

Os *Dispute Boards* e os Contratos de Construção

Pérsio Thomaz Ferreira Rosa

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pelo COGEAE – Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP – Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) - Membro Efetivo do IASP – Advogado em São Paulo/SP

Sumário: I. Introdução – II. Utilidade para os contratos de construção – III. O direito e a economia dos litígios – IV. Os *dispute boards* – V. A prática dos *dispute boards* – VI. Utilidade dos *dispute boards* para eventual caso de lide judicial ou arbitral – VII. Os *dispute boards* e o acesso à justiça: hipótese de cláusula escalonada? – VIII. Breve Conclusão. Bibliografia consultada

Resumo: O presente trabalho trata dos *dispute boards*, instituto ainda recente no mundo e de nenhum uso em nosso país. Trata-se de um mecanismo de solução alternativa de disputas extremamente interessante no âmbito dos contratos de construção de grande porte, haja vista o potencial contencioso que essas relações obrigacionais carregam em virtude dos diversos contratos conexos e orientados para um mesmo e único fim. A estrutura judiciária e cultura litigiosa de nosso país tornam demasiadamente onerosos litígios no âmbito de nossas Cortes, de modo que os *dispute boards* surgem como forma inteligente e rápida para a consecução do fim almejado por aqueles que participam de um dado projeto.

Abstract: The present article addresses the subject *dispute boards*, institute still recent in the world and never used in our country (Brasil). This is about a mechanism of alternative dispute resolution extremely interesting in the role of construction deeds, in view of it's potential litigation that those binding relations carried as an outcome of various connected contracts oriented to a common whole. The judicial structure and litigation culture of our country (Brasil) make it expensive to litigate, so the dispute boards come as an intelligent and rapid manner to achieve the objective aimed by those involved in a given project.

Palavras-chave: *Dispute boards* – *Alternative dispute resolution* – Formas alternativas de resolução de disputas – Cláusula escalonada – Direito e economia – Mediação, arbitragem e conciliação – Contratos de construção.

Keywords: Dispute boards – Alternative dispute resolution – Law and economics – Mediation, arbitration e conciliation – Construction deeds.

I. Introdução

De um modo geral pode-se dizer que as formas alternativas de solução de disputas, ou, em inglês, *alternative dispute resolutions*, os ADR's, são fenômeno relativamente atual e que ganha força à medida que o Poder Judiciário não consegue responder de forma qualitativa e tempestiva à enxurrada de ações que se coloca na suas pautas de julgamentos.

Há, evidentemente, uma inter-relação entre a economia dos conflitos, a lei e a atividade econômica em si. Luciano Benetti Timm¹ defende que “o Direito, bem como o Judiciário, afetam de forma clara a *performance econômica* e são imprescindíveis na análise econômica do direito. Ademais, o Judiciário cumpre sua função social de operacionalização das relações de mercado se estiver comprometido com aquelas instituições jurídicas que instrumentalizam o seu funcionamento, como livre iniciativa e autonomia privada”.

Contudo é preciso entender o termo “Judiciário” não somente como *poder* do Estado, mas sim enquanto função inerente à manutenção da paz social, qual seja, a função jurisdicional. É lugar comum a reclamação de que o Poder Judiciário não está aparelhado a exercer essa função com a agilidade que se exige dele.

Essa exigência é verificável em um sem-número de situações, quer seja em relação ao cidadão que tem direito essencial à prestação jurisdicional célere (artigo 5º, LXXVIII, da CF), quer seja em relação ao “mercado”, cuja dinamicidade necessita de rapidez, estabilidade e previsibilidade das decisões como forma de se assegurar segurança à troca de riquezas e circulação de valor.

¹ *O Novo Direito Civil – ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 115.

A proteção ao mercado reside em que “ele é a instituição que, com melhor eficiência econômica, viabiliza as trocas em uma sociedade complexa, oportunizando a melhor resposta a este dilema de necessidades ilimitadas com recursos escassos”.²

Essa proteção dá-se, em direito contratual, por exemplo, assegurando-se às partes uma prestação jurisdicional célere e cuja decisão seja a mais adequada, e que represente certo grau de previsibilidade e adequação à base negocial. Em direito processual, o instituto da súmula vinculante (Artigo 103-A, *caput*, da Constituição Federal, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004), o artigo 285-A, do Código de Processo Civil (Inserido pela Lei nº 11.277/2006) e a súmula impeditiva de recursos (artigo 518, *parágrafo primeiro*, do Código de Processo Civil, conforme redação dada pela Lei nº 11.276/2006), representam a ação do legislador rumo à estabilidade e segurança na aplicação do Direito.

Referiu-se, acima, à incapacidade de o Poder Judiciário desempenhar sua função típica em razão de um mero juízo de constatação. A causa desse fato são fatores estruturais e histórico-culturais. Refere-se, este, à formação e seleção dos juízes, bem assim à forma de aplicação da lei e racionalização do Direito; já aquele, refere-se à falta de recursos e imprevisibilidade³ das decisões judiciais. Assim, a Justiça estatal passa a padecer dos males da morosidade e da incerteza.

A professora Ada Pellegrini Grinover⁴ pondera, contudo, que o elevado grau de litigiosidade é próprio da sociedade moderna, o que não pode ser resolvido meramente pelo aumento no número de juízes, pois, na sua visão, somente faria aumentar o problema. Defende que a via conciliativa, ou seja, a auto-composição dos conflitos por meio de soluções não-adjudicatórias

² Ob. cit., p. 85.

³ Em que pesem as reformas processuais, nosso sistema dá margem de liberdade aos juízes para que, de um modo geral, possam aplicar soluções diversas a casos semelhantes. Além disso, no âmbito infraconstitucional não há um modelo de uniformização de entendimentos a respeito de matérias multidisciplinares, o que permite a adoção de jurisprudência heterogênea em relação a determinado instituto. Veja-se, exemplificativamente, o trato que a Justiça Comum e do Trabalho dão à desconsideração da personalidade jurídica, ou, ainda, o trato do tema da sucessão no âmbito da Lei nº 11.101/2005 perante uma a outra.

⁴ *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. Revista de Arbitragem e Mediação*, coordenador Arnaldo Wald, São Paulo, ano 4, nº 14, julho-setembro de 2007, capítulo 3, p. 18.

e construídas pelos próprios interessados seria a saída mais adequada: “A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o *fundamento funcional*. Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição.”

Oscar Pilagallo⁵, respondendo à questão “por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico?”, propõe, exemplificativamente, que “a construção de uma rodovia é algo muito difícil quando não há segurança jurídica”, e cita Armando Castelar Pinheiro, para quem “não por outra razão a gente tem visto tanta dificuldade de investimento privado em infra-estrutura em países em desenvolvimento”.

