

A Prevenção de Litígios nos Contratos de Construção: A Operatividade dos *Dispute Boards*

Maria João Mimoso

Associate Professor at Portucalense University and at Polytechnic Institute of Maia, Researcher at Portucalense Institute for Legal Research – IJP and at Research Center of the Polytechnic Institute of Maia -N2i.

Joana D'arc Amaral Bortone

Researcher at Portucalense Institute for Legal Research, Portucalense Institute for Legal Research, Portucalense University.

RESUMO

Os contratos de construção são conhecidos pela sua complexidade, especificidades e longa duração. Assim, dada a necessidade de uma resposta imediata aos problemas existentes durante a fase de execução, surgiram os *Dispute Boards* (DB). Trata-se de um comitê responsável por auxiliar as partes nas suas desavenças, prevenindo disputas, proporcionando-lhes a obtenção de uma solução rápida, econômica e eficiente, prevenindo o surgimento de um litígio. Mais do que um meio extrajudicial de resolução de conflitos, como defendido por certos autores, ou câmara pré-arbitral, como apelidado, por outros, um DB é, sobretudo, um mecanismo de prevenção de conflitos. Evita não só o rompimento das relações contratuais, como acautela os eventuais prejuízos decorrentes da interrupção ou suspensão do contrato. No setor da construção civil, a instituição deste comitê permite que a obra seja acompanhada, desde o início, por especialistas,

minimizando potenciais disputas, que colocariam em risco o efetivo cumprimento do contrato. Os resultados são extraordinariamente positivos, refletindo-se na efetividade dos contratos. Uma vez cumpridos na totalidade, satisfazem não só os interesses das partes contratantes, mas de terceiros adquirentes de partes autônomas do bem construído. Evitam-se as delongas judiciais e a sua natural onerosidade.

Pretendemos, com o presente estudo, contextualizar os DB, demonstrando a sua importância, assinalando o seu contributo para o comércio internacional e explicando a razão do seu sucesso. Faremos alusão a alguns exemplos paradigma dos DB. Serão ainda referenciadas as regras criadas pela Câmara do Comércio Internacional de Paris (CCI), bem como o acolhimento dos DB pelos contratos da *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC)..

Palavras-chave: *Dispute Board*; Construção Civil; Arbitragem; Contratos.

ABSTRACT Construction contracts are known for their complexity, specificities and long duration. Thus, given the need for immediate response to problems during the execution phase, Dispute Boards (DB) arose. DB are a committee responsible for assisting the parties in their disagreements, preventing disputes, providing them with a quick, economical and efficient solution, preventing the emergence of a dispute. More than an extrajudicial means of conflict resolution, as advocated by certain authors, or pre-arbitral chamber, as called by others, a DB is, above all, a dispute prevention mechanism. It avoids not only the breach of contractual relations, but also warns against possible losses resulting from the interruption or suspension of the contract. In the construction industry, the establishment of this committee allows the work to be monitored from the very beginning by specialists, minimizing potential disputes that would jeopardize the effective compliance of the contract. The results are extraordinarily positive, reflecting on the effectiveness of the contracts. Once fully fulfilled, they satisfy not only the interests of the contracting parties but of third parties which are acquiring autonomous

parts of the constructed property. Judicial delays and their natural burdens are avoided. With this study, we intend to contextualize the DBs, demonstrating their importance, highlighting their contribution to international trade and explaining the reason for their success. We will allude to some DB's paradigm examples. Reference will also be made to the rules created by the Paris International Chamber of Commerce (JRC), as well as the reception of DBs by the Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) contracts.

Keywords: *Dispute Board; Construction Industry; Arbitration; Contracts.*

1. INTRODUÇÃO

As relações sociais reclamam cada vez mais agilidade e segurança jurídica. A evolução do mercado e do direito empresarial fez com que se passasse a adotar formas diferentes de gerir os conflitos de interesses. É ponto assente que as soluções internas serão minimizadoras dos conflitos no decurso do contrato se comparadas com as decisões impostas por uma autoridade, sem que, nessas, como sabemos, se possa ter controle sobre o tempo e custo do processo.

A vantagem está no fato de a construção de uma solução através de processos consensuais evitar os desgastes próprios das lides judiciais, em que o emprego de técnicas puramente litigiosas deprecia as relações mercantis em prejuízo do intercâmbio comercial.

Os *Dispute Boards* (DB), ao contrário da arbitragem, mediação e conciliação, conhecidos como meios extrajudiciais de resolução de conflitos, consistem na nomeação de uma junta de técnicos da confiança das partes, à qual incumbirá o acompanhamento da execução do contrato, emitindo, conforme opção dos envolvidos, opiniões e pareceres, sendo que estes poderão apresentar-se vinculativos ou não vinculativos, como observaremos oportunamente.

