

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Leandro Claudino dos Santos Borges

**Cláusula de Resolução de Disputas da FIDIC Rainbow Suite 2017: conformidade com o
direito brasileiro**

Florianópolis - SC

2021

Leandro Claudino dos Santos Borges

Cláusula de Resolução de Disputas da FIDIC Rainbow Suite 2017: conformidade com o direito brasileiro

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito
Orientador: Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa

Florianópolis - SC

2021

Ficha de identificação da obra

Borges, Leandro

Cláusula de Resolução de Disputas da FIDIC
Rainbow Suite 2017 : conformidade com o direito
brasileiro / Leandro Borges ; orientador, Caetano
Dias Corrêa, 2021.

83 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação)-
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de
Ciências Jurídicas, Graduação em Direito,
Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Contratos FIDIC. 3. Dispute
Board. 4. Arbitragem. I. Corrêa, Caetano Dias. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação
em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Cláusula de Resolução de Disputas da FIDIC Rainbow Suite 2017: conformidade com o direito brasileiro**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Leandro Claudino dos Santos Borges**”, defendido em **19/05/2021** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 19 de maio de 2021

Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa
Professor Orientador

Bíatriz Bittencourt de Assis
Membro de Banca

Maria Caroline da Silva
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

Caetano Dias Correa
Data: 19/05/2021 12:22:49-0300
CPF: 055.784.407-03
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>



Documento assinado digitalmente

Bíatriz Bittencourt de Assis
Data: 19/05/2021 12:45:03-0300
CPF: 075.794.759-01
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>



Documento assinado digitalmente

Maria Caroline da Silva
Data: 19/05/2021 14:10:49-0300
CPF: 092.718.539-38
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Leandro Claudino dos Santos Borges
RG: 5.652.941
CPF: 072.095.149-61
Matrícula: 16100287
Título do TCC: Cláusula de Resolução de Disputas da FIDIC Rainbow Suite
2017: conformidade com o direito brasileiro
Orientador(a): Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa

Eu, Leandro Claudino dos Santos Borges, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 19 de maio de 2021.



Documento assinado digitalmente
Leandro Claudino dos Santos Borges
Data: 19/05/2021 12:19:25-0300
CPF: 072.095.149-61
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Leandro Claudino dos Santos Borges

AGRADECIMENTOS

A entrega deste trabalho é o ponto final de uma jornada para a qual contribuíram muitas pessoas, e que tive a sorte de compartilhar com outras tantas mais. Não seria justo deixar de as mencionar neste momento.

Agradeço meus pais, Fúlvio e Marival, por todo o amor, carinho e apoio que recebo incondicionalmente. Os admiro muito. Sempre tiveram como prioridade a educação dos filhos, e nunca nos deixaram faltar nada. São exemplo de pessoas íntegras, trabalhadoras, e dedicadas em tudo que fazem. Sou muito feliz em poder os ter como modelo e alicerce.

Ao meu irmão Lorenzo e meus avós, tios, tias, primos e primas agradeço por todos os bons momentos que compartilhamos e pelas palavras de encorajamento. Também pela compreensão de minhas ausências sob as desculpas de provas, trabalhos, e aulas noturnas.

Tive a honra e o prazer de conviver quase que diariamente com colegas extraordinários durante esses pouco mais de cinco anos de curso. Não esquecerei a companhia nas salas do CCJ, nos corredores, no caminho até a lanchonete para buscarmos o café requentado, ou para o pão com bolinho no pós-aula no servidores. Sou grato, portanto, pelas lembranças, e feliz em saber que os terei também como colegas de profissão.

Para a “Chefia Jurídica” – formada por Cardoso, Carlesso, Gaertner e Paulo – deixo meus mais sinceros agradecimentos por todas as experiências que tivemos, pelas dúvidas que me tiraram, discussões (jurídicas ou não) de alto nível proporcionadas e amizade qualificada.

Aos parceiros de “Hermenêutica” – Vini, Pin, Fernando e Jaque – registro minha gratidão por os ter encontrado. Não consigo imaginar minha graduação sem vocês. Obrigado pelo acolhimento, conversas, conselhos, convívio, por me proporcionarem histórias para contar e por tudo que me ensinaram – vocês não fazem ideia do quanto aprendi com esse quarteto improvável.

Devo fazer uma menção especial para a Jaque, com quem dividi cadernos, anotações, trabalhos, provas, e um cubículo do Núcleo de Prática Jurídica da UFSC. Eu não poderia ter escolhido uma dupla melhor. Seu tato com pessoas, sua paciência, a determinação e devoção com a qual segue seus objetivos são uma inspiração para mim. É, acima de tudo, uma excelente amiga.

Sou grato pelas experiências de estágio que vivenciei, e nas quais tanto aprendi.

Ao gabinete do Juizado Especial da Trindade, que me recebeu muito bem e onde dei meus primeiros passos no mundo jurídico. Obrigado à Dra. Vânia e a todos que lá passaram e

com quem convivi durante 2 anos e 4 meses de muito aprendizado, que não ficou restrito ao Direito. Recebi lições de humanidade, educação, respeito, colaboração e parceria. Tenho saudades diárias de compartilhar o café – e minhas reclamações – com vocês.

Ao time jurídico da Statkraft – Patrícia, Rafael, Day, Lika e Ari – que me deram a oportunidade de trabalhar numa empresa em cujo propósito acredito, e de ter contato com os ramos do Direito que mais me interessam. Tenho a satisfação de ter colegas de trabalho tão qualificados, atenciosos e compreensivos.

Finalmente, agradeço meu orientador, Prof. Caetano, sem o qual eu jamais poderia ter realizado esse trabalho. Obrigado pela orientação atenciosa, paciente e valiosa. Sempre me atendeu com muito respeito e consideração. Em tempos de distanciamento social, sua disponibilidade para as reuniões virtuais e agilidade na avaliação de meus rascunhos e nas repostas aos e-mails foram essenciais para o bom andamento da pesquisa. Aliás, é exemplo por sua atuação no tripé universitário formado por ensino, pesquisa e extensão. A Universidade Federal de Santa Catarina e a comunidade jurídica catarinense ganham muito com sua presença na academia.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar o sistema de resolução de disputas desenhado nos contratos padrão da FIDIC Rainbow Suite 2017, que utiliza Dispute Boards e Arbitragem de forma escalonada, a fim de determinar se a redação está em conformidade com o ordenamento brasileiro. A investigação justifica-se num primeiro momento pelo interesse do autor, combinado ao crescente uso dos contratos FIDIC na prática brasileira, através da influência internacional do ramo do Direito da Construção. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, a partir da pesquisa bibliográfica em doutrina tanto nacional quanto estrangeira, buscando relacionar via procedimento monográfico em três capítulos os conceitos pesquisados com as fontes de direito do país, e os aplicando diretamente na interpretação da cláusula contratual em questão. O primeiro capítulo aborda as formas alternativas de resolução de conflitos que possuem relação com a Rainbow Suite. A arbitragem, que é utilizada como forma final da estrutura escalonada, com intuito de substituir a jurisdição estatal; a mediação, meio não adversarial dedicado a reestabelecer comunicação; e os Dispute Boards, que se apresentam como inovação recente da indústria da construção, desenhados especificamente para essas relações complexas de projetos de grandes obras. O segundo capítulo apresenta a FIDIC, com seu histórico, estrutura e importância para o setor, e as circunstâncias que levaram à edição dos contratos modelo Rainbow Suite, com contextualização de sua utilização, além de abordar a estreita relação entre litígios e contratos de construção. Finalmente, o problema é discutido e solucionado no terceiro capítulo, que examina a redação padrão do contrato para explicar o sistema desenhado, e posteriormente aplicar todos os conceitos desenvolvidos nos capítulos anteriores para concluir que a cláusula terá problemas se posta à prova no Poder Judiciário, já que confere ao Dispute Board competências que ultrapassam o autorizado em lei; bem como apresenta cláusula compromissória irregular, que não cumpre com os requisitos da Lei de Arbitragem em algumas das hipóteses descritas para acesso à jurisdição arbitral. Como consequência do descumprimento ao ordenamento, a conclusão é de que eventual sentença arbitral proferida na forma descrita na cláusula poderá ser atacada por meio de ação anulatória autônoma, ou pela via indireta da impugnação ao cumprimento de sentença.

Palavras-chave: Contratos FIDIC. Dispute Board. Arbitragem.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the dispute resolution system designed in the standard contracts of FIDIC Rainbow Suite 2017, which uses Dispute Boards and Arbitration in a multi-tiered clause, in order to determine whether the wording is in accordance with the Brazilian legal system. The research is primarily justified by the author's interest, combined with the increasing use of FIDIC contracts in Brazilian practice, through the international influence of the Construction Law field. The research method used is the deductive one, based on bibliographical research in both national and foreign doctrine, seeking to relate through a monographic procedure in three chapters the concepts researched with the sources of law in the country, and applying them directly in the interpretation of the contractual clause in question. The first chapter addresses the alternative forms of conflict resolution that are related to the Rainbow Suite. Arbitration, which is used as the final form of the tiered structure, intended to replace state jurisdiction; mediation, a non-adversarial means dedicated to reestablishing communication; and Dispute Boards, which are a recent innovation in the construction industry, designed specifically for these complex relationships of large construction projects. The second chapter presents FIDIC, with its history, structure and importance for the industry, and the background that led to the issue of the Rainbow Suite standard contracts, with a contextualization of their use, as well as addressing the close relationship between disputes and construction contracts. Finally, the problem is discussed and solved in the third chapter, which examines the standard wording of the contract to explain the system designed, and then apply all the concepts developed in the previous chapters to conclude that the clause will have problems if put to the test in the Judiciary, as it grants the Dispute Board powers that go beyond what is authorized by law; as well as presents an irregular arbitration clause, which does not comply with the requirements of the Arbitration Law in some of the hypotheses described for access to arbitration jurisdiction. As a consequence of the non-compliance with the law, the conclusion is that any arbitral award rendered in the manner described in the clause can be opposed through an autonomous annulment action, or through the indirect route of the challenge to the enforcement of the award.