Cogita, também, que, “na realidade, o que a insegurança jurídica faz é reduzir o potencial de utilização de ativos”. Prossegue concluindo que “nunca será demais insistir na conexão entre segurança jurídica e desenvolvimento econômico. Nos exemplos citados, uma construtora certamente irá preferir concentrar seus negócios em países que possam garantir que a estrada construída não será expropriada. Da mesma maneira, uma pessoa, se puder, comprará imóvel em lugares onde este não lhe será tomado pelo inquilino ou pelo Estado. Em outras palavras, a insegurança jurídica incentiva a migração da poupança, que é canalizada para regiões ou países em que se tenha a expectativa de que leis não virarão pó”.

É nesse cenário que surge o foco de interesse nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

A arbitragem, em especial, é bastante antiga e sua origem é anterior à própria ideia de Poder Judiciário enquanto poder estatal. Ela agrega, ao longo da história, a ideia de que árbitros carregam maior pureza ideológica e intelectual e são capazes de entender o litígio e dotá-lo de solução mais justa.

⁵ *Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2008, capítulo 1, “O Preço da Incerteza”, p. 14 e 15.

Não é por outra razão que a *confiança* é tida como o postulado basilar em matéria de arbitragem, o qual opera com força bastante parecida em outros institutos, como a mediação, a conciliação e os *dispute boards*.

O amadurecimento do mercado e do direito empresarial fez com que se passasse a adotar, até mesmo como técnica de administrar as lides e os contratos, formas diferentes de gerir os conflitos de interesses. Parte-se do princípio de que, em relações contratuais, a crise negocial melhor serve às partes se resolvida por “construção” da solução do que por decisões adjudicadas e impostas por uma autoridade, sem que se possa ter controle do tempo e custo do processo.

A vantagem está, também, em que a construção de uma decisão em processos não adversariais acaba por evitar 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, consistem na nomeação de uma junta de técnicos da confiança das partes, à qual restará a incumbência de acompanhar a execução do contrato e emitir, conforme a opção dos envolvidos, opiniões e pareceres, sendo que estes poderão ser, ainda, vinculativos ou não vinculativos⁶.

Cuida de diferença essencial, pois, além da vantagem de o “DB” acompanhar a execução do contrato e estar próximo às partes e aos fatos relevantes, ele é constituído antes de surgir o conflito, ao contrário do que ocorre na arbitragem, mediação e conciliação, em que a divergência é anterior ao “órgão” designado e formado pelas partes para dirimi-la.

⁶ A vinculação ou não vinculação deve ser entendida sob o ponto de vista contratual, haja vista que a decisão será sempre passível de discussão pela via jurisdicional, quer seja a via arbitral, quer seja a via judicial.

O que pretendemos analisar, a seguir, de modo bastante sumário e não exaustivo, são os *dispute boards* enquanto técnica a serviço do gerenciamento de eventuais conflitos, em especial nos contratos de construção. Fazemos essa ressalva pelo fato de que é nos contratos de construção que se encontra a origem do instituto.

II. O direito e a economia dos litígios

As relações sociais reclamam cada vez mais agilidade e segurança jurídica, e nesse sentido a globalização da economia provoca mudanças legislativas que vão desde a redução da esfera de competência exclusiva das matérias afetas à decisão das Cortes estatais até a pressão por celeridade no âmbito da prestação jurisdicional.

Fomenta-se a adoção de mecanismos que construam as soluções de outro modo que não a via litigiosa, o que significa positivar que o Estado-juiz não é o único competente para *conhecer* e oferecer soluções às lides que lhe são endereçadas. Vale reforçar que a causa principal dessa afirmação é o fato de que o Poder Judiciário não está tecnicamente⁷ equipado para dar vazão (célere) ao volume de trabalho que diariamente chega aos gabinetes dos juizes.

Embora haja uma clara diferença entre a arbitragem, cuja decisão é imperativa e é proferida por árbitros considerados pela lei como juizes do fato e do direito⁸, e mecanismos tal qual a mediação, a conciliação e os *dispute boards*, o traço comum a todos eles é a possibilidade de se gerenciarem os conflitos de forma menos adversarial, tendo em vista que o processo decisório é fruto de um procedimento criado (*voluntariamente*) pelas próprias partes.

⁷ Empregamos o termo “tecnicamente” no sentido estrutural. Não fazemos, aqui, qualquer análise do ponto de vista técnico, tampouco da influência que o volume de trabalho pode causar ou causar à qualidade das decisões. Abordamos o tema apenas a partir da constatação de que o grande desafio do Poder Judiciário como um todo é o de dar resposta tempestiva e célere aos casos submetidos à sua apreciação.

⁸ O artigo 18, da Lei de Arbitragem, prescreve que “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” É juiz de fato por ter sido investido nessa função por ato voluntário das partes. É juiz de direito porque a lei estabelece que essa *investidura* autoriza-o a decidir determinado conflito de interesses. Por isso, o árbitro é juiz do fato, na medida em que lhe cabe *conhecer* o litígio, decidindo-o, e do direito, pois a ele cabe aplicar determinada regra de direito ao caso concreto.

Trata-se de elemento mais ideológico do que jurídico propriamente dito, porém é lícita a conclusão de que o respeito à solução apresentada às partes está, na maioria dos casos, atrelada à forma pela qual se engajaram na questão. Em procedimentos não adjudicatórios (mediação, conciliação e *dispute boards*, por exemplo), a construção da decisão será alcançada de forma não propriamente litigiosa, em que o diálogo e a conservação da relação contratual constituirão fator predominante e essencial.

Além disso, a opção pelos meios alternativos de solução de disputas decorre de uma pressão do “mercado” pela agilidade e previsibilidade (=adequação) na tomada de decisões, em qualquer nível que seja. Como os investimentos em geral são amparados por relações e estruturas contratuais em que é comum e até mesmo esperado o surgimento de dúvidas sobre a interpretação dos direitos e deveres que deles emergem, é preciso que sua solução ocorra com *agilidade* e *segurança*, e daí a necessidade de uma estrutura jurídico-processual adequada.

José Eduardo Faria⁹, em recente estudo sobre a inter-relação entre direito e economia, propõe nove tendências como resultado da conjuntura econômico-político-social-jurídica trazida pela globalização e internacionalização dos mercados.

A premissa basilar é de que, enquanto no direito penal o rigor das penas e a excessiva tipificação de crimes conduzem a um direito penal máximo, como resultado da necessidade de se assegurar a paz social (nona tendência), no campo do direito privado há um viés de deslegalização, desregulação, liberalização, entregando à sociedade maior autonomia no que concerne à construção de seus direitos.

O direito, assim, passa a ser, caso a caso, *built to suit*.

⁹ *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71 a 109.

É nesse sentido que José Eduardo Faria propõe que a “**quinta tendência** é de alargamento do alcance das normas de livre contratação ou de expansão dos campos de ‘contratualização’, vistos como espaços de liberdade juridicamente reconhecida para a criação de direitos subjetivos pelos próprios agentes econômicos. Em outras palavras, trata-se da reafirmação dos contratos como a forma jurídica mais adequada à transmissão da propriedade, à funcionalização das relações de compra e venda e à previsibilidade, enquanto condição básica para o cálculo racional”¹⁰.

