharia.

As modalidades e o método de funcionamento dos *Dispute Boards* variam de acordo com o que for pactuado pelas partes ou com o que dispuser o regulamento da instituição nomeada pelas partes, mas podem ser classificados, de acordo com o momento da pactuação, em *Dispute Board Full-term* ou *Dispute Board Ad Hoc*. E quanto aos poderes concedidos e o papel a ser desempenhado pelo *Dispute Board*, podem ser divididas em *Dispute Review Board*, *Dispute Adjudication Board*, *Combined Dispute Board*, e *Informal Assistance*.

Para garantir a eficácia de tal instituto como método de solução de controvérsias, os regulamentos das instituições acima citadas asseguram aos membros do *Dispute Board* uma série de poderes, mas o seu alcance e conteúdo pode variar de acordo com o que for convencionado pelas partes no contrato.

Embora o parecer proferido pelo *Dispute Board* tenha natureza apenas contratual, ele figura como verdadeira transação celebrada entre as partes, sendo aconselhável que o Poder Judiciário respeite as disposições contidas no parecer/decisão proferido(a) pelo *Dispute Board* e garanta o cumprimento da solução privada negociada pelas partes, sob pena de ineficácia da decisão proferida pelo painel e de desestímulo a esse eficaz método alternativo de solução de controvérsias.

Ainda que o parecer proferido pelo *Dispute Boards* não seja cumprido por uma das partes, todo o trabalho desenvolvido no âmbito de tal mecanismo servirá como princípio de prova a ser aproveitada no âmbito arbitral ou judicial, caso a situação de conflito evolua para um litígio, podendo seus membros figurarem, inclusive, como testemunhas em juízo, o que permite afirmar que tal mecanismo, ainda que não seja capaz de, no caso concreto, impedir o surgimento do litígio, poderá contribuir sobremaneira para a discussão na via arbitral ou judicial.

Por se tratar de mecanismo essencialmente contratual, destinado à prevenir a ocorrência de litígios, não pode uma das partes recorrer ao Poder Judiciário sem antes submeter a questão ao exame do *Dispute Board*, sob pena de carecer de interesse jurídico.

Regra geral, somente naquelas hipóteses em que a parte necessite de uma tutela de urgência será possível o recurso ao Poder Judiciário ou ao Tribunal Arbitral. Antes

de submeter a disputa ao comitê, não seria possível recorrer à arbitragem ou ao Judiciário, mas apenas após a prolação do parecer pelo *Dispute Board*, sob pena de inexistir interesse jurídico na ação.

E caso a parte recalcitrante se recuse a instalar o *Dispute Board* ou dele participar, poderá a parte contrária, por aplicação analógica do art. 7º da Lei de Arbitragem, se socorrer ao Judiciário para exigir que a outra parte cumpra o que foi entre elas pactuado.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que os *Dispute Boards* constituem um eficaz método alternativo (e não jurisdicional) de solução de disputas, tendo como princípios ordenadores a informalidade, liberdade, contratualidade, confiança, confidencialidade, cooperação, comprometimento e informação, o que permite às partes desenvolver técnicas de mútua preservação e de controle do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

12. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 17 de março de 2017, 12:05:30.

COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em < <http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/> >. Acesso em 17 de março de 2017, 11:48:50.

COMMERCE, Brasil International Chamber of. ICC Brasil. Disponível em < <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/> >. Acesso em 17 de março de 2017, 11:56:25.

KHICHFY, Ricardo. *Erros em obras e inadimplência em contratos de construção civil*. Clube de Engenharia. Disponível em < <http://www.portalclubedeengenharia.org.br/info/erros-em-obras-e-inadimplencia-em-contratos-da-construcao-civil-2753> >. Acesso em 17 de março de 2017, 11:41:30.

OLIVEIRA, Rodrigo Cândido de. *Dispute Board ajuda a resolver conflito antes de virar litígio*. Consultor Jurídico. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-set-13/rodrigo-oliveira-dispute-board-aliado-resolucao-conflitos> >. Acesso em 17 de março de 2017, 11:55:13.

ROSA, Pésio Thomaz Ferreira. *Os Dispute Boards e os contratos de construção*.

Ferreira Rosa Advogados. Disponível em < <http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf> >. Acesso em 17 de março de 2017, 12:00:05.

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. *Dispute Boards*. Doc Player, 2014. Disponível em < <http://docplayer.com.br/14332436-Dispute-boards-antonio-luis-pereira-de-sousa.html> >. Acesso em 17 de março de 2017, 11:45:50.

VAZ, Gilberto José. Breves Considerações sobre os Dispute Boards no Direito Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coordenador Arnoldo Wald, São Paulo, ano 3, nº 10, julho-setembro de 2006, capítulo 2.2.1.

WALD, Arnoldo. *A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: ano 2, nº 6, julho-setembro de 2005, capítulo 1.1, p. 20.