Keywords: FIDIC Contracts. Dispute Board. Arbitration.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1- Fluxograma da Cláusula 21	56
---	----

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Comparativo entre os métodos alternativos de resolução de disputa.....	40
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACE	Association of Consulting Engineers
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPC	Código de Processo Civil - Lei nº 12.105 de 16 de março de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DAAB	Dispute Avoidance/Adjudication Board
DAB	Dispute Adjudication Board
DRB	Dispute Review Board
E&M	Elétrica e Mecânica
FIDIC	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils
ICC	International Chamber of Commerce
ICE	UK Institution of Civil Engineers
LArb	Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996
NOD	Notice of Dissatisfaction
Red Book	Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer
Silver Book	Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects
Yellow Book	Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical & Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E DISPUTE BOARD	15
2.1	ARBITRAGEM.....	15
2.1.1	Jurisdição arbitral: noções gerais	17
2.1.1.1	<i>Convenção de arbitragem.....</i>	<i>17</i>
2.1.1.1.1	Cláusula compromissória.....	18
2.1.1.1.2	Compromisso arbitral	19
2.1.1.2	<i>Natureza jurídica da arbitragem.....</i>	<i>19</i>
2.1.1.3	<i>Inafastabilidade da jurisdição estatal</i>	<i>20</i>
2.1.1.4	<i>Árbitros.....</i>	<i>21</i>
2.1.1.5	<i>Procedimento arbitral e sentença.....</i>	<i>23</i>
2.1.1.6	<i>Nulidade da sentença.....</i>	<i>26</i>
2.2	MEDIAÇÃO.....	28
2.2.1	Mediação: noções gerais.....	28
2.2.1.1	<i>Mediador.....</i>	<i>29</i>
2.2.1.2	<i>Mediação Extrajudicial e Judicial.....</i>	<i>29</i>
2.2.1.3	<i>Propósito, Procedimento e Resultados.....</i>	<i>30</i>
2.3	DISPUTE BOARD.....	32
2.3.1	Dispute Board: noções gerais.....	33
2.3.1.1	<i>Membros do Board</i>	<i>34</i>
2.3.1.2	<i>Formatos.....</i>	<i>35</i>
2.3.1.2.1	Dispute Review Board.....	35
2.3.1.2.2	Dispute Adjudication Board	36
2.3.1.2.3	Combined Dispute Board	37
2.3.2	Cumprimento das decisões.....	37

2.4	Comparativo Final	39
3	CONTRATOS FIDIC: ASPECTOS CONCENTUAIS.....	41
3.1	HISTÓRICO E ATUAÇÃO DA FIDIC.....	41
3.2	RAINBOW SUITE.....	43
3.2.1	Red Book	45
3.2.2	Yellow Book.....	46
3.2.3	Silver Book	46
3.3	CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E LITÍGIOS	48
4	ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DA RAINBOW SUITE 2017	51
4.1	INTERAÇÃO ENTRE DISPUTE BOARD E ARBITRAGEM.....	51
4.1.1	A estrutura do Dispute Board no contrato.....	57
4.1.2	A estrutura da arbitragem no contrato	60
<i>4.1.2.1</i>	<i>Arbitragem como reexame da decisão do Dispute Board.....</i>	<i>61</i>
<i>4.1.2.2</i>	<i>Arbitragem como ferramenta de execução da decisão do Dispute Board.....</i>	<i>62</i>
<i>4.1.2.2.1</i>	<i>Cumprimento de decisões vinculantes do DAAB</i>	<i>62</i>
<i>4.1.2.2.2</i>	<i>Cumprimento de decisões finais e vinculantes do DAAB.....</i>	<i>63</i>
4.2	MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL QUE CONSIDERA DECISÃO FINAL E VINCULANTE DO DISPUTE BOARD.....	64
5	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS.....	69
	ANEXO A – CLÁUSULA 21 DO FIDIC YELLOW BOOK.....	74

1 INTRODUÇÃO

Com este trabalho se busca responder o seguinte problema de pesquisa: a cláusula modelo de disputas e arbitragem da versão 2017 da *Rainbow Suite*¹ da *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC) está em conformidade com o ordenamento brasileiro?

A escolha do tema se dá, em primeiro, pelo interesse do autor no estudo do Direito da Construção, desenvolvido em seu trabalho dentro de empresa que atua no ramo de construção e operação de usinas hidrelétricas e eólicas.

Também se justifica pela atualidade da questão proposta. Nos últimos anos o Brasil vem passando por uma série de mudanças de caráter institucional que permitem uma maior abertura ao comércio internacional e ao desenvolvimento de grandes projetos de construção. As reformas do controle de gastos públicos e do sistema de previdência, a promulgação da Lei nº 13.874 (BRASIL: 2019), chamada Lei da Liberdade Econômica, e a implantação do Programa de Parceria de Investimentos pelo governo federal acenam para um acréscimo no investimento privado nas obras de infraestrutura pelo país. Assim, é de se esperar um crescimento na utilização de contratos padrão testados internacionalmente e enraizados na prática do setor, seja por imposição dos agentes financiadores ou pelos fornecedores internacionais que adentram o mercado, ganhando destaque o conjunto *Rainbow Suite*, produzido pela FIDIC.

Além disso, há de se considerar a importância de examinar, desde já, quais as consequências da recente alteração da *Rainbow Suite*, em 2017, para que sua utilização seja calcada em bases mais firmes, possibilitando aos *players* do mercado a segurança para executar seus contratos no país, com a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para ver as obrigações cumpridas, se necessário for.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, a partir da pesquisa bibliográfica em doutrina tanto nacional quanto estrangeira, já que o Direito da Construção é eminentemente internacional, com o desenvolvimento mais avançado do tema sendo dado por autores de

¹ *Rainbow Suite* é o nome dado para o conjunto de contratos modelo publicados pela FIDIC em 1999 (primeira versão). O arco-íris (*rainbow*) remete ao colorido das capas dos documentos: vermelho, amarelo, e prata. Esse histórico será abordado na seção 3.2. Ao longo do trabalho, se optará por utilizar expressões na língua inglesa, ainda que existente tradução aproximada em português, quando forem as usuais da prática do mercado e da doutrina.

sistemas jurídicos diferentes; buscando relacionar os conceitos pesquisados com as fontes de direito do país.

A resposta do problema passa pelo exame de como o direito pátrio trata formas alternativas de resolução de conflito, e por uma investigação das relações em que são utilizados comumente os contratos FIDIC, notadamente projetos de construção de grandes obras, para finalmente examinar o texto da cláusula. Portanto, o trabalho se estrutura em três capítulos.

O primeiro trata das formas alternativas de resolução de conflitos que possuem relação com a *Rainbow Suite*: arbitragem, mediação, e os menos comuns e mais recentes *Dispute Boards*. O foco inicial é dado para a arbitragem, que é utilizada como forma final da estrutura escalonada com intuito de substituir a jurisdição estatal; passando pela mediação, meio não adversarial sempre disponível aos contratantes para sanar conflitos e reestabelecer comunicação; finalizando com os *Dispute Boards*, que se apresentam como inovação recente da indústria da construção, desenhados especificamente para essas relações complexas de projetos de grandes obras.

Os contratos da *Rainbow Suite* são tratados no segundo capítulo, não sem antes se fazer uma apresentação da FIDIC, de seu histórico, estrutura, e importância para o setor. A estreita relação entre litígios e contratos de construção também é abordada, justificando o foco dado às estruturas de prevenção e resolução de disputas nesses arranjos.

Finalmente, o problema é apresentado, discutido, e solucionado no terceiro capítulo, em que se faz um exame detido da redação padrão do contrato para explicar o sistema desenhado, e posteriormente se aplicam todos os conceitos trabalhados nos capítulos anteriores para concluir que a cláusula terá problemas se posta à prova no Poder Judiciário, já que confere ao *Dispute Board* competências que ultrapassam o autorizado em lei; bem como apresenta cláusula compromissória irregular, que não cumpre, em algumas das hipóteses descritas para acesso à jurisdição arbitral, com os requisitos da Lei nº 9.307 – Lei de Arbitragem (LARb).

2 ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E DISPUTE BOARD

2.1 ARBITRAGEM

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis por meio de terceiros (um ou mais), denominados árbitros, que recebem poderes de uma convenção de arbitragem (contrato), decidindo com fundamento nesta, sem a participação estatal (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 28).

As partes, portanto, consentem em atribuir poderes ao terceiro para que decida a controvérsia, futura ou atual, e o fazem com base na autonomia da vontade, que é o fundamento da vinculação das partes a um processo arbitral (LAMAS, 2018).

O instituto da arbitragem, como jurisdição privada, é – ao contrário do que normalmente se assume – muito anterior à justiça pública estatal, sendo certo que foi observado na Babilônia há mais de 5 mil anos, como também na Grécia antiga e em Roma (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 2). Porém, é na idade média que se encontra a evolução do mecanismo como um juízo arbitral mais próximo do que temos atualmente. O contexto que permitiu a ascensão do instituto naquele período foi a (i) ausência de leis, ou seu excessivo rigor; (ii) a falta de garantias jurisdicionais; (iii) variedade de ordenamentos; (iv) fraqueza dos Estados; e (v) conflito entre Estado e Igreja (CARMONA, 1993, apud FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 7).

Hoje, no mundo globalizado da interação entre pessoas, instituições, e culturas com visões de mundo e tradições jurídicas diferentes, a arbitragem reivindica seu espaço, mostrando-se ferramenta capaz de solucionar conflitos de interesse de maneira “tecnicamente qualificada, rápida, menos onerosa e efetiva” (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 12). E a arbitragem não se limita a apenas solucionar conflitos internacionais, entre partes de jurisdições diferentes, já que sua popularidade como meio eficaz de resolução de disputas permite também o crescimento de seu uso a nível interno, sobretudo num ambiente de descrédito do Estado como administrador da justiça (GARRO, apud FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 14).