Portanto, o direito nacional há que ser permeável à influência externa e à necessidade de segurança e agilidade, caso contrário a economia do país perderá atratividade, além do que seu crescimento será meramente orgânico e não fruto de um ciclo virtuoso.

Em direito contratual, a análise econômica das relações pode ser assim resumida: “a essência do contrato é o de promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas. Vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes”.¹¹

Portanto, as formas alternativas de solução de disputas têm o mérito de pacificar as relações contratuais de forma célere e em vista da melhor definição para determinado caso concreto (*previsibilidade*), o que acaba por ser elemento essencial e intrínseco à própria noção de equilíbrio econômico-financeiro.

III. Utilidade para os contratos de construção

¹⁰ *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

¹¹ *Direito & Economia*. Org. de Décio Zilbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, capítulo 6, “Economia dos contratos”, por Rachel Sztajn, Décio Zilbersztajn e Bernardo Mueller, p. 104.

Menciona Gilberto José Vaz¹² que foi na obra de construção do *Eisenhower Tunnel* que os *dispute boards* foram utilizados de forma experimental nos Estados Unidos. Relata que até a década de '50 (século XX) prevalecia a informalidade e os ônus acabavam por recair sobre o construtor. A arbitragem passou a ser um mecanismo de equilíbrio contratual, sendo que a complexidade dos contratos e dos litígios fez surgir uma nova forma de resolver as controvérsias - os *dispute boards*.

Aduz que a adoção do mecanismo decorreu do encarecimento dos projetos em virtude de lides judiciais que, além do mais, atrasavam o andamento das obras: “Esse encarecimento dava-se porque, em muitas vezes, a não solução da controvérsia num prazo curto terminava conduzindo a um atraso ou mesmo à paralisação das obras, por incapacidade financeira do construtor para continuar a obra sem a solução da controvérsia. A paralisação era ainda seguida de disputas judiciais ou arbitrais longas, custosas e com desfecho incerto. Os danos suportados por ambas as partes começaram a se tornar evidentes. Foi então que a opção por contratos com cláusulas mais equilibradas passou a ser mais recorrente, por parte dos proprietários, em benefício dos próprios empreendimentos. Assim sendo, a adoção de cláusulas de *dispute boards* passa a fazer maior sentido e a encontrar menos resistência”.

Outro exemplo foi dado pelo professor Arnoldo Wald¹³: “Na prática, um exemplo de sucesso dos *dispute boards* ocorreu no caso da construção do Eurotúnel, como narrado pelo professor Philippe Malinvaud, que funcionou no mencionado caso. São conhecidas as dificuldades técnicas e financeiras do túnel que foi construído debaixo do Canal de Mancha, tendo decorrido da magnitude da obra e de uma certa falta de previsão de custos, além de não terem sido inicialmente levadas em consideração certas exigências governamentais, para garantir a segurança, que vieram a ser feitas *a posteriori*. Mas, no plano jurídico, trata-se evidentemente, de um sucesso, pois os prazos, grosso modo, puderam ser respeitados”.

¹² 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, p. 167.

¹³ A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards, por Arnoldo Wald, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, nº 6, julho-setembro de 2005, capítulo 1.1, p. 20.

Há, em casos dessa natureza, o envolvimento de diversos personagens, dada a multiplicidade de bens e serviços envolvidos na execução da obra, tal como o fornecimento de aço, cabos, concreto, mão-de-obra especializada em uma gama variada de serviços, e engenheiros também focados cada qual em sua especialidade.

O projeto, desde o seu nascimento até a entrega da obra, consome tempo enorme e as projeções podem sofrer alterações em virtude de fatores externos os mais variados possíveis, tais como crises econômicas, depreciação da moeda, valor dos insumos, que podem se alterar, apreciação dos índices de correção previstos pelas partes, alteração legislativa, eventos naturais (caso fortuito ou força maior).

Todas essas intempéries são capazes de gerar lides em decorrência de conflitos de interesse que podem causar a paralisação da obra em total prejuízo das partes e, mais, daqueles que irão se beneficiar da construção em si, o que fere um interesse, por assim dizer, difuso. Nesse rol de interessados estão, por exemplo, os acionistas de uma companhia de capital aberto ou fechado.

Philippe Malinvaud¹⁴ inicia seu estudo intitulado “Reflexões sobre o Dispute Adjudication Board” dizendo que “os contratos sobre os grandes trabalhos de construção, que concernem tanto aos de natureza civil, de construção e de equipamentos industriais, suscitam muito frequentemente um importante contencioso. Os litígios podem aparecer a todo momento da operação da construção, a qual se estende por muitos anos. A questão que se coloca agora é de

¹⁴ Reflexion Sur Le Dispute Adjudication Board. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coordenador Arnaldo Wald, São Paulo, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, capítulo 2.1, p. 101 e 114, respectivamente. No original, as passagens estão assim redigidas: “Les contrats portant sur les grands travaux de construction, qui comportent tour à la fois Du génie civil, Du bâtiment et des équipements industriels, suscitent très souvent un important contentieux. Lês litiges peuvent apparaître à tout moment de l’opération de construction, laqueles s’étend généralement sur plusieurs années. La question se pose alors de recherché le meilleur moyen de traiter ces litiges sans que, par suite de la détérioration dès relations entre La parties, Le rythme ET La qualité dès travaux ne s’em ressentent. (...). Em théorie, Le mécanisme comprend tous Le ingrédients Du succès. Il oblige le parties, ET spécialement l’entrepreneur, à poursuivre lês travaux malgré le litige, quels que soient les griefs reproches au maître de l’ouvrage; em bref, l’entrepreneur NE peut jouer de l’exception d’inexécution comme un moyen de chatage ET paralyser lês travaux. Dans La mesure ou ont été designés des experts de qualité et indépendents dès parties, Il permet soit de désamorcer certains litiges, soit à défaut de lês régler très vite, dans dès délais incompatibles avec une procédure d’arbitrage. Enfin, même si l’une dès parties est mécontent de La decision, sés droit se sont pas compromis puisqu’elle peut Porter Le litige devant um tribunal arbitral”.

pesquisar o melhor modo de tratar esses litígios, sem que, apesar da deterioração das relações entre as partes, o ritmo e a qualidade das construções não sejam abalados” (*tradução livre*).

Conclui, após tecer comentários acerca do instituto, que, “em teoria, o mecanismo compreende todos os ingredientes de sucesso. Ele obriga as partes e especialmente o empresário a prosseguir os trabalhos apesar dos litígios, quaisquer que sejam as pendências com o empreiteiro. Em suma, o empresário não pode alegar a exceção do contrato não cumprido como um meio de chantagem e paralisação das obras. Na medida em que são designados experts como especialistas na matéria e independentes (*entenda-se, imparciais e da confiança das partes*) em relação às partes, permite-se resolver certos litígios, seja para regulá-los rapidamente, dentro das demoras incompatíveis com o procedimento de arbitragem. Enfim, ainda que uma das partes fique descontente com a decisão, seus direitos não são comprometidos em vista da possibilidade de litigar perante um tribunal arbitral” (*tradução livre*).