Para além da vantagem do *Dispute Board* acompanhar a execução do contrato e estar próximo das partes, contribuindo para a efetivação do contrato, ele constitui-se antes do surgir-

mento do conflito, contrariamente ao que ocorre na arbitragem, mediação e conciliação¹.

2. CONCEITO DE DISPUTE BOARD

Situações complexas e interrupções durante a execução de contratos de construção civil são muito comuns, especialmente nos contratos de grande porte e longa duração². Se não bastassem os transtornos decorrentes dos problemas que apresentam e da interrupção dos trabalhos, ainda existe o fator tempo e os gastos despendidos com a resolução de litígios, mesmo pela via arbitral.

Outra questão relevante é a existência de fortuitos internos e externos do contrato, previsíveis e imprevisíveis, que podem comprometer a boa execução contrato.

Foi pensando em um manancial de fatores que os *Dispute Boards*, em português, comitê de resolução de controvérsias, surgiram. Um comitê de especialistas responsáveis para acompanhar o cumprimento do contrato, minimizador de prejuízos, falhas, interrupções e, acima de tudo, evitando a formação de litígios que, comumente, levam ao rompimento dos contratos e à paralização das obras, causando danos não só aos contratantes, mas a diversas outras entidades/pessoas atingidas no âmbito desse tipo de contratos³.

Nesse contexto, o comitê é composto por um ou três especialistas, de acordo com o objeto do contrato, independentes, cujo compromisso principal é emissão de pareceres sobre o andamento das obras, análise da execução dos projetos e, acima de tudo, auxiliar as partes, evitando disputas quanto possível, ou solucionando disputas através de resoluções rápidas, baratas e eficientes, sem necessidade de instituir uma arbitragem ou mesmo o ingresso numa demanda judicial.

1 MARCONDES, A. F. M. Os dispute boards e os contratos de construção. In: MARCONDES, F. (Org.). Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção. São Paulo: PINI, 2014. p.137. ISBN-13: 978-8572662932

2 GARCÍA, R. H. Dispute boards (paneles de solución de controversias) em Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. In: GARCÍA, R. H. (Coord.). Dispute boards in Latinoamérica experiencias y retos. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, p. 23-32.

3 CAIRNS, D. J. A.; MADALENA, I. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, p. 178-198, 2006.

Necessário destacar a relevância da *expertise* dos membros do comitê, cuja técnica e experiência facilitarão a condução dos trabalhos, bem como a obtenção de resultados. Observa-se, ainda, que os *Dispute Boards* mais efetivos são aqueles instituídos no início do contrato, uma vez que quanto mais intimidade os membros do comitê tiverem com todas as cláusulas contratuais, objeto e objetivo das partes, mais facilmente alcançarão rápida solução para a condução dos trabalhos e, desse modo, corresponderem à expectativa dos contratantes⁴.

Contudo, é necessário registrar que é possível a instituição do comitê após o início do contrato, quando do surgimento de uma controvérsia, modalidade, esta, conhecida como “*ad hoc*”. A vantagem da constituição do comitê nessa versão é, exclusivamente, o fato de poder escolher especialistas para o problema *in casu*. Contudo, a desvantagem é que o comitê não terá intimidade com o contrato, o que pode demandar tempo e até a necessidade de uma perícia para que se identifique e diagnostique os problemas, para, seguidamente, se alcançar a solução mais adequada para o caso. Ademais, não se pode perder de vista que essa modalidade atenua a maior vantagem do *Dispute Board*, a saber, a previsibilidade do fortuito, evitando que o problema assumira maiores contornos de conflitualidade.

A existência do comitê, bem como as suas regulares visitas às obras, agilizam também a comunicação entre as partes, potencializando que estas recebam informações sobre o progresso dos trabalhos e, quiçá, sobre os potenciais problemas que se adivinhem. Além disso, incentivam a resolução das questões contenciosas em relação à construção, antes mesmo que se formalize uma disputa real.

As partes podem, ainda, convencionar que o comitê emita opiniões consultivas. Para que tal se torne possível, será necessário a entrega de documentos contratuais, plantas, especificações e relatórios desenvolvidos ao longo do contrato.

Os limites da competência do comitê são pactuados pelas partes, no momento da concretização e assinatura da cláusula

4 MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In *Memo-riam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 113/120. ISBN 9788522466825

sula contratual, em que elas terão a livre escolha, não só da composição, como do procedimento, dos limites e das competências a atribuir ao comitê, e ao eventual recurso cabível para arbitragem ou para o Judiciário.