No Brasil, por exemplo, apesar do instituto atingir o maior nível de visibilidade após a edição da LArb, esse método heterocompositivo de resolução de conflitos já está presente no ordenamento desde 1824, sendo que em 1850 o Código Comercial, Lei nº 556 (BRASIL: 1850) até mesmo o tornava obrigatório para determinadas situações – como em seu Art. 294, que encaminhava disputas entre sócios de sociedades comerciais para a arbitragem (LAMAS, 2018).

O reconhecimento da legalidade da arbitragem pelos Estados é, aliás, grande impulsionador de seu sucesso. A possibilidade de acessar o poder estatal para fazer valer pelo uso da força a decisão emitida pelos julgadores privados confere segurança às partes para buscar este método alternativo de resolução de disputas.

Conforme leciona Figueira Junior (2019, p. 18), é possível identificar esse reconhecimento tanto no sistema da *civil law* quanto da *common law*. Também chamada de *statutory law*, a *civil law* remonta à Roma antiga, e tem fundamento no poder de legislar do Estado, sendo conjunto de regras codificado com “as vantagens da precisão, simplicidade e clara aplicabilidade, embora ainda sujeita à interpretação por juízes e outros operadores do Direito”. É o sistema hoje adotado na maioria dos Estados da Europa continental, Rússia, América Latina, e em muitas das nações africanas, e podemos encontrar em praticamente todos eles legislações regulando o uso da Arbitragem, que “se fundam harmonicamente em modelos jurídicos atuais que acompanham as tendências universais a respeito da arbitragem, assim como acolhem orientações contidas nas convenções internacionais pertinentes” – embora existam diferenciações de procedimentos, delimitação de matéria arbitral e de legitimidade.

O direito comum anglo-saxão (*common law*), por outro lado, tem origem na ideia de que a lei é algo a ser descoberto, não decretado. Portanto, a tarefa de descoberta da lei era confiada aos jurisconsultos e juízes, categorias de pessoas compatíveis (à época) muito mais com os cientistas do que com os políticos. (LEONI, 2010, p. 25). Daí que a *common law* é também chamada de “lei não escrita”, por ser menos codificada quando comparada aos sistemas de *civil law*. Apesar disso, é bom destacar que mesmo nos ordenamentos que a adotam, “a *statutory law* é suprema, no sentido de que os juízes têm o dever de dar efeito a um ato do Parlamento. Desse modo, muitos estatutos modificaram a lei comum ou a codificaram” (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 28).

Assim é que o instituto da arbitragem já se encontra regulado no direito inglês há muito tempo, com o *Arbitration Act* de 1698, cuja reedição em 1889 oferece as bases para a atual legislação arbitral inglesa. Também nos países para os quais a *common law* foi exportada durante os anos do Império (Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Índia, etc.) há legislação sobre o tema. Nos Estados Unidos, por exemplo, o *Uniform Arbitration Act* promulgado em 1955 foi amplamente adotado nos estados americanos, e serve como base para a legislação federal conhecida como *Federal Arbitration Act* (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 32).

2.1.1 Jurisdição arbitral: noções gerais

Como já foi afirmado, a arbitragem fundamenta-se sobretudo na autonomia da vontade das partes, que decidem por afastar a jurisdição estatal em sua avença. No Brasil, a cultura do litígio e a ideia de que a solução dos conflitos passa necessariamente pela esfera do estado-juiz, acompanhada de uma crescente utilização da função legiferante para regular todas as esferas da sociedade, numa verdadeira prisão legislativa, acaba por sobrecarregar a justiça administrada exclusivamente pelos juízes do Estado, que se torna lenta e ineficiente.

Assim, não é de se espantar que a jurisdição arbitral seja buscada, já que, apesar de ter custos diretos maiores do que o processo estatal (honorários de árbitros, taxas de administração do processo pelas instituições arbitrais, custos com advogados especializados nesse sistema), no fim das contas é financeiramente vantajosa se comparado com os custos de transação do processo estatal: demora, incerteza, insegurança, má qualidade da decisão etc. (LAMAS, 2018).

Figueira Júnior (2019, p. 135) lista como vantagens da arbitragem, dentre outros pontos, (i) o fato de ser mais simples e objetiva, com julgadores técnicos especializados na área do objeto litigioso, o que confere um julgamento seguro e rápido, especialmente se comparado com a jurisdição pública – afirma que a rapidez, aliás, decorre também da irrecorribilidade das decisões arbitrais e da inexistência de homologação de sentença pelo Poder Judiciário; (ii) a liberdade das partes para definir se o julgamento será em equidade ou em direito, podendo ainda escolher qual o ordenamento base (nacional ou estrangeiro) para a decisão dos árbitros; (iii) o sigilo e confidencialidade do procedimento e julgamento, que viabiliza a ampla produção de provas e, muitas vezes, a composição amigável.

2.1.1.1 *Convenção de arbitragem*

A forma pela qual os particulares registram este consentimento em arbitrar é a Convenção de Arbitragem, que permite que as partes contratantes afastem as regras de conflito estabelecidas na Lei nº 4.657 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL: 1942), e moldem o processo de resolução de disputas de acordo com sua vontade, o adequando às peculiaridades do caso (SPERANDIO, 2018).

A convenção de arbitragem é gênero, do qual são espécies a “cláusula compromissória” se for celebrada antes do surgimento do litígio; e “compromisso arbitral” se entabulada após. Essa é a conclusão que se chega da leitura do Art. 3º da LArb (LAMAS, 2018).

Sobre sua definição, Sperandio (2018), comenta:

A convenção de arbitragem tem caráter híbrido porque, de forma simultânea e indissociável, tem características contratuais e jurisdicionais. É um acordo de vontade livremente celebrado pelos contratantes, traz consigo características de obrigação contratual e concede jurisdição ao tribunal privado para resolver o mérito de certas disputas, removendo a jurisdição estatal e materializando o elemento jurisdicional em favor dos árbitros.

2.1.1.1.1 Cláusula compromissória

Importante diferenciar, ademais, a cláusula compromissória (i) cheia, na qual já se indica quem será o árbitro, tribunal arbitral ou a instituição arbitral responsável pela resolução da lide; da (ii) vazia, que se limita a informar acerca da vontade das partes em renunciar à jurisdição estatal para resolução de conflitos decorrentes daquele contrato, deixando, contudo, para momento posterior a indicação dos outros elementos atinentes ao compromisso arbitral (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 170).

Outro ponto de destaque é a autonomia da cláusula compromissória, podendo na verdade ser tratada como um subcontrato, ou acessório do principal, sendo que a nulidade deste não significa a daquele (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 170). Tampouco pode ser presumida, devendo sempre ser expressa e firme, de modo que “cláusula contratual que determina a mera possibilidade ou faculdade de submeter controvérsia via arbitragem não impede o julgamento da controvérsia pelo Poder Judiciário” (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 191).

Relacionado ao caráter autônomo da cláusula, está o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, que está insculpido no Art. 8º da LArb:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Fica claro que é do próprio árbitro a primeira palavra sobre a sua própria competência, ou seja, cabe a ele analisar a validade ou eficácia tanto da cláusula compromissória quanto do negócio jurídico principal, sem intervenção do estado-juiz nesse momento. Porém, ressalvada a hipótese de impugnação da validade da cláusula por meio de ação anulatória, após sentença arbitral, nos termos dos artigos 32 e 33 da LArb (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 213).

2.1.1.1.2 Compromisso arbitral

O negócio jurídico bilateral firmado posteriormente ao surgimento do conflito específico, e regrado no art. 9 da LArb é o compromisso arbitral. Poderá tanto ser extrajudicial, devendo neste caso ser celebrado por instrumento particular com duas testemunhas ou instrumento público; ou judicial, na hipótese de ser celebrado nos próprios autos de demanda – ainda não transitada em julgado – já corrente na jurisdição estatal, caso em que será extinto o processo judicial sem resolução do mérito (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 216).

Figueira Junior (2019, p. 193) recomenda que o compromisso arbitral seja firmado mesmo nos casos de arbitragem instituída por cláusula compromissória cheia, devendo as partes por meio deste documento explicitar todos os pontos relativos ao conflito e demais requisitos da arbitragem, evitando futuras alegações de nulidade ou outros conflitos.

2.1.1.2 Natureza jurídica da arbitragem

Seja por cláusula compromissória ou compromisso arbitral, o investimento de poderes jurisdicionais a um indivíduo ocorre por força de contrato. É ele que legitima a atuação do árbitro, e lhe concede a competência para dirimir os litígios relacionados naquela relação jurídica, diversamente do que ocorre com a jurisdição estatal, que é inafastável, inevitável e indelegável. Porém, a arbitragem possui características similares ao processo conduzido pelo Poder Judiciário, tais como substitutividade da vontade das partes, inércia, e a definitividade, de modo que se percebe uma equivalência entre os institutos. Assim, surge a dúvida acerca da natureza jurídica da arbitragem, se de caráter jurisdicional (também chamada teoria publicista), contratual (teoria privatista), ou até misto (LAMAS, 2018).

Com base na LArb, Figueira Júnior (2019, p. 121) afirma que não resta dúvidas acerca da natureza jurisdicional do instituto, vez que o termo adotado para designar o ato decisório final da composição da lide é sentença (Capítulos V e VI do texto legislativo), que resolve o conflito e vincula as partes litigantes ao cumprimento da declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução exarada pelo tribunal privado, com todos os efeitos de coisa julgada. O que faltaria à arbitragem, portanto, seria apenas a jurisdição exauriente, ou seja, o poder de *imperium* para execução dos julgados que não forem cumpridos espontaneamente fica, de fato, restrito ao juiz togado.