Remeter as partes, diante de todo e qualquer obstáculo, às vias jurisdicionais, ainda que seja a arbitragem notadamente mais célere e eficaz, acabará por consumir tempo excessivo e a obra em si poderá ficar sobrestada, em total prejuízo à eficiência e à economia dos contratos.

Nesses procedimentos há um deslocamento do foco de atenção, que vai do litígio para a relação contratual, o que é decorrência da simplificação das formas e da redução dos direitos e garantias processuais ao mínimo necessário à preservação do devido processo legal. Evita-se o formalismo do Código de Processo Civil, em que o dirigismo de dispositivos permeados pela sombra da *ordem pública* impede a criação de um procedimento criativo e, por isso, eficaz e adequado.

É por isso que em relação aos contratos de construção os *dispute boards* possuem especial relevância, mas é importante ressaltar que embora sua origem guarde essa identidade é preciso entender que a sua vocação é para os casos que envolvem contratos coligados e

complexos em virtude da grandiosidade de seu objeto. Não se trata da solução para todo e qualquer mal¹⁵.

Finalmente, vale referir à noção de que os contratos complexos são tidos por incompletos¹⁶, notadamente os de execução diferida. Essa incompletude deve ser resolvida de acordo com os postulados da boa-fé e da expectativa das partes contratantes, à luz da teoria da base negocial¹⁷. É de se imaginar, nessa ordem de fatores, que as formas alternativas de solução de disputas sejam o foro mais apropriado para se apreciar litígios dessa natureza.

IV. Os *dispute boards*

Os *dispute boards* podem ser conceituados, como dito acima, como uma técnica de resolução de disputas consistente na nomeação de uma junta de técnicos da confiança das partes, a quem restará a incumbência de acompanhar a execução do contrato e emitir, conforme a opção dos

¹⁵ As formas alternativas de se estruturar um processo (adjudicatório ou não) que solucione uma disputa devem ser adequadas e pertinentes ao objeto de cada disputa. Não defendemos a arbitragem, a conciliação, a mediação e os *dispute boards* como remédio universal. São, isso sim, institutos específicos e adequados a cada situação. Cabe a cada parte cotejar os vários elementos de sua relação jurídica para decidir qual o mais adequado;

¹⁶ *Direito & Economia*. Org. de Décio Zilbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: , Editora Campus, 2005, capítulo 6, “Economia dos contratos”, por Rachel Sztajn, Décio Zilbersztajn e Bernardo Mueller, p. 109: “Teoria dos Contratos Incompletos: com base no fato de que o desenho de contratos que considerem todas as contingências possíveis é custoso, a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas a posteriori. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais”.

¹⁷ A opção por meios alternativos de solução de disputas está em que as partes necessitam de um meio capaz de fazer com que eventuais conflitos de interesse sejam resolvidos à luz dos direitos que resolveram contratar. Se a autonomia privada permite-lhes celebrar pactos os mais variados e cada vez mais específicos, forçoso reconhecer que o sistema deve, também, assegurar o acesso a uma “justiça” especializada e na qual o “juizador” possa ser eleito por elas. Uma realidade decorre da outra, que constitui fator condicionante. Sobre autonomia privada e liberdade contratual, sumariza Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (*Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados*. Coimbra Editora, 2007, p. 22) que, “tomados em sentido amplo, os princípios da liberdade contratual e da autonomia privada são vistos como preceitos diretores da contratação e instrumento de poder dos operados econômicos. A liberdade contratual, nas relações que estabelece com o sistema econômico e social, contém os seguintes aspectos: (i) a liberdade de conclusão ou celebração dos contratos (*Abschlussfreiheit*), conhecida como liberdade de contratar, e (ii) a liberdade de modelação do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*), por vezes limitada pela regulação de ordem pública, como, por exemplo, as regras impostas aos contratos com consumidores, conhecida genericamente como liberdade contratual”.

envolvidos, opiniões e pareceres, sendo que estes poderão ser, ainda, vinculativos ou não vinculativos.

Para fins de introdução ao tema, partiremos da experiência da Câmara de Comércio Internacional, cujo regulamento está em vigor desde a data de 1º de setembro de 2004 e acessível no sítio www.iccwbo.org, na rede mundial de computadores. Não obstante, é preciso referir que 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.

Por inexistirem padrões legais, os *dispute boards* têm sua base em um contrato firmado entre as partes, daí ser um fenômeno que embora possua uma denominação usualmente utilizada, seu regramento poderá diferir conforme a instituição eleita pelas partes e as disposições contratuais.

Vê-se, por esse ângulo, que, do mesmo modo que ocorre em 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.

Portanto, e dada a possível diversidade de tratamentos que o instituto pode ter em relação a cada regulamento (“Instituição”), a presente exposição ficará centrada ao regulamento da Câmara de Comércio Internacional, o qual prevê três espécies de *dispute boards*: (i) *dispute review board*; (ii) *dispute adjudication board*; (iii) *combined dispute board*.

No âmbito do Comitê de Solução de Controvérsias do Instituto de Engenharia há figuras semelhantes, divididas em Comitê Revisor de Solução de Controvérsias (“CR”), Comitê Executivo de Solução de Controvérsias (“CE”), e Comitê Misto de Solução de Controvérsias (“CM”). Há nítido paralelo entre essas figuras e, respectivamente, os *dispute review board* (“DRB”), o *dispute adjudication board* (“DAB”), e os *combined dispute board* (“CDB”).

Os *dispute boards* não são o mesmo que arbitragem. O próprio regulamento da Câmara de Comércio Internacional estabelece que em caso de discordância no tocante à decisão proferida pelo *board* as partes poderão recorrer à autoridade competente, ou seja, árbitros ou Poder Judiciário, conforme dispuser o contrato; ou seja, conforme a cláusula de foro, que pode eleger foro judicial ou arbitral para esse fim.

A arbitragem é procedimento mais amplo, no sentido de que o julgador canaliza todos os aspectos fáticos e jurídicos em direção a uma decisão final e obrigatória. Nos *dispute boards* há um comitê que auxilia o andamento de uma obra, por exemplo, ao focar sua atenção sobretudo em aspectos fáticos, emitindo recomendações com função preventiva de litígios.

Possibilitar às partes, ainda, focar sua atenção nas questões técnicas que, por vezes, concentrarão todo o âmago da lide, de modo que eventual tentativa de impugnação pela via judicial ou arbitral será, no mais das vezes, nada além de mera procrastinação e quebra da boa-fé contratual, o princípio *estoppel* do direito anglo-saxão.

Importante observar que a arbitragem implica renúncia à jurisdição do Estado. Nos demais procedimentos essa renúncia é facultativa, sendo certo que ao optar por uma forma alternativa de resolução de disputa¹ o que ocorre é que as partes cumprem voluntariamente a “decisão”.

O fato é que o recurso¹⁸ ao Poder Judiciário é sempre possível, mesmo na arbitragem, ainda que de forma limitada e mitigada (artigo 32, da Lei nº 9.307/96), haja vista que o desrespeito à ordem pública, por exemplo, sempre motivará a anulação de atos jurídicos desconformes aos preceitos que compõem esta órbita. Isso revela que a abstenção de recorrer ao judiciário é fenômeno social que integra a boa-fé contratual.