No caso da arbitragem, as partes afastam a jurisdição estatal para prosseguir apenas com a atuação dos árbitros que, no final, proferirão uma decisão à qual se reconhece os mesmos efeitos das sentenças judiciais.

No dispute boards – e noutras formas extrajudiciais de solução de conflitos – é frequente as partes convencionarem cláusulas escalonadas, tendo estas como última opção o recurso à jurisdição estatal⁵.

Além disso, é também naquele momento que se determina o tipo de comitê a ser constituído. As modalidades existentes decorrem ou do modelo americano – *Dispute Resolution Boards/DRB*, ou do modelo europeu – *Dispute Adjudication Boards/DAB*. Há ainda um terceiro modelo, que importa referenciar, e que não é nada mais do que uma unificação dos dois anteriores – *Combined DB*.

A determinação de um DRB assenta-se numa recomendação que o comitê considera ideal para resolução apropriada da disputa. Tal recomendação não possui efeito vinculativo, mas apresenta considerável persuasão para as partes envolvidas. Essa característica deve-se à estrutura do próprio comitê, pois os membros foram escolhidos em função da sua especialidade e independência.

Já no modelo europeu, DAB, o que ocorre é a emissão de uma decisão contratualmente vinculante para as partes, de observância obrigatória, independentemente da interposição de recurso, quando previsto, no acordo. Normalmente, é prefixado um prazo para notificar a insatisfação ou discordância das partes com a decisão proferida, sem, contudo, isentar de cumprimento a parte irresignada.

Registre-se, ainda, a possibilidade de se instituir uma arbitragem ou de se interpor demanda judicial, após o *terminus* do

5 CARMONA, C. A. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64. ISBN 9788522455843

contrato, apenas com o intuito de compensar um eventual prejuízo que tenha sido suportado, em excesso, por alguma das partes.

É de se salientar a experiência da Câmara de Comércio Internacional, cujo regulamento se encontra em vigor desde o dia 1º de setembro de 2004 e que poderá ser um modelo a se adotar por outras câmaras.

Importa referir que, no Brasil, já há, no âmbito do Instituto de Engenharia⁶, um regulamento de *Dispute Board*, ao qual foi dada a denominação de Comitê de Solução de Controvérsias, sob os auspícios da Câmara de Mediação e Arbitragem.

Lembrando sempre tratar-se de regramento livremente pactuado pelas partes, como espécie de cláusula aberta, podendo diferir conforme a instituição eleita e as disposições contratuais. Suas principais características se assentam na consensualidade, informalidade, liberdade, não vinculação das partes às soluções adotadas e decisão tomada por técnicos imparciais e confiança das partes.

3. IMPLEMENTAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

A doutrina registra que até a década de 50 prevalecia a informalidade dos contratos de construção, cujos riscos acabavam por ser suportados, majoritariamente, pelo construtor. Daí que a arbitragem tenha passado a ser o mecanismo potenciador de algum equilíbrio contratual, muita embora a complexidade de alguns contratos e respectivos litígios tenha contribuído para o surgimento do instituto dos *Dispute Boards*, prevenindo e solucionando certo tipo de controvérsias⁷.

A adoção do mecanismo decorreu também do encarecimento dos projetos em virtude das inevitáveis lides judiciais. Como sabemos, na maioria das vezes, o tempo de espera não era, e não é, razoável, porque extenso e impiedoso, conduzindo à paralisação das obras, seja por incapacidade financeira, seja por ordem judicial. A principal preocupação, acima de tudo, era, e ainda é,

⁶ www.ie.org.br Acesso em 19.10.2019.

⁷ 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, p. 167.

o desfecho incerto, uma vez que dar continuidade ao projeto no contexto do qual tinham sido proferidas decisões liminares ou cautelares e cujo caráter precário, como sabemos, é evidente, gerava enorme insegurança e instabilidade neste tipo de contratos⁸.

Foi então que a opção por cláusulas mais flexíveis e equilibradas, referentes a conflitos e disputas, passou a ser mais recorrente, especialmente, por parte dos proprietários (contratantes, donos da obra) em benefício do próprio empreendimento. Assim, a implementação dos *Dispute Boards* passou a fazer sentido e ultrapassou resistências. Isto porque a multiplicidade de bens e serviços envolvidos na execução dos contratos dessa natureza, implicando fornecimento de mercadorias e serviços terceirizados de áreas técnicas e operacionais, levou à necessidade de implementação de soluções rápidas e eficazes.