No mesmo sentido, podemos citar Ada Pellegrini Grinover (2018, apud FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 44):

Mas hoje, há uma firme e consolidada concepção a respeito da natureza jurídica da arbitragem: de mero meio alternativo, ou equivalente jurisdicional, passou sua natureza a ser considerada como jurisdicional, tanto mais que a sentença arbitral surte os mesmos efeitos da coisa julgada que coroa a sentença judicial, os atributos dos árbitros são exatamente os mesmos do juiz togado e os princípios constitucionais que a regem são os do “devido processo legal.

E, também, Guilherme Setoguti J. Pereira (2018):

Em reforço a essa ideia, diga-se que a arbitragem é atividade jurisdicional – e não equivalente jurisdicional, como já se afirmou –, na medida em que, por meio dela, se atingem todos os escopos da jurisdição: ela visa à pacificação de conflitos com justiça (escopo social), aplica o direito objetivo em um caso concreto (escopo jurídico) e reafirma o poder estatal de decidir controvérsias (escopo político).

2.1.1.3 Inafastabilidade da jurisdição estatal

A Lei de Arbitragem contribuiu, ainda, para a pacificação da constitucionalidade do instituto. A dúvida, que parte do Art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* – foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.207-7, Reino da Espanha, que firmou entendimento pela constitucionalidade da lei, em especial pela eficácia da cláusula compromissória, deixando evidente que a vinculação à arbitragem não depende do compromisso arbitral exclusivamente.

É importante entender que o princípio da inafastabilidade da jurisdição é compatível com a arbitragem na medida em que as partes, com base na autonomia privada, optam por se utilizar do instituto para decidir o conflito no caso concreto; o que não implica, contudo, num afastamento absoluto da jurisdição estatal, que ainda poderá ser acessada por tanto por aquele que entender ter ocorrido alguma violação à constituição ou à Lei de Arbitragem quando do julgamento arbitral, quanto para fazer valer a força vinculante da convenção de arbitragem.

O voto da Ministra Ellen Gracie, no julgamento acima referido, é de extrema clareza, destacando-se o seguinte trecho (BRASIL: 2001):

Não vejo que se afaste do conhecimento judicial a solução de pendências entre os contratantes. O que se dá é mudança no foco e na ocasião em que será possível um apelo ao judiciário. Sem cláusula compromissória, as partes podem, ou não, submeter a controvérsia surgida, ao longa da execução de um contrato, à arbitragem (tanto quanto poderiam, desde logo, transacionar sobre os respectivos direitos). Com a

presença de uma cláusula compromissória, as partes podem, ainda assim, remeter ao juiz a decisão sobre sua obrigatoriedade no caso em que uma delas resista à concretização do compromisso arbitral. Neste momento, e já diante da lide definida (a qual, se antes, era indeterminada, pressupunha-se necessariamente da execução do contrato), o juiz apreciará a consistência das eventuais objeções do recalcitrante em adimplir a obrigação pela qual se obrigara: vale dizer, a obrigação de submeter as controvérsias exurgentes do contrato ao juízo arbitral. (...) Como se vê, o cidadão *pode* invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas, *não está proibido* de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, *não pode* afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.²

Figueira Júnior (2019, p. 125) ensina que as lides que tratam de direitos de incapazes e direitos patrimoniais indisponíveis continuam como de competência e jurisdição exclusiva do Poder Judiciário, enquanto conflitos que envolvam pessoas capazes e direitos patrimoniais disponíveis poderão ser, se assim convencionado pelas partes, levados à jurisdição arbitral, desde que observada a lei de regência. Assim, nestes casos, o consumidor de direito tem a sua disposição dois instrumentos adversariais para resolução de controvérsias: jurisdição pública e privada. Finalmente, destaca (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 128):

Nada obstante a instauração do juízo privado, o Judiciário permanece avidamente vigilante, servindo como guardião da estrita observância do devido processo legal constitucional, assim como das atuações voltadas à coerção, execução ou anulação de decisões arbitrais. Em síntese, o conceito atual de jurisdição abarca a estatal e a privada (arbitragem) de maneira que elas se complementam de maneira simétrica e harmoniosa, ampliando o acesso à justiça em prol da pacificação social, sem que ocorra entre elas qualquer anulação ou sobreposição.” (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 128)

2.1.1.4 Árbitros

Confome LArb, no *caput* do art. 13, “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” – ou seja, a formação em direito não é requisito para nomeação do árbitro, podendo as partes nomear profissional de qualquer área de conhecimento que entendam mais adequada ao caso concreto, formando inclusive painéis híbridos. Os parágrafos do dispositivo estabelecem, ainda, que a nomeação deverá ser sempre em número ímpar (§ 1º); em caso de nomeação em número par estarão autorizados os nomeados a selecionar mais um árbitro (§ 2º); e a completa liberdade das partes para estabelecer o processo de escolha dos árbitros (§ 3º), inclusive para afastar regulamentos limitadores de órgão arbitral institucional (§ 4º).

² Destaques são do original.

Veja-se que “a liberdade de escolha dos árbitros é o mote da jurisdição arbitral, sem o que o instituto não encontraria aceitação, credibilidade e conseqüente respeitabilidade” (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 213).

Ao aceitar a nomeação da parte, o árbitro se compromete – por meio de contrato – a prestar tutela jurisdicional para resolução do conflito, assumindo obrigação de proferir a sentença, a qual, repita-se, não ficará sujeita a homologação do Poder Judiciário. Esse é o teor do art. 18 da LArb, “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”, comentado por Carlos Elias (2018), que bem esclarece a diferenciação entre o juiz togado e o árbitro:

O julgador privado exerce poder jurisdicional, mas é figura distinta do juiz togado, pois, entre outras razões: (i) o primeiro é contratado pelas partes e está sujeito a uma lógica de mercado, ao passo que o segundo é funcionário e órgão do Estado; (ii) o primeiro é escolhido (geralmente pelas partes) por suas características pessoais, enquanto o segundo é sorteado para as causas em que atuará; e (iii) o primeiro é investido de poderes para a causa específica, que somente pode exercer sobre as partes que pactuaram pelo método, enquanto a investidura do juiz precede e é independente das causas que ele julgará. Assim, deve-se compreender que o art. 18 da LArb, ao declarar que o árbitro é juiz de fato e de direito, apenas estabelece que o árbitro tem poder para conhecer e decidir questões de fato e questões de direito, não fazendo qualquer equiparação entre as diferentes espécies de julgador.

Para desempenhar sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição, conforme LArb, art. 14, §6º. Portanto, deverá tratar as partes de forma isonômica, observando os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa; não poderá ter qualquer relação com as partes ou interesse no objeto do conflito; precisa se certificar, antes mesmo de assumir o encargo, de que possui o conhecimento técnico específico que o torne apto a ser julgador; e garantirá que o processo seja impulsionado de forma diligente e proativa, sem deixar de atuar com cautela e sigilo, sendo reservado no que se refere às causas que atua (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 231-233).

Vale destacar, ainda, que estão os árbitros sujeitos aos mesmos deveres e responsabilidades dos juízes togados, seja pela responsabilização penal, equiparados aos funcionários públicos quando no exercício de suas funções (LArb, art. 17); ou civilmente, devendo observar as relações que constituem causas de impedimento e suspeição (LArb, art. 14).

Contudo, é reconhecida ao árbitro assim como para o juiz a garantia política de não responsabilização pela sentença que profere, exceto nos casos de conduta punível, quais sejam,

atuar com dolo, fraude, ou culpa grave. Ademais, obviamente não se dispensa a necessidade de analisar no caso concreto os requisitos para responsabilização subjetiva (dano, culpa e nexo causal) (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 244-245).

2.1.1.5 Procedimento arbitral e sentença

Quando todos os árbitros aceitarem a nomeação, se considerará instaurado o procedimento arbitral (LArb, art. 19), momento em que ocorrerá a interrupção da prescrição, se tornará a coisa litigiosa e se induzirá a litispendência, diferentemente do processo civil estatal, em que esses efeitos decorrem do chamamento da parte adversa ao processo.

Após a instituição da arbitragem, é recomendável que as partes e o painel de árbitros elaborem o Termo de Arbitragem, autorizado pelo art. 19, § 1º da LArb, documento no qual poderá se esclarecer questões que tenham ficado em aberto na Convenção de Arbitragem, especificar os poderes dos árbitros, sanar questões procedimentais, tudo para extirpar dúvidas e sanar irregularidades a fim de evitar arguições de nulidade ao fim do procedimento (CARMONA, 2005, apud FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 251).

O procedimento em si será, como já se disse, marcado pela ampla autonomia das partes e dos árbitros para o adaptar às peculiaridades da lide em discussão, sempre buscando celeridade e efetividade, limitados, contudo, às garantias processuais constitucionais elencadas no art. 21, § 2º da LArb (“Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”) às quais – em razão do próprio caráter jurisdicional da arbitragem – deve ser somado o dever de observância ao devido processo legal, garantia guarda-chuva que sintetiza e congrega os demais princípios e garantias processuais enunciados pela CRFB/88 (LEVY; PEREIRA, 2018).

O contraditório – e aí inclui-se também a ampla defesa – se traduz no direitos das partes de se manifestarem sobre e ser informadas de todos os fatos, alegações e provas de um processo, em igual oportunidade de apresentar argumentos e contestar os da outra parte, participaram da produção de provas, e reagir contra quaisquer atos que se oponham contra seus interesses legítimos. A igualdade pode ser tratada de maneira similar, consubstanciada no tratamento igualitário de oportunidades para as partes desde a nomeação dos árbitros até a exposição dos argumentos. A equidistância do julgador em relação às partes pode ser traduzida como a imparcialidade, estado psicológico do árbitro que envolve características subjetivas

(MUNIZ, 2020, p. 22). Finalmente, segundo Guilherme Setoguti J. Pereira (2018), o livre convencimento motivado é o sistema em que:

(...) o julgador valora os elementos probatórios de acordo com a sua persuasão, mas respeitando as balizas legais e, principalmente, de modo motivado, com fundamento naqueles elementos. A valoração não está presa a critérios estabelecidos em lei e também não é uma atividade íntima, sua aferição deve ser feita motivadamente, a fim de que possa ser controlada.