¹⁸ O termo recurso é empregado não no conceito processual, como figura típica do Código de Processo Civil, mas como remédio processual, no sentido de acesso à jurisdição estatal.

A aproximação entre a arbitragem e os *dispute boards* está primordialmente no fato de que os profissionais nomeados pelas partes possuem a sua confiança em decorrência de sua *expertise* para a matéria controvertida. Esse é o postulado maior da arbitragem e que, acreditamos, opera com toda força também no âmbito dos *dispute boards*.

Assim, as principais características são: consensualidade, informalidade, liberdade, não vinculação das partes às soluções adotadas e “decisão”¹⁹ tomada por técnicos imparciais e da confiança das partes.

Em linhas gerais a diferença entre as diversas espécies de *dispute boards* está em que no caso dos *dispute review boards*, o órgão emite recomendações que, acaso não questionadas no prazo de 30 dias, passam a se tornar obrigatórias, e, nos *dispute adjudication boards*, o parecer é obrigatório desde a sua emissão. Já nos *combined dispute boards* o que ocorre é que o órgão emitirá, no caso da CCI, e de acordo com o que estabelece o Regulamento, decisões de uma ou outra natureza, conforme prudente análise do comitê.

Por último, há a hipótese de o *board* exercer uma função atípica, que é o aconselhamento das partes em vista de uma dúvida qualquer, referida como assistência informal (*informal assistance*). 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 comprometimento de ambas.

Nesses casos inexistirá 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.

A informalidade do procedimento é a regra, mas tal deve ocorrer tanto quanto for saudável para o bom andamento do contrato e desde que mediante prévia concordância das partes. A

¹⁹ Termo empregado em caráter não técnico e impróprio.

liberdade também é nota marcante nos “DB’s”, bem assim a confidencialidade, a celeridade, e a confiança nos membros do comitê (dada a sua *expertise*).

Para tanto, as partes devem agir com total comprometimento, cooperação e elevado grau de civilidade na apresentação dos documentos pertinentes e na prestação das informações relevantes e que forem requeridas pelos membros do comitê de resolução de disputas, o *dispute board*.

V. A prática dos *dispute boards*

A prática dos *dispute boards* pode ser visualizada sob dois aspectos. O primeiro, interno, refere-se aos princípios que o governam. O segundo, externo, liga-se às instituições que adotam essa prática de forma profissional. Escusar-nos-emos de comentar os “DB’s” em maiores detalhes e o procedimento em si de cada espécie de *dispute board* em vista de se tratar de questão não afeta ao estudo proposto.

Como foi abordado acima, a natureza contratual dos *dispute boards* permite às partes formatarem a sua atuação do modo que lhes for mais conveniente. Aqui a liberdade contratual impera absoluta, sujeita a dois limites: a ordem pública e os preceitos do regulamento de cada instituição. Muito embora o contrato possa alterar (no sentido de *adequação*) algumas das disposições regulamentares, determinados preceitos são intangíveis.

Não há um roteiro a esse respeito. A análise do Regulamento é que dirá qual a liberdade dos contratantes nesse sentido. Com efeito, possuindo natureza contratual, eventual incompatibilidade entre o regulamento da instituição (a “CCI”, por exemplo) e aspectos procedimentais fixados pelas partes pode conduzir à recusa por determinada instituição em administrar dado *dispute board*.

Ademais, o sucesso do modelo consiste na troca e acesso a informações, de forma que a cooperação, o comprometimento e a civilidade no trato da questão e entre as partes é fundamental a uma administração saudável do comitê.

A confidencialidade e a possibilidade de ampla participação na escolha dos membros do “DB” acabam por nutrir confiança na lisura do procedimento e nos membros do “DB”, expertos que são no assunto.

É isso que permite, também, gerir o comitê de modo suficientemente informal, quer no que tange ao local das reuniões e forma de colheita das manifestações das partes, quer quanto ao trato da questão controvertida em si.

Deveras, mesmo havendo diversas instituições que praticam essa técnica de solução de disputas, cada qual com seu regulamento próprio, constata-se certa identidade entre elas, de modo a tornar plenamente possível qualificar cada espécie de regramento como pertencente ao gênero dos *dispute boards*.

A importância da observância desses preceitos está em que “os *dispute boards*, que foram adotados na prática internacional pelo Banco Mundial e por outras organizações financeiras internacionais, visam garantir o bom funcionamento do contrato, evitando o recurso, seja à arbitragem, seja ao Poder Judiciário, com duas finalidades: A primeira é a manutenção de um clima harmônico e construtivo entre as partes para permitir a execução completa do contrato nos prazos e com os custos previstos; a segunda é evitar a demora das decisões judiciais ou arbitrais, preliminares ou cautelares, que não dão segurança jurídica às partes”.²⁰

²⁰ A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards, por Arnaldo Wald, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, nº 6, julho-setembro de 2005, capítulo 1.1, p. 19.

Outra característica importante e que merece especial destaque é o fato de o “DB” acompanhar a execução do contrato. Isso o torna próximo às partes e ao “caso”, fornecendo ao comitê uma visão de todo que é de extrema utilidade, e isso por razões óbvias.

Do ponto de vista externo, cabe somente referir outras instituições capacitadas à prática dos *dispute boards*. Além da CCI e o Instituto de Engenharia, é bastante importante a contribuição da Fédération des Ingénieurs-Conseils, cuja sigla, FIDIC (www.fidic.org), é referência a todos os que se dedicam à matéria, além da organização *Dispute Board Foundation* – (www.drd.org), e do *Dispute Resolution Board Operating Procedural* da *American Arbitration Association* (AAA). Várias outras instituições poderiam ser citadas, mas essas são as que preferimos destacar.

VI. Utilidade dos *dispute boards* para eventual caso de lide judicial ou arbitral

Referimos acima ao fato de os *dispute boards* emitirem recomendações que podem, dependendo do caso, tornar-se vinculativas e obrigatórias desde a sua emissão ou, caso contrário, após determinado prazo e vencido dado procedimento. Caso haja descumprimento, haverá, ainda assim, a necessidade de levar o caso às vias contenciosas propriamente ditas, quais sejam, a via judicial ou a arbitral.

Nesse aspecto, as partes são livres para estatuir o foro competente. Pode parecer, a certa altura, contraditória a previsão de mecanismo tão sofisticado de prevenção de litígios e a não produção de decisões finais e irrecorríveis. Contudo, a estrutura dos *dispute boards* prima pela celeridade e pela participação de terceiros que, embora neutros e altamente conhecedores do contrato, não irão desempenhar a mesma função do juiz ou do árbitro, tampouco o procedimento dos *dispute boards* qualifica-se como um processo em sentido estrito.