Se considerarmos o contrato de construção, desde o nascimento do projeto até a entrega da obra, um sem número de variáveis internas e externas podem existir, *v.g.* crises econômicas, alteração de legislação, valor de insumos e eventos naturais, sendo propiciadoras de litígios decorrentes de eventuais conflitos de interesses, chegando mesmo a causar a paralisação da obra com total prejuízo para as partes.

Nessa perspectiva, os *Dispute Boards* possuem todos os elementos de sucesso, uma vez que a sua prioridade é a conclusão do contrato, não significando prejuízo apenas para uma das partes. Tais disputas podem ser revolvidas paralela ou posteriormente aos trabalhos, mantendo-se sempre a prioridade quanto ao cumprimento e finalização do contrato firmado⁹.

Com a crescente implementação dos comitês, o *Dispute Board* tem sido utilizado em diversas formas de contratos de construção, mistos, híbridos e até de manutenção. Os requisitos formais para sua implementação são a existência válida de cláusula de *Dispute Board* no contrato de construção, prevendo a possibi-

8 VAZ, G. J. Breves considerações sobre os *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, p. 140-179, v. 3, n. 10, 2006.

9 WALD, A. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

lidade de constituição de um comitê e indicação das regras procedimentais delimitadoras dos vários tipos de ação do *Dispute Board* e, por fim, o ajuste entre contratante, construtor e membros do comitê, anuindo e formalizando tudo o que deva ser regulado.

Normalmente, no mercado da construção civil, é utilizado o modelo de contrato apresentado pela Federação Internacional de Engenheiros Consultores – FIDIC e pela Câmara Internacional do Comércio – ICC. Dizemos normalmente porque, como já esclarecido, os *Dispute Boards* são passíveis de livre negociação e formatação, tratando-se de cláusulas abertas onde os contratantes podem dispor das regras enformadoras dos seus interesses.

Tendo por base o modelo FIDIC de contratação, é condição para cláusula contratual a nomeação conjunta do comitê até à data estipulada para a respetiva adjudicação. Tal nomeação é feita a partir de uma lista potencial de membros. Nesse âmbito é também costume definir-se a remuneração destes últimos.

A Câmara Internacional de Comércio (*International Chamber of Commerce* - ICC) recomenda que a cláusula contratual, para o uso do DB em contratos de construção, consagre que as disputas devam ser submetidas, em primeira instância, ao comitê e que a decisão proferida deve ser emitida de acordo com as regras pactuadas. Caso alguma das parte descumpra a decisão, a outra deve encaminhar a ocorrência para a arbitragem, foro eleito para resolução dos litígios que venham a ocorrer. Havendo insatisfação quanto à decisão do *Dispute Adjudication Board* (modalidade sugerida pela ICC), a disputa deve ser encaminhada para arbitragem do ICC. O mesmo acontece em caso de omissão do comitê ou demora na decisão¹⁰.

4. RAZÕES PARA SUCESSO DOS *DISPUTE BOARDS*

Estatísticas do setor apontam que o custo benefício da implementação dos comitês é extremamente atrativo ao mercado, uma vez que os gastos são, comprovadamente, insignificantes face ao valor global dos contratos.

¹⁰ <http://www.drb.org/publications-data/drb-database/> Acesso em 21.10.2019

O site oficial da Fundação das Bancas de Resolução de Disputas (*Dispute Resolution Board Foundation - DRBF*) fornece um banco de dados extensivo relativamente a projetos em todo o mundo que utilizaram o *Dispute Board* no mercado de construção civil, identificando contratante e construtor, valor dos contratos e valores referentes às disputas solucionadas ou encaminhadas para outros procedimentos de resolução.

Os números são interessantes e comprovam a eficiência do mecanismo dos DB, justificando a razão pela qual vários países do mundo os vêm adotando nos contratos, inclusive públicos, implementando até a sua obrigatoriedade.

O índice de sucesso assenta-se, como demonstrado, no fato de os DB constituírem mecanismos imparciais, informados e racionais para resolver questões de forma célere. O seu objetivo principal é a eficiência.

Ademais, não se pode perder de vista o fator *expertise* dos membros, o que facilita a identificação dos problemas que, nos contratos de construção, podem estar envolvidos não só com o projeto, mas também com questões relevantes de *design*, estrutura, implementação e interpretação de documentos do contrato, processo geral de resolução de disputas incidentais e outras questões não previstas no contrato, porque não previsíveis no momento da sua celebração¹¹.

Se ambas as partes estiverem predispostas a aceitar voluntariamente as recomendações do DRB, ou a não discutir as determinações do DAB, as disputas serão sempre solucionadas rapidamente, evitando dilação de prazos e custos¹².