Assim, respeitadas essas balizas, é possível estabelecer inúmeras regras procedimentais diversas, como sói de ocorrer entre as diferentes câmaras arbitrais e nas arbitragens *ad hoc*.

Todavia, de modo geral, pode-se dividir didaticamente os procedimentos arbitrais em três fases: (i) inicial, focada em atos postulatorios e apresentação das alegações; (ii) instrução processual, concentrada na produção de provas – que poderá incluir exibição de documentos, perícias e inspeções, audiência com testemunhas etc. – e instrução da causa; (iii) decisória, que culmina na prolação de sentença (MUNIZ, 2020, p. 25).

A sentença arbitral é o pronunciamento da decisão do tribunal (ou árbitro singular) acerca do litígio, encerrando o procedimento. Poderá ser (i) definitiva, solucionando o mérito por meio de uma sentença condenatória, constitutiva ou definitiva, e pela homologação de acordo; ou (ii) terminativa, ao declarar a extinção do procedimento sem análise do mérito. A LArb autoriza, ainda, em seu art. 23, § 1º, a prolação de sentenças parciais, ou seja, será possível fracionar o julgamento dos pedidos em etapas, por decisões de mérito definitivas (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 277).

Os elementos essenciais da sentença, sem os quais será nula (art. 32, III, LArb) estão elencados no art. 26 da LArb:

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

- I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;
- II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
- III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
- IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Por meio do relatório os julgadores demonstram que conhecem o processo e todas as suas peças e etapas, e que fiscalizaram e sanaram a demanda, estando aptos a julgar a lide pendente.

A fundamentação, por sua vez, será o momento em que o árbitro convencerá as partes sobre o julgamento do mérito, e, de certo modo, justificará sua competência para atuar como solucionador de lides. Conforme assinala Rafael Francisco Alves (2018):

Sobre a fundamentação da sentença arbitral, é preciso ressaltar que as partes escolhem a arbitragem, entre outras razões, pela sua expectativa em relação à qualidade da decisão do árbitro. As partes optam por utilizar a arbitragem porque confiam que terão qualidade no julgamento do mérito. Essa decisão pela qualidade está relacionada a diversos fatores que são traços característicos da arbitragem: a possibilidade de escolha do árbitro (normalmente, um expert no objeto do conflito), das leis aplicáveis, das regras procedimentais (que podem ser definidas “sob medida” para o conflito específico), a possibilidade de aprofundar e aprimorar o contraditório, incluindo uma produção de provas de qualidade etc. Todos esses fatores que representam a própria razão de ser da arbitragem devem estar refletidos na fundamentação da sentença arbitral. De nada adianta toda essa liberdade conferida às partes na arbitragem, a flexibilidade do procedimento arbitral, o aprofundamento do contraditório, se, ao final, a fundamentação da sentença arbitral for rasa e superficial.

O princípio do livre convencimento motivado norteia a fundamentação, estando acima até mesmo da autonomia da vontade das partes, que mesmo querendo não poderão dispensar os árbitros de motivarem suas decisões. Seria nula tal previsão, assim como seria eventual limitação aos árbitros para apreciar provas de maneira pré-determinada, vinculando-os, por exemplo, à conclusão do perito (PEREIRA, 2018).

Portanto, deverá o árbitro não apenas dizer o direito, mas também o porquê do direito. Ao julgar, não há simples exteriorização de vontade do tribunal. O ato vincula o julgador na identificação das provas e do direito que justificam o seu convencimento: “o árbitro pinça os fatos, as provas a eles relacionadas e o direito sobre o qual repousa a solução da controvérsia para convencer-se acerca da melhor e mais justa resolução do conflito e, ao final, proclamar quem tem razão” (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 326-327).

Aliás, a fundamentação não deve se dirigir somente para o vencedor, mas principalmente para o vencido. Afinal, as partes têm tanto direito de saber quais motivos levaram o julgador a não acolher seus argumentos quanto as razões para adoção da tese acolhida. No caso de omissão da sentença acerca de um argumento que poderia, ainda que em tese, mudar o resultado do julgamento, o interessado poderá requerer ao tribunal se pronuncie acerca desse ponto (LArb, art. 30, II). É apenas respeitando esse encargo que os julgadores

darão ao contraditório e ampla defesa seu mais elevado sentido constitucional (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 329).

O dispositivo, por sua vez, é o comando judicial que determina a solução para o litígio de forma clara e definitiva, vinculado aos pedidos formulados pelas partes, já que vedadas decisões *extra, ultra* ou *citra petita*. Deverá estar ligado de forma lógica à fundamentação e ao relatório.

A anotação da data de prolação de sentença irá indicar se o prazo do art. 23 da LArb foi cumprido, devendo corresponder ao momento de conclusão da redação da sentença. O local será aquele fixado na convenção de arbitragem, independentemente de onde se encontrarem os árbitros no momento da assinatura. É elemento de extrema importância para se definir, segundo o art. 34 da LArb, se a sentença é nacional ou estrangeira, caso em que deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para fazer efeitos no país (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 285).

2.1.1.6 Nulidade da sentença

Uma vez prolatada a sentença arbitral, essa terá os mesmos efeitos de uma sentença prolatada pelo Poder Judiciário, sendo título executivo judicial e fazendo coisa julgada material, conforme o art. 31 da LArb, e o art. 515, VII, da Lei nº 12.105, Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL: 2015). Portanto, dispensada a homologação judicial exigida pelos diplomas legais anteriores, e se inexistir previsão de recurso na convenção de arbitragem, com a exceção dos embargos arbitrais previstos no art. 30 da LArb, o único meio de impugnação da decisão será a declaração de nulidade pelo estado-juiz, que poderá ocorrer por ação autônoma (art. 33, § 1º, LArb) ou como impugnação ao cumprimento de sentença (art. 33, § 3º, LArb).

Esse controle jurisdicional da sentença arbitral deve ter caráter subsidiário, de modo a prestigiar a autonomia da vontade das partes que optaram pela jurisdição privada. Assim, a observância do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal – materializado no art. 5º, XXXV da CRFB/88, conforme já aludido acima – deve ser interpretado de maneira restritiva, garantindo a segurança jurídica, harmonia e hígidez do instituto da arbitragem (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 411).

O sistema arbitral está voltado, portanto, para preservar ao máximo a sentença do juiz privado, sendo que a anulação será sempre excepcional e ponderada na análise do caso concreto, razão pela qual a melhor doutrina sustenta que o rol do art. 32 da LArb é taxativo, e que também

é vedado às partes ampliar o número de hipóteses ou a elas renunciar previamente (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 294). São os dispositivos da LArb:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
 I - for nula a convenção de arbitragem;
 II - emanou de quem não podia ser árbitro;
 III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
 IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
 V - revogado
 VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
 VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
 VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

O regramento acerca dos árbitros já foi comentado em item anterior (2.1.1.4), bastando reiterar, conforme disposto nos artigos 13 e 14 da LArb, que a atividade deve ser exercida por pessoa capaz, nomeada ao modo estipulado na convenção de arbitragem, e que não tenha qualquer relação prévia com as partes de modo a caracterizar seu impedimento ou suspeição, sendo obrigado sempre a revelar qualquer fato que possa comprometer sua imparcialidade e independência.

Também já abordados os requisitos da sentença arbitral (2.1.1.5), cabendo frisar que a falta – ou insuficiência – da motivação é vício grave, não devendo ser confundido com fundamentação errônea. Estão os julgadores obrigados a examinar todos os pontos de fato ou de direito controvertidos, sejam eles suscitados pelas partes ou eventualmente conhecidos de ofício nas hipóteses cabíveis. Quanto mais completa a motivação, melhor. É de se atentar, ainda, para a regra do CPC, em seu art. 489, §1º³, invocável também no processo privado por desdobrar regra constitucional (YARSHELL, 2018).

Finalmente, o inciso VII faz referência ao art. 21, § 2º, LArb⁴, que já foi comentado anteriormente (2.1.1.5).

³ CPC, Art. 489, § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (...).

⁴ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

2.2 MEDIAÇÃO

Outro método alternativo de resolução de disputas, porém de caráter autocompositivo, é a mediação. Sua similaridade com a arbitragem está no fato de ser concebido como um expediente não judicial de solução de conflitos, mas difere no ponto em que é uma técnica em que o terceiro imparcial não irá impor a decisão para as partes, mas sim as auxiliar na composição amistosa para sanar a desavença.

Pode ser inclusive utilizada para formar métodos híbridos, no qual contratantes se obrigam a primeiro buscar a solução de eventual futuro conflito por via da mediação, e apenas caso esta reste infrutífera sigam para a alternativa heterocompositiva e adversarial; ou também inversamente se comprometam a tentar um acordo ao final de processo arbitral, mas antes da prolação da sentença. São as chamadas cláusulas *mediatio-arbitratio (med-arb)* ou *arbitratio-mediatio (arb-med)* (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 78).

2.2.1 Mediação: noções gerais

A mediação é ferramenta consensual de abordagem de controvérsias, utilizada para facilitar a comunicação entre as partes envolvidas no conflito, para que tenham uma percepção ampliada da situação e juntas protagonizem saída produtiva para o impasse, conduzida por um terceiro imparcial que não impõe sua decisão, mas viabiliza o consenso, acolhendo os envolvidos na disputa e fomentando atuação cooperativa (TARTUCE, 2018, p. 203).