O foco dos *dispute boards* e o acompanhamento da execução de determinado contrato por pessoas imparciais e que tenham visão do todo no qual o contrato se insere. O conhecimento

das questões técnicas é de extrema importância, na medida em que é nesse ponto que reside o maior foco de problemas, mas não exaure a questão.

Os membros de um *dispute board*, por não terem obrigatoriamente conhecimento técnico a respeito da lei, e pelo fato de que a sua função está primordialmente atrelada a desembaraçar desavenças técnicas em vista da celeridade requerida na tomada de posições e assunção de responsabilidades, não irão, por essa exata razão, proferir sentenças na acepção jurídico-processual do termo, pelo que não impedirão as partes de ingressar perante a Corte (Estatual ou Arbitral, de acordo com a previsão contratual) competente para a análise da matéria.

É evidente, entretanto, que a mesma razão que motivou as partes a optarem pelo *dispute board* as motivará a optarem pela arbitragem no afã de solucionar lides futuras, até mesmo porque a cláusula compromissória, mais do que ser um negócio jurídico-processual, integra a equação econômico-financeira dos contratos.

Seja qual for a opção manifestada em contrato, o trabalho desenvolvido no âmbito do *dispute board* poderá ser útil notadamente se a discórdia decorrer de questões técnicas e que somente por perícia se resolverão, hipótese em que uma das partes possuirá em seu favor ao menos um princípio de prova, desde que isso seja lícito²¹.

Mas os membros do *dispute board*, conquanto possam atuar como árbitros do litígio, caso assim as partes livremente (e *conscientemente*) tenham pactuado²², não deverão servir como testemunha em eventual lide judicial, sendo que nesse caso poderá valer a vedação do artigo

²¹ Fazemos essa afirmação com a ressalva de que é possível, talvez até mesmo recomendável, que o trabalho desenvolvido no âmbito de um *dispute board* seja mantido em total e absoluto sigilo, inclusive com vedação a que qualquer das partes faça uso do material produzido seja utilizado para qualquer finalidade processual (judicial e ou arbitral).

²² Em tese há essa possibilidade. O que não existe é uma relação necessária, de causa e efeito, entregue *dispute board* e arbitragem, entre ser membro do comitê e árbitro, indistintamente. Talvez nem seja salutar o acúmulo dessas funções, ainda que em tempos diferentes. Mas, em tese, isso é possível. Ser ou não recomendável é questão distinta.

406, inciso II, Código de Processo Civil, que se refere ao depoimento daquele que, por razão profissional, não estiver obrigado a revelar seu conhecimento acerca de determinado fato.

Outra solução poderá ocorrer em caso de lide arbitral, em que são inaplicáveis as normas do Código de Processo Civil. O importante é ter em mente que as disposições contratuais e regulamentares deverão ser sempre respeitadas, e essa deverá ser a baliza para se saber qual o uso que se poderá fazer do “trabalho” produzido pelo *Dispute Board*, bem assim de seus membros.

A segurança jurídica e o respeito ao contrato, a nosso ver, permitem esse entendimento, a despeito do fato de que ser membro de um *dispute board* não pode ser entendido como profissão, mas há, de todo modo, o dever de sigilo. É o que consta do artigo 9(2), do Regulamento da CCI.

VII. Os *dispute boards* e o acesso à justiça: hipótese de cláusula escalonada?

O tema ora abordado interfere com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Diferentemente da arbitragem, em que há uma opção livremente exercida por uma determinada forma de prestação jurisdicional, no caso dos *disputes boards* o direito de recorrer ao foro competente fica susgado para momento posterior. Não se questiona da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, questão que deve ser analisada à luz da autonomia privada e já superada por força do julgamento da SEC 5.206/ESP²³. Nossa perspectiva será outra.

²³ A doutrina costuma apontar o precedente SEC 5.206 do egrégio Supremo Tribunal Federal (à época competia ao Supremo Tribunal Federal homologar sentenças estrangeiras) como sendo o grande marco da Lei nº 9.307/96, quando a constitucionalidade desse diploma legal passou pelo crivo de nossa Corte Excelsa e resistiu a teses apaixonadas fundadas em preceitos que pouco, ou nada, têm de real relativamente ao tema. Como a arbitragem possui natureza jurisdicional, ela não significa um *limite* ao direito de acesso à Justiça; significa apenas que a parte tem a liberdade de optar por essa forma de prestação jurisdicional. Vale atentar para um trecho do parecer da Procuradoria Geral da República, citado o voto do Ministro Maurício Corrêa: “O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Não determina que os interessados devam sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar

Havendo opção, manifestada de modo igualmente livre e consciente, pelo *dispute board*, o que se deve fazer se um dos contratantes preferir ignorar esse direito-dever contratual e optar pela via jurisdicional? Haverá algum impedimento? O artigo 5º, inciso XXXV, veda que se impeça a parte de recorrer ao juízo competente? Eventual cláusula contratual nesse sentido seria nula de pleno direito?

Em nossa opinião, salvo as hipóteses em que a parte necessite de uma tutela de urgência, vedado estará o recurso ao Poder Judiciário ou ao Tribunal Arbitral antes de submeter a disputa ao comitê. Após essa submissão, a parte que ainda assim preferir questionar a *recomendação* poderá recorrer à autoridade competente, conforme dispuser a cláusula de foro.

É o que sugere o Regulamento da CCI em seus artigos 4(4) e 5(4), pelos quais o recurso à arbitragem ou às Cortes estatais será admitido somente na hipótese de a recomendação, embora vinculativa, não ser aceita por uma das partes, ou ambas. Aliás, o fato de a recomendação ser ou não ser vinculativa tem uma dupla finalidade: ela delimita o momento a partir do qual surge o *interesse processual*²⁴ (necessidade-utilidade), bem como a aplicação de eventual penalidade contratual.

violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário”.

²⁴ Diferente é o que ocorre quanto à convenção de arbitragem, que constitui um pressuposto (*sui generis*) negativo de existência *sui generis*. Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (*Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, volume nº 01, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005) afirmam que “a existência da convenção de arbitragem funciona como um *impedimento*, e não como pressuposto processual negativo, pois precisa ser alegada pelo réu, no momento oportuno, para que o juiz possa conhecer da matéria.” Moacyr Amaral Santos (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º volume, 19ª ed., São Paulo: São Paulo: Saraiva 1997) parece concordar com essa assertiva. Classifica de modo próprio os pressupostos processuais, separando-os quanto ao juiz e quanto às partes, e entre objetivos e subjetivos, sendo estes intrínsecos e extrínsecos. Dentre estes inclui o *compromisso* por dizer respeito a existência de *fato impeditivo*. Preferimos, *data venia* dos doutos juristas, vislumbrar na convenção de arbitragem um pressuposto negativo de existência *sui generis*. Fazemos desse modo pela necessidade de alegação da parte interessada na extinção do feito, ou seja, pela vedação ao conhecimento *ex officio* da matéria. Se a arbitragem implica a abstenção da tutela jurisdicional do Estado, nada mais sensato do que igualar a convenção de arbitragem, no âmbito dos pressupostos processuais, à litispendência e à coisa julgada. Mas, como não se trata de matéria de ordem pública e sim dispositiva, encerra pressuposto negativo de

Exemplificativamente, tal ocorrerá se as partes previrem que, tornando-se vinculativa a recomendação, seu descumprimento por qualquer delas importe na cominação de multa a título de prefixação de danos. Trata-se, vale dizer, de medida eficaz e que visa a assegurar o respeito ao contrato e a desestimular a adoção de medidas procrastinatórias.