Outra vantagem evidente é que os comitês são ouvidos imediatamente após um impasse, enquanto os fatos e circunstâncias ainda estão na memória dos envolvidos. Portanto, soluções mais bem informadas são possíveis, considerando que

11 CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 87. ISBN 9788522466825

12 MIMOSO, Maria João; ANJOS, Maria Rosário. Prevenção de Conflitos na Implementação de Contratos Grandes e Complexos. Edição Especial Publicada no International Journal of Trend in Research and Development (IJTRD), ISSN: 2394-9333, www.ijtrd.com International Conference on Trends & Innovations in Management, Engineering, Sciences and Humanities, Dubai, 20-23 de Dezembro de 2018.

testemunhas ainda estão disponíveis e o *Dispute Board* pode, efetivamente, analisar o problema e calcular os seus impactos na obra, sendo inclusive realizadas audiências em tempo real, minimizando custos. Não poderemos esquecer que o comitê acompanha, habitualmente, a execução do projeto, estando presente e contemporâneo da disputa.

Por fim, importa não perder de vista a necessidade de incentivo na implementação desses mecanismos de *Dispute Boards* nos contratos de grande complexidade e duração, uma vez que esses instrumentos agilizadores de conflitos tendem a promover os acordos entre os outorgantes do contrato principal, apresentam-se como facilitadores das relações, viabilizando a comunicação aberta, fortalecendo a confiança e a cooperação, minimizando as reclamações e as indisposições, encorajando a identificação, avaliação e negociação de questões de forma imediata e profissional e resolvendo questões simples que, futuramente, poderiam transformar-se em grandes litígios, caso não fossem tempestivamente solucionadas.

Tais características coadunam-se com a disciplina geral dos contratos, não só de construção civil, fortalecendo os princípios básicos de qualquer relação contratual, como a boa-fé e a continuidade na execução dos mesmos.

CONCLUSÕES

1. Podemos constatar que os *Dispute boards*, enquanto mecanismos de solução de controvérsias contratuais, são formados por *experts* na área do contrato, encontrando-se habilitados a lidar com divergências que surjam durante a respetiva execução;
2. Apresentam-se como um instrumento pré-arbitral ou pré-judicial, especialmente no âmbito dos contratos de construção civil e infraestruturas.
3. Neste tipo de contratos, de grande complexidade e dimensão, o fator tempo propicia divergências entre as partes envolvidas;

4. Esses fatores impõem grande atenção quanto aos modos de resolução de conflitos;
5. O andamento das obras e dos serviços iniciados requer que a execução do contrato não seja posta em causa e que qualquer desentendimento seja rapidamente ultrapassado;
6. Uma solução eficiente somente pode ser alcançada se existir um conhecimento profundo sobre as peculiaridades do projeto e técnicas envolvidas;
7. Os *Dispute boards* têm surgido como a opção mais adequada para os contratos de construção civil e infraestruturas, apresentando grandes vantagens para a execução continuada do projeto, com a particularidade de acompanharem a obra desde o início;
8. A utilização dos *Dispute boards* em projetos levados a cabo por esse mundo tem comprovado o seu sucesso, proporcionando o aprimoramento das cláusulas e do seu regime jurídico. ❖

5. BIBLIOGRAFIA

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, p. 167.

CAIRNS, D. J. A.; MADALENA, I. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, 2006.

Câmara Internacional de Comércio – <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/>

CARMONA, C. A. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 9788522455843

CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 9788522466825

Fundação das Bancas de Resolução de Disputas – <http://www.http://www.drb.org/publications-data/drb-database/>

GARCÍA, R. H. Dispute boards (paneles de solución de controversias) em Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. In: GARCÍA, R. H. (Coord.). Dispute boards in Latinoamérica experiencias y retos. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

Instituto de Engenharia – <http://www.ie.org.br>

MARCONDES, A. F. M. Os dispute boards e os contratos de construção. In: MARCONDES, F. (Org.). Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção. São Paulo: PINI, 2014. ISBN-13: 978-8572662932

MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 9788522466825

MIMOSO, Maria João; ANJOS, Maria Rosário. Prevenção de Conflitos na Implementação de Contratos Grandes e Complexos. Edição Especial Publicada no International Journal of Trend in Research and Development (IJTRD), ISSN: 2394-9333, www.ijtrd.com International Conference on Trends & Innovations in Management, Engineering, Sciences and Humanities, Dubai, 20-23 de Dezembro de 2018.

VAZ, G. J. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 3, n. 10, 2006.

WALD, A. A arbitragem contratual e os dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, 2005.