Tem como característica marcante a pacificação entre os contendores, e busca os conduzir para encontrarem solução que atenda os interesses recíprocos. É viabilizada por meio de teorias e técnicas de gestão de conflitos, tendentes a transformar a compreensão e o sentir das partes, que munidas da nova visão poderão encontrar a autocomposição (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 99).

Sua grande vantagem em relação aos outros métodos é preservar a continuidade das relações em um perspectiva voltada ao futuro, já que é meio voluntário e que se insere em uma noção de justiça coexistencial, que não compromete as relações interpessoais, coerente com o estímulo à cultura de paz (TARTUCE, 2018. p. 205). Também pode-se elencar entre seus benefícios: protagonismo das partes; agilidade na obtenção de resultados com baixo custo; a confiabilidade – e possível confidencialidade – do procedimento; o cumprimento espontâneo das decisões e o fortalecimento psicológico das partes (GOULART, 2018, p. 53).

Bom frisar que o objetivo não é propriamente a conversão para um acordo, tal qual ocorre na conciliação. O encontro de vontades – e a resolução da disputa – seria apenas uma das consequências do processo, cujo verdadeiro propósito é aprofundar as relações e restabelecer a comunicação, focando nas questões subjetivas. Para Juliana Ribeiro Goulart (2018, p. 42):

A distinção entre a mediação e as demais formas de tratamento dos conflitos se dá pelo constante diálogo durante as sessões, pois esse procedimento não se preocupa com o conflito em sua dimensão apenas formal (lide processual), mas também em sua estrutura social (lide sociológica).

2.2.1.1 Mediador

Segundo Warat (2004, apud GOULART, 2018, p. 53) o mediador não deve tomar decisão pelas partes, e nem impor qualquer decisão a elas. Seu papel é ajudar as partes conflitantes a examinarem suas necessidades, reconciliando interesses competitivos dos adversários. Atuará de forma a negociar uma troca de promessas que defina um relacionamento mutuamente satisfatório e se encaixe no padrão de justiça esperado pelos conflitantes.

Assim, o mediador tem uma tarefa complexa de trabalhar resistências pessoais e obstáculos advindos do antagonismo de posições, que demandará preparo, sensibilidade, e habilidades específicas para facilitação de diálogos. Considerando que sua atuação transcenderá o aspecto meramente jurídico do conflito, a interdisciplinaridade é atributo basilar, e a formação de operador do direito não necessariamente será indispensável. O principal é que conte com a confiança dos participantes e tenha treinamento adequado para a dinâmica da comunicação (TARTUCE, 2018, p. 302).

Nada impede, ademais, que em demandas com controvérsias complexas – que envolvam conflitos formados por diferentes esferas de conhecimento – ocorra a mediação, com participação de profissionais de variadas formações e *backgrounds*, proporcionando abordagem sistêmica do litígio e ampliando a possibilidade de comunicação (TARTUCE, 2018, p. 305).

2.2.1.2 Mediação Extrajudicial e Judicial

A mediação pode ser realizada tanto de forma privada, por mediadores independentes ou com suporte de instituições especializadas, sendo chamada de extrajudicial; quanto dentro

de uma demanda judicial já em curso no Poder Judiciário, quando será conduzida por mediadores judiciais designados pelo juiz da causa, cadastrados previamente no Tribunal e habilitados segundo as regras respectivas.

É facultado às partes, ainda, buscar a mediação extrajudicial mesmo quando a lide esteja pendente de julgamento pelo estado-juiz (ou de tribunal arbitral, caso tenham os contratantes optado pela justiça privada), devendo nessa hipótese solicitar a suspensão do processo enquanto ocorrer as sessões de mediação (TARTUCE, 2018, p. 310).

2.2.1.3 Propósito, Procedimento e Resultados

Como já foi afirmado, a inserção de cláusula de mediação em contrato não tem como objetivo abordar a controvérsia pontual surgida e apresentar solução técnico-jurídica ao conflito. Sua intenção é o restabelecimento dos laços e do diálogo entre as partes, mais do que o acordo, que pode ser uma consequência do processo de restauração do diálogo (PEIXOTO, 2017, p. 94).

Tartuce (2018, p. 343) reforça essa característica da mediação como etapa anterior ao contencioso judicial ou arbitral, sendo última tentativa de evitar o escalonamento do conflito, ao afirmar que a “crescente inclusão de cláusulas contratuais prevendo a adoção da mediação como etapa inicial na abordagem de controvérsias revela que a busca de saídas conjuntas como fase precedente à instauração de litígio tem sido considerada uma opção interessante ao trato contencioso.”

Portanto, a mediação é uma tentativa de recuperação do consenso, que pode ter se perdido no decorrer da relação contratual por uma série de fatores, mas que certamente existia no momento da formalização da avença. O diálogo eficiente entre as partes poderá servir para que resgatem a vontade inicial de atender interesses comuns e criar uma perspectiva de futuro, com portas abertas para novos negócios (TARTUCE, 2018, p. 344).

O procedimento, dessa forma, é regido pelo princípio da oralidade, que torna mais célere e leve, promovendo a confidencialidade e estimulando a comunicação direta entre os mediandos, ao invés de interlocução por advogados via petições e cartas. Juliana Goulart (2018, p. 76) aponta que não há um roteiro fechado a ser seguido, de modo que as sessões serão conduzidas pelo mediador que se valerá das técnicas de contribuição ao diálogo, sendo que:

a mediação não opera com as pretensões de verdade que se encontram no processo judicial e não possui regras fixas, porque ela é um processo de interação entre as

partes. (...) Em se tratando de um procedimento informal, é importante que o mediador tenha um roteiro a seguir, mas ao qual não deve ficar apegado mecanicamente, cortando o “clima de negociação”, apenas para aplicar uma das técnicas que aprendeu em cursos de formação.

Ao focar nos mediandos e os empoderar como protagonistas da solução do conflito, a ferramenta dá lugar de destaque ao princípio da autonomia privada que rege as relações contratuais, ao invés de relegar a decisão da lide para um julgador que não é íntimo do contrato e que o interpretará com base na linguagem e nas intenções refletidas no momento de sua celebração, que podem ser muito diferentes da sensação das partes quando do surgimento do problema (TARTUCE, 2018, p. 345). Autonomia essa que também regulará o procedimento, e permitirá às partes escolherem o mediador, estabelecer o número de sessões, e tomar suas próprias decisões para acordar uma proposta de solução do litígio ou de se retirar a qualquer tempo (GOULART, 2018, p. 81).

A procura do consenso e suas vantagens em relação à uma sentença imposta às partes é tratada por Juliana Goulart (2018, p. 72):

Intimamente ligada aos princípios da autonomia e da isonomia, a busca do consenso significa que as partes devem decidir o que é melhor para elas, sem a imposição de uma decisão que desconsidere seus interesses, emoções e vontades. As partes poderão, a partir do restabelecimento da comunicação, conhecer os interesses umas das outras e, diante deles, criativamente chegar a um consenso que seja mutuamente satisfatório. (...) A busca pelo consenso deve ser entendida pelo mediador para que, diante de uma reação de fechamento e antagonismo, o que desfavorece o entendimento, intervenha e promova um clima de diálogo entre os participantes, que deixe as partes desarmadas para um encontro proveitoso. As partes devem entender que precisam trabalhar dentro de uma estratégia cooperativa, como se jogassem em um mesmo time.

Como resultado da mediação bem sucedida, terão os participantes uma nova perspectiva do conflito e de si mesmos, o que lhes permitirá tratar melhor os conflitos do passado – para o qual buscaram a ferramenta – e os futuros, que serão prevenidos pela abordagem focada nos interesses recíprocos e no diálogo, atingindo a pacificação social.

Para que isto ocorra, os mediandos deverão assumir uma postura pautada na boa-fé e voluntariedade, não se admitindo condutas de postergação do início de um processo heterocompositivo que lhe seria desvantajoso sob uma falsa tentativa de autocomposição, com a má-fé de dissimulação (REIS, 2015, p. 237).

2.3 DISPUTE BOARD

Nem sempre, porém, a Arbitragem se mostra como meio mais efetivo de solução de controvérsias contratuais, ou podem as partes remediar o conflito pela mediação. Conforme lição de Zanchim e Alves (2019, p. 344), no setor da infraestrutura e construção civil, especialmente, “aguardar o acúmulo de prejuízos ao longo do tempo para depois buscar ressarcimento pela via judicial ou arbitral (...) é pouco eficiente em termos econômicos e, conforme o caso, pode representar a violação do ônus que as partes possuem de buscar mitigar os próprios danos”.

Surge, então, a partir das décadas de 80 e 90 os *Dispute Boards*⁵, como resposta ao cenário com demandas cada vez mais complexas – seja pelos avanços técnicos da própria engenharia ou do incremento no nível de regulação estatal – e encarecimento dos métodos adversariais de resolução de disputas (como processo judicial e arbitragem) (ZANCHIM; ALVES, 2019, p. 345).

Ensina Guedes (2017, p. 22) que foram criados como alternativa à jurisdição comum, dado que grande parte do orçamento das obras passou a ser consumido em contendas judiciais, diminuindo, conseqüentemente, a margem de lucro dos construtores. Assim é que “o descontentamento em relação à dinâmica existente à época para resolução dos conflitos criou a necessidade de um novo mecanismo de resolução de disputas, mais ágil, assertivo, eficaz e, principalmente, menos custoso às partes envolvidas.”

São especialmente eficazes em contratos de longa duração, em que até mesmo pequenos atrasos afetam o cronograma e acarretam prejuízos para todas as partes. Ranzolin (2017) cita como exemplo contratos de:

exploração de minério ou petróleo, desenvolvimento de tecnologia, serviços financeiros de longo prazo, indústria de construção naval, contratos de manutenção e de concessão de rodovias, transporte público, construção e gestão de aeroportos, plantas de energia, e também nas joint ventures em que as partes tenham participações idênticas e haja risco de impasses nos rumos do negócio pela impossibilidade de formação de quóruns desempataadores de maioria.