Isso não significa, de outra banda, que a parte supostamente prejudicada não possa buscar, pela via competente, o afastamento da referida penalidade (*dada a sua natureza de contrato e não de sentença*), nem que, sob o prisma contratual, o credor de eventual obrigação de fazer não possa pleitear sua execução específica em juízo²⁵. Implica, tão-somente, em que eventual sentença desfavorável fará valer, integralmente, a cláusula penal²⁶ prevista contratualmente.

Contudo, a finalidade primordial, em nosso sentir, é o estabelecimento do interesse processual. Tome-se, por exemplo, a cláusula *med-arb*, largamente utilizada e hipótese mais recorrente de cláusula escalonada, e que consiste na previsão, contratual, de que as partes poderão recorrer à arbitragem (ou aos Tribunais do Estado)²⁷ somente se infrutífera a

existência *sui generis*. É parecido o fenômeno que ocorre com o artigo 526, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Como matéria de admissibilidade recursal é indisponível, controverte-se sobre a natureza deste mandamento legal. A melhor doutrina o entende como preceito de ordem pública *sui generis*, pois apesar de gerar inadmissibilidade recursal (Agravo), é necessário haver alegação da parte interessada. Contudo, vamos nos abster de prosseguir com a comparação a fim de não fugir ao tema principal.

²⁵ Trata-se de questão que deve ser tratada pelas partes, sendo que o conteúdo da cláusula de confidencialidade poderá, ainda, levar a que essa “obrigação” não seja passível de cumprimento forçado senão depois de ultrapassada a fase jurisdicional, o que parece sugerir, inclusive, o Regulamento da CCI.

²⁶ Esse mecanismo pode ser utilizado, também, para a hipótese de descumprimento da cláusula compromissória, ou para se garantir o cumprimento espontâneo da sentença arbitral. Em verdade, defendemos que todos os mecanismos voltados ao adimplemento normal do contrato são importantes como meio idôneo a se evitar a adoção de medidas procrastinatórias e economicamente prejudiciais ao contrato e à relação que dele emerge.

²⁷ Mas a interpretação não pode conduzir ao absurdo. Caso o direito suscitado por alguma das partes relativamente à obrigatoriedade da fase prévia for mero instrumento de resistência, não haverá que se falar em respeito à cláusula escalonada. Luis Gustavo Meira Moser, ao comentar decisão do Tribunal Federal Suíço datada de 06.06.2007 e publicada na *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 15, julho-setembro de 2007, Editora IOB, publicada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 181/199, ressalta que “o Tribunal Federal Suíço foi além e considerou que, mesmo que houvesse obrigatoriedade da conciliação e mediação prévias, a empresa chinesa não poderia valer-se de tal argumento para fazer anular a decisão arbitral, sem incorrer em abuso de direito, sob dois argumentos: (a) as negociações não tinham logrado êxito e a requerida não tinha qualquer interesse em levar a cabo um procedimento de mediação, tendo em conta o insucesso das negociações; (b) a requerida deveria ter iniciado anteriormente um procedimento de mediação, conforme o regulamento do Tribunal Arbitral da OMPI, ao invés de limitar-se a contestar a competência do referido Tribunal Arbitral. Ainda

possibilidade de autocomposição (que pode ser por qualquer meio, como a mediação ou a conciliação).

Ou, ainda, a Comissão de Conciliação Prévia prevista no Direito do Trabalho (artigo 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho), cuja inobservância impedia o acesso à via judicial - Utilizamos o verbo passado porque a vigência dessa norma foi recentemente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal²⁸.

Defendemos que há a necessidade de se analisar cada caso de modo bastante particularizado para que se possa verificar a real intenção das partes e a efetiva imprescindibilidade da fase de autocomposição, de modo a evitar que o formalismo excessivo acabe por penalizar uma parte e premiar a outra, que sai beneficiada pela procrastinação de uma lide que lhe é desfavorável.

Nessa linha, é de se diferenciar a menção genérica do dever de tentar a autocomposição das cláusulas em que se estabelece todo um *iter* a ser seguido nesse sentido, como ocorre em relação ao Regulamento do *Alternative Dispute Resolution* da própria CCI. Na primeira situação a vinculação das partes à cláusula escalonada seria relativa, enquanto na segunda seria, *a priori*, absoluta.

em suas razões, o Tribunal Federal Suíço considerou que a cláusula compromissória não ensejava interpretações destoantes da consignada na sentença arbitral”.

²⁸ “Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade — ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio - CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT — para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000 — que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia — a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão — v. Informativos 195 e 476. Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, e Cezar Peluso, que indeferiam a liminar.” (ADI 2139 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009. ADI 2160 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009.).

Mas a situação pode ser vista sob o ponto de vista material. Ou seja, a disposição contratual sempre seria obrigatória, havendo diferença somente quanto à forma de cumpri-la (*obrigação*).

A prova de que se tentou a autocomposição, quando inexistir um procedimento específico para tanto (= quando houver referência genérica a esse dever), pode-se dar de modo absolutamente informal, como por meio de mensagens eletrônicas ou notificações extrajudiciais. Nos demais casos a prova somente haverá se respeitado e documentado o procedimento prescrito em contrato.

Nesse sentido, e fazendo uma aproximação ao (“DB”), a regra mais razoável é a de que, salvo expressa disposição contratual em contrário, sempre haverá a obrigação de submeter os conflitos de interesse ao comitê de resolução de disputas (“DB”), como pré-requisito para a constituição do interesse processual, não havendo que se falar em qual a real intenção das partes.

A mera referência ao *dispute board* indica a clara vontade de que seja instaurado esse sofisticado mecanismo com vistas a permitir a boa fluidez da relação contratual, com o afastamento do ônus temporal das lides judiciais, cujo resultado, vale lembrar, é mais difícil de prever.

No entanto, havendo situação urgente, a parte interessada não ficará impedida de recorrer à autoridade competente, pois os membros do *dispute board* carecem de autoridade para deferir medidas liminares, tampouco podem requerê-las à autoridade competente – como ocorre, por exemplo, na hipótese do artigo 22, *parágrafo quarto*, da Lei nº 9.307/96.

É preciso frisar a afirmação para se entender a diferença. Na hipótese de cláusula escalonada o interesse processual surgirá somente se malograda a fase de autocomposição. Esse interesse processual refere-se ao mérito da lide. Eventualmente poderá surgir um interesse processual

na tutela de urgência, que é diverso daquele outro. Sua incidência está centrada num aspecto processual, e não meritório.

No afã de se preservar o dever de submeter a controvérsia antes ao comitê não se poderá desprezar o dever, maior, de se preservar o próprio contrato. Não terá havido desrespeito ao contrato, ao revés, buscou-se a sua preservação, e nesse contexto a via jurisdicional deve conviver harmonicamente com a via *alternativa*.

Curioso notar que no procedimento arbitral ocorre o mesmo no tocante aos provimentos cautelares. Saber se o recurso ao Poder Judiciário implica em renúncia ou desrespeito à convenção de arbitragem é tema que gera dúvidas, embora nos pareça que já posição firme a respeito. Caso uma ou ambas as partes necessitem proteção cautelar, por exemplo, isso não implicará (também *a priori*) renúncia ao direito que emana da convenção de arbitragem. As ementas abaixo elucidam a questão:

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA – CLÁUSULA ARBITRAL – AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO JUÍZO ESTADUAL – POSSIBILIDADE – DEFERIMENTO DA MEDIDA – POSTERIOR AJUIZAMENTO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL – REMESSA DOS AUTOS AO ARBITRO PARA MANUTENÇÃO OU NÃO DA TUTELA CONCEDIDA. Sendo a MEDIDA CAUTELAR aviada antes de instaurada a arbitragem é cabível ao juízo estatal a concessão da medida perseguida, devendo, contudo, serem os autos remetidos ao juízo arbitral para que o mesmo aprecie a manutenção ou não da tutela concedida assim que iniciado o PROCEDIMENTO ARBITRAL. De ofício, determinaram a remessa dos autos ao juízo arbitral para manutenção ou não da tutela concedida.²⁹ (os grifos não constam do original)

²⁹ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Comarca de Patos de Minas, Agravo de Instrumento nº 1.0480.06.083392-2/001, Relator Desembargador Domingos Coelho, julgado em 14.02.2007.

MEDIDA CAUTELAR – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – JUÍZO ARBITRAL – Extinção com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC – Afastamento – Embora haja cláusula compromissória para o estabelecimento de Juízo arbitral, nada obsta possa vir a parte perante o Judiciário requerer as medidas cautelares que entender cabíveis para evitar possíveis danos, devendo-se ressaltar que o juízo arbitral não tem poder de coerção, como também não está aparelhado para recepcionar medidas preparatórias urgentes, mormente quando ainda não instalado o juízo privado – Efetividade ao Artigo 5o, inciso XXXV, da CF – Recurso provido para anular a sentença extintiva do processo.³⁰

De outro giro, se uma parte pura e simplesmente recorrer às cortes estatais em busca de tutela jurisdicional (não cautelar) isso implicará ofensa ao negócio jurídico entabulado, mas tanto quanto a outra parte não ofereça *exceção*³¹ *de arbitragem*³² isso será entendido, automaticamente, como concordância (= renúncia a um dado direito em uma situação específica).

Poder-se-ia pensar que a especialização do comitê lhe credenciaria a apreciar eventuais pedidos cautelares. Em que pese o valor que atualmente se dá à autonomia privada, não

³⁰ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 431.916.4/3-00, 05ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11.06.2008, Relator Desembargador Silvério Ribeiro.

³¹ Sobre as *exceções* em plano aberto, indispensável a leitura de Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções Substanciais: Exceção de Contrato Não Cumprido*, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1959, especialmente o Capítulo I (p. 5 a 75), em que o autor discorre acerca da evolução histórica do instituto. A convenção de arbitragem, gerando uma exceção processual, pode ser incluída no gênero *direitos de formação*. O conceito de exceção varia conforme o conceito de ação que se adote. Na teoria concreta – ação como direito a uma tutela positiva – exceção será um contra-direito ao direito do requerente, enquanto que para a teoria abstrata – ação como direito à tutela jurisdicional – exceção será um contra-direito ao direito de ação. Nossa Lei Processual adotou a teoria abstrata – artigos 3º e 267 do Código de Processo Civil (conforme Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º volume, 19ª ed., São Paulo: São Paulo: Saraiva 1997, p. 159). Sobre o direito de ação ver José Joaquim Calmon de Passos, *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro*, Livraria Progresso Editora, especialmente o Capítulo I, em que trata da evolução das teorias no tempo e conclui pela necessidade de se analisá-la à luz de cada ordenamento e partir dos fatos, em veemente crítica à metodologia aplicada e que seria responsável por todo o dissenso doutrinário.

³² Antes denominado exceção de compromisso, com a promulgação da Lei nº 9.307/96 a denominação correta parece ser *exceção de arbitragem*.

vemos como permitir que os membros do *dispute board* exerçam, ainda que de forma excepcional, essa função, cuja natureza é, ademais, jurisdicional.

Vale acrescentar que o *dispute board* é uma técnica extrajudicial de solução de disputas, sendo perigosa eventual aproximação desse procedimento com outros de natureza jurisdicional, vedação essa que dever ser extensível também aos seus membros, caso contrário ingressar-se-ia em uma perigosa promiscuidade.

VIII. Breve Conclusão

A exposição acima permite-nos concluir, de forma sumarizada, que os *dispute boards* constituem método não jurisdicional de solução de disputas, cujos princípios ordenadores (*informalidade, liberdade, contratualidade, confiança, expertise, confidencialidade, cooperação, comprometimento, civilidade e informação*) permitem às partes desenvolver técnicas de mútua preservação e controle do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A novidade do instituto em nosso país não impossibilita a sua utilização, sobretudo num contexto em que a pressão por investimentos é maior em virtude da crise financeira global, sendo que a adoção dos chamados ADR's³³ é um fator de atração ao investidor e a adoção desses mecanismos deve ser encarada até mesmo como um fator de superação da cultura litigiosa e de resistência às vias conciliativas.

Bibliografia

³³ Alternative Dispute Resolution pode ser empregado como termo genérico, mas a CCI possui as ADR Rules, em vigor desde 1º de julho de 2001, as quais consistem em regras simples e aplicáveis a qualquer conflito, até mesmo no curso da lide, seja ela judicial ou arbitral, sendo o terceiro referido como “Neutral”. Pelo regulamento CCI a parte interessada no ADR é livre para requerer a instauração do procedimento, bem assim a parte contrária, que, notificada, pode ou não concordar com a proposta. Aceito o pedido, ambas decidirão sobre a nomeação do “Neutral”, e, a partir daí, todos juntos, decidirão a técnica a ser seguida, dando a entender que no ADR diversas formas de composição podem ter lugar, especialmente a mediação e a conciliação.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegri. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coordenador Arnaldo Wald, São Paulo, ano 4, nº 14, julho-setembro de 2007, capítulo 3.

MALINVAUD, Phillippe. Reflexion Sur Le Dispute Adjudication Board. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coordenador Arnaldo Wald, São Paulo, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, capítulo 2.1.

MAYER FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. *Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados*. Coimbra Editora, 2007.

MOSER, Luis Gustavo Meira. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 15, julho-setembro de 2007, Editora IOB, publicada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem.

PILAGALLO, Oscar. *Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SZTAJN, Rachel; ZILBERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. *Direito & Economia*. Org. de Décio Zilbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil – ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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.