⁵ No Brasil, são utilizadas em português as expressões “Comitê de Resolução de Disputas” ou “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas” para designar os *Dispute Boards*, tanto academicamente quanto em legislação. Por exemplo, o Projeto de Lei nº 9883/2018 da Câmara dos Deputados (BRASIL: 2018); Lei nº 16.873/2018 do Município de São Paulo/SP (SÃO PAULO (SP): 2018); e a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021). Contudo, será utilizada a expressão original em língua inglesa durante este trabalho por ser constante na cláusula contratual sob análise, bem como ainda ser a forma utilizada comercialmente e a presente na bibliografia estrangeira mais atualizada.

2.3.1 Dispute Board: noções gerais

“Criaturas do contrato”. Essa é a expressão comumente utilizada para referenciar os *Dispute Boards*, já que é na estrita vontade das partes que se encontra sua legitimidade e limites. É justamente por não ter base em regras estatais que esse método se adapta a diferentes tipos de projetos, flexível à conveniência e criatividade dos contratantes (BUENO; FIGUEIREDO, 2017).

Podemos os definir como “mecanismos de prevenção e/ou solução de controvérsias formados por colegiados de *experts* que acompanham todos os estágios da execução do contrato” (ZANCHIM; ALVES, 2019, p. 346). Também Guedes (2017, p. 8) os retrata como:

painéis formados por profissionais especializados, com profundo conhecimento técnico dos assuntos objeto das demandas decorrentes da execução dos serviços e que, justamente por atuarem nos projetos desde o início, inclusive, no acompanhamento das obras, realizam um trabalho preventivo e técnico ao dirimir, ab initio, os potenciais conflitos existentes entre as partes.

O caráter preventivo, com foco na resolução de conflitos, é refletido na definição de Marcondes (2017):

(...) um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva.

A solução em tempo praticamente real dos conflitos evita que que controvérsias se acumulem, já que cada disputa surgida é tratada individualmente, o que mantém um positivo clima de afinidade entre as partes, proporcionando uma relação duradoura que gera benefícios não apenas para os contratantes, mas para a sociedade (WALD, 2011). Mais do que isso, por ser um mecanismo que prioriza a presença dos adjudicatadores no *site*, os membros do *Board* estarão inteirados em tempo real de todas as informações, familiarizados com os contratos e com os fatos pertinentes, reduzindo a perda de tempo que um painel de árbitros, por exemplo, teria para entender todo o contexto da disputa. Assim, há mínima perda de tempo, e se ganha em eficiência no projeto (RANZOLIN, 2017).

Chern (2015, p. 17) ressalta a dificuldade que árbitros e juízes têm para compreender o contexto em volta das alegações do que ocorreu anos antes e que litigantes trazem para um procedimento contencioso, já que até mesmo provas concretas, tais quais cartas e fotografias,

podem ser enganosas se interpretadas fora de época. Ao presenciar as condições técnicas e físicas da construção em visitas regulares ao *site*, o *Dispute Board* não terá este problema de avaliações *ex post facto* e de reconstrução de histórico, e será hábil a emitir respostas rápidas, bem informadas, equilibradas e consistentes.

2.3.1.1 Membros do Board

O painel será composto usualmente por três profissionais, mas nada impede variações. A FIDIC e o Banco Mundial sugerem que em contratos menores o *Board* seja formado por apenas uma pessoa, enquanto projetos multidisciplinares ou que envolvam vários contratos podem requerer um painel com mais de três membros (CHERN, 2015, p. 14).

Estes *experts* apontados irão atuar para reparar as anomalias na medida em que ocorrem na obra, atribuindo responsabilidade pela sua correção e evitando que o conflito escalone a partir de um desentendimento entre as partes contratantes. Portanto, o *Dispute Board* sempre lidará com o presente (ou passado muito próximo), pois é mecanismo perene do contrato, ao contrário de outras técnicas que somente entram em cena quando o conflito já está instalado e ocorreu num passado muito distante. Segundo Chern (2015, p. 4):

The significant difference between dispute boards and most other alternative dispute resolution techniques (and possibly the reason why dispute boards have had such success in recent years) is that the dispute board is appointed at the commencement of a project before any disputes arise and before any events have occurred which would lead to any dispute, and by undertaking regular visits to the site it is actively involved throughout the project (and possibly any agreed period thereafter). (...) by establishing a dispute board from the inception of the project, the dispute board members become part of the project team and are thought of in a different fashion, and because of their 'hands-on' approach, they can be trusted to be fair and impartial, and their advice is respected and taken more readily than would be the case with a third party or stranger to the project, e.g. a judge or arbitrator.⁶

O sucesso do *Dispute Board* depende da escolha do painel e na confiança que as partes depositam nos especialistas – especialmente no presidente, que deverá conduzir de forma justa

⁶ Em tradução livre: “A diferença significativa entre os Dispute Boards e a maioria das outras técnicas alternativas de resolução de disputas (e possivelmente a razão pela qual os Dispute Board tiveram tanto sucesso nos últimos anos) é que o Dispute Board é nomeado no início de um projeto antes que surjam quaisquer disputas e antes que ocorram quaisquer eventos que possam levar a qualquer disputa, e ao realizar visitas regulares ao local da obra está ativamente envolvido durante todo o projeto (e possivelmente em qualquer período acordado posteriormente). (...) ao estabelecer um Dispute Board desde o início do projeto, os membros do Dispute Board se tornam parte da equipe do projeto e são percebidos de uma maneira diferente, e devido à sua abordagem "prática", eles podem ser confiáveis para serem justos e imparciais, e seus conselhos são respeitados e tomados mais prontamente do que seria o caso com um terceiro ou estranho ao projeto, por exemplo, um juiz ou árbitro.

e firme as audiências e procedimentos. Como os contratos de construção são extremamente complexos, a experiência dos membros tanto em temas técnicos quanto de gestão e interpretação contratual será testada constantemente.

Via de regra, para formar suas decisões poderá o *Board* atuar de maneira inquisitiva, fazendo questionamentos, abordando testemunhas e analisando documentação independentemente da intervenção de advogados ou representantes das partes, diferentemente da figura do árbitro, que assume posição imparcial em um processo dispositivo, analisando as evidências que são trazidas a ele (CHERN, 2015, p. 35, 44), conforme se abordou na seção 2.1.1.4.

2.3.1.2 *Formatos*

O termo *Dispute Board* inclui: (i) o *Dispute Review Board* (DRB), no qual os pareceres dos *experts* têm caráter meramente opinativo, originado nos EUA e até hoje lá mais utilizado; (ii) os *Dispute Adjudication Board* (DAB), hipótese em que a decisão terá força vinculante interina entre as partes, e é mais usual no restante do globo; e (iii) o *Combined Dispute Board*, figura híbrida criada pela *International Chamber of Commerce* (ICC) (CHERN, 2015, p. 5).

Independentemente do formato, todos partilham dos mesmos princípios de resolução de conflitos existentes entre os contratantes, sempre atuando de forma preventiva para obter o mais rapidamente possível a solução da potencial desavença, de forma imparcial, técnica e objetiva para otimizar o tempo e evitar burocratização do procedimento, sem deixar, todavia, de conceder às partes as condições para que exponham seus argumentos. Além disso, poderão, via de regra, as partes valer-se do judiciário ou arbitragem para ratificar a decisão do *Dispute Board*. O que os difere, marcadamente, são os efeitos que a decisão causará às partes até sua alteração ou confirmação pela jurisdição estatal ou privada. (GUEDES, 2017, p. 32).

2.3.1.2.1 *Dispute Review Board*

Nessa configuração original de *Dispute Board*, o painel faz recomendações não vinculantes, na forma de opiniões. Se nenhuma contratante manifestar descontentamento em um prazo pré-fixado, as partes concordam em cumprir a determinação do painel. Contudo, caso qualquer das partes manifeste insatisfação com o parecer, a recomendação não será considerada vinculante, e a controvérsia deverá ser levada à arbitragem – se existir convenção de arbitragem

– ou poder judiciário. Enquanto pendente essa decisão final, as partes podem voluntariamente seguir a recomendação, mas não obrigadas a fazê-lo. Ou seja, só surtirá efeito a opinião dos *experts* caso as partes entendam que um julgamento arbitral ou estatal não lhes será mais benéfico (CHERN, 2015, p. 33).

Assim, como suas recomendações não possuem cumprimento obrigatório, o *Dispute Review Board* deverá convencer as partes de que sua opinião é a mais acertada para solução da controvérsia. A ausência de força vinculante confere, portanto, um caráter muito mais preventivo à atuação dos membros do board, que assumirão postura supervisora e proativa evitando escalonamento de conflitos (FERNANDES, 2019, p. 66).

Muito embora não tenham o poder de emitir decisões vinculantes, a reputação e o reconhecimento dos membros de um DRB qualificado, em conjunto com um processo independente e bem estruturado de avaliação, garantem que as recomendações sejam persuasivas e relevantes. Por outro lado, a atuação do *Board* poderá ficar prejudicada caso uma das partes assuma postura adversarial e busque adiar a resolução dos conflitos por meio de notificações de descontentamento, encaminhando a demanda para arbitragem.

2.3.1.2.2 Dispute Adjudication Board

A variante DAB é proveniente da DRB, e seu desenvolvimento pode ser atribuído ao Banco Mundial e à FIDIC, que mantém uma relação muito próxima, já que o Banco Mundial tem interesse nos modelos de contratação elaborados pela FIDIC, vez que os resultados dos projetos que financia depende em grande parte da execução da boa execução do contato; e a FIDIC acompanha os anseios do Banco Mundial, que costuma financiar seus contratos (FERNANDES, 2019, p. 68)

No formato de adjudicação, o *Board* emitirá – após o mesmo procedimento – uma decisão provisoriamente impositiva às partes (*interim-binding force*), que deverão cumprir com o determinado até que um tribunal arbitral ou o poder judiciário emitam uma nova decisão (RANZOLIM, apud GUEDES, 2017, p. 30).

De acordo com Chern (2015, p. 34):

While a dispute review board only gives its recommendations, a dispute adjudication board issues decisions with respect to any dispute referred to it and constitutes a more binding approach to the resolution of the dispute. The key word here is ‘adjudication’ and as the title suggests an adjudicator reviews the information and issues a ‘decision’. By contract the parties must then comply with such a decision without delay as soon

as they receive it. If a party expresses dissatisfaction with a decision within a stated time period, it may submit the dispute to final resolution by arbitration, if the parties have so agreed, or the courts; but the parties meanwhile remain contractually bound to comply with the decision unless and until the arbitral tribunal or court rules otherwise. If no party expresses dissatisfaction with a decision within the stated time period, the parties, per their contract, have agreed to remain bound by it.⁷

Novamente, é de se destacar que embora vinculantes, as decisões não são finais, podendo as partes recorrer a um procedimento arbitral ou judicial. O que pesa para que as partes aceitem a decisão do Board é o fato de ter sido emitida por uma equipe qualificada e que acompanha o projeto de perto, sendo pequenas as chances de sucesso de reversão em eventual procedimento contencioso, que traria desperdício de recursos (FERNANDES, 2019, p. 70).

2.3.1.2.3 Combined Dispute Board

Mesclando elementos das duas modalidades anteriores, em 2004 a ICC criou uma forma híbrida, na qual o *Board* profere recomendações (na forma do DRB), via de regra, mas poderá emitir decisão (como em um DAB) diante de pedido exposto conjunto das partes, ou se identificar urgência na solução da controvérsia, de modo a evitar perdas graves, ruptura entre os contratantes, ou até mesmo preservar prova (RANZOLIM, apud GUEDES, 2017, p. 31).

Chern (2015, p. 34) ressalta que esse formato é uma alternativa mais razoável do que um cenário direto de adjudicação ou somente de recomendações, sendo especialmente indicado em situações em que as partes não estejam familiarizadas com o conceito de *Dispute Board*, já que concede aos membros do painel, experientes, maior margem de manobra para conduzir o processo.

2.3.2 Cumprimento das decisões

⁷ Em tradução livre: Enquanto um Dispute Review Board apenas dá suas recomendações, um Dispute Adjudication Board emite decisões a respeito de qualquer conflito a ele submetido e constitui uma abordagem mais vinculativa para a resolução da disputa. A palavra-chave aqui é "adjudication" e, como o nome sugere, um árbitro revisa as informações e emite uma "decisão". Por contrato, as partes devem então cumprir tal decisão sem demora, assim que a recebem. Se uma parte expressar insatisfação com uma decisão dentro de um determinado prazo, ela pode submeter a disputa à resolução final por arbitragem, se as partes assim concordaram, ou aos tribunais; mas as partes, entretanto, permanecem contratualmente obrigadas a cumprir a decisão, ao menos e até que o tribunal arbitral ou o corte estatal decida de outra forma. Se nenhuma das partes expressar insatisfação com uma decisão dentro do prazo estabelecido, as partes, de acordo com seu contrato, concordaram em permanecer vinculadas por ela.

Conforme vem sendo abordado, mesmo quando as decisões do *Dispute Board* possuem esse caráter vinculante, ele é apenas contratual, não jurisdicional, fundado no princípio do *pacta sunt servanda* e na boa-fé (ZANCHIM; ALVES, 2019, p. 350). Galvão (2012) salienta que é um sistema originalmente concebido em país de *common law*, para aplicação nesse tipo de jurisdição em que a manifestação de vontade das partes faz lei entre elas, e que a liberdade contratual tem o alcance acentuado.

No Brasil, contudo, diferentemente dos países em que o sistema jurídico da *common law* é o vigente, há uma cultura de não se aceitar decisões contrárias, ao menos que emanadas de autoridade (como o Poder Judiciário, ou por árbitros, e esses últimos apenas muito recentemente), o que pode se mostrar um desafio para difusão desses sistema de resolução de conflitos (GUEDES, 2017, p. 33).

Somente em uma relação na qual as partes estejam dispostas a encontrar soluções pré-contenciosas, seja fundada na boa-fé, e na qual exista uma preocupação com manutenção e continuidade do contrato (eficiência) é que o *Dispute Board* terá lugar. Ou seja, os contratantes precisam estar dispostos a ao menos refletir sobre as manifestações dos *experts* que irão compor o board, e não as tratar como mero ritual para a passagem a um método adversarial, sob pena de burocratizar o instituto.

Não se está, contudo, a dizer que “dependem de um comportamento sacrossanto dos contratantes. Requerem apenas um comprometimento com sua funcionalidade no limite do necessário para que não se tornem inúteis ao propósito de equacionar as desavenças contratuais” (ZANCHIM; ALVES, 2019, p. 358).

Na verdade, a própria existência do *Dispute Board* no arranjo contratual já deve indicar que as contratantes têm uma postura não adversarial, voltada para solução de problemas e com foco na conclusão do projeto dentro do cronograma. Lidar com o board ao longo da obra criará um lembrete aos contratantes para evitar o surgimento de conflitos, já que, ao inserir o sistema no planejamento do projeto, ele se tornará um dos fatores de viabilidade econômica do empreendimento, pois os agentes irão trocar a possibilidade de receber uma solução final – e talvez mais justa – que demora meses ou anos para ser externada (pela arbitragem ou poder judiciário) por repostas mais rápidas, que cortam custos ocultos de conflito e conservam a relação comercial e a marcha do projeto (RANZOLIN, 2017).

Assim, como método alternativo de resolução de disputa, autocompositivo e não adversarial, suas decisões não são executáveis diretamente tal qual a arbitragem, cuja sentença

equivale a título executivo judicial. Para que seja aceita, a decisão do painel dependerá da cooperação e boa-fé das partes (GUEDES, 2017, p. 33).

Porém, mesmo não fazendo coisa julgada entre as partes, elas possuem grandes incentivos respeitar o procedimento do *Dispute Board*: (i) caso não cumpram com os ajustes que acordaram de boa-fé estarão em inadimplemento contratual, cabendo responsabilização civil e execução específica da obrigação; (ii) serão impedidas de acessar arbitragem por falta de interesse processual se não comprovarem ter cumprido com a condição precedente de seguir o rito do *Dispute Board*; (iii) deve-se levar em conta que se o painel for conduzido por profissionais comprometidos e capacitados, que entendam o sistema e cumpram todos os atos e procedimentos estabelecidos em contrato, sempre com ânimo de cooperação e com boa-fé, dificilmente um tribunal arbitral ou corte judicial irá reverter suas decisões; (iv) as provas produzidas dentro do procedimento do board poderão ser utilizadas para constituir o caso perante o juiz ou árbitro, o que diminui a possibilidade de se chegar à solução diversa analisando os mesmos fatos (GUEDES, 2017, p. 35-36).

2.4 COMPARATIVO FINAL

Como métodos alternativos de resolução de disputa, a arbitragem, mediação, e os *Dispute Boards* são cada vez mais utilizados por agentes sofisticados do mercado, em busca de evitar a morosidade, incerteza, e altos custos do processo judicial tradicional.

Porém, possuem marcadas diferenciações de procedimento; e, apesar de serem todos conduzidos por terceiros imparciais, a conduta, formação e especialidades destes irá variar conforme os também diferentes objetivos de cada método.

Em especial, a inovação do *Dispute Board* traz consigo, em suas diferentes variações, características que ora o aproximam da mediação (especialmente na modalidade *Dispute Review Board*), pelo intuito de prevenção de escalonamento de conflitos e manutenção da relação próxima entre os contratantes; e ora da arbitragem, com a emissão de uma decisão pelos membros do *Board* a partir de análise técnico-jurídica dos fatos (se for o caso de *Dispute Adjudication Board*).

O comparativo pode ser sintetizado na seguinte tabela:

Quadro 1 - Comparativo entre os métodos alternativos de resolução de disputa

	Arbitragem	Mediação	Dispute Board
Procedimento	Contencioso; regramento conforme convenção de arbitragem	Conciliatório; informal conduzido pelo mediador	Inquisitivo; regramento conforme contrato e condução dos membros do board
Terceiro imparcial	Árbitro	Mediador	Membro do <i>Board</i>
Momento de atuação	Após instaurado o conflito	Após instaurado o conflito, previamente à solução heterocompositiva final	Perene durante a execução do contrato
Base Legal	Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996)	Lei de Mediação (nº 13.140/2015); CPC; Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	Liberdade contratual e autonomia da vontade
Objetivo	Solução do conflito por meio de sentença arbitral	Restabelecimento da comunicação e eventual acordo	Prevenção ou solução de controvérsias pela atuação dos membros do board

Fonte: elaborado pelo autor

3 CONTRATOS FIDIC: ASPECTOS CONCENTUAIS

3.1 HISTÓRICO E ATUAÇÃO DA FIDIC

Na linguagem comercial, especialmente da indústria da construção, o termo FIDIC é usado regularmente, e quase sempre fazendo referência ao conjunto de contratos modelo desenvolvido por seu comitê de contratos. Os contratos modelos são fruto do ambiente comercial cada vez mais sofisticado, e da busca dos agentes de mercado por formas de traduzir suas intenções e regular negócios jurídicos complexos. Conforme lição de Bunni (2005, p 3):

In the commercial activities of today's highly complex society, standard forms of contract have become an essential part of the day-to-day transactions of most agreements. The majority of standard forms have been developed by commercial organisations for the purpose of efficiency, to build on the experience gained from the repeated use of these forms, but most of all for the optimum protection of one or both parties' interests. Standard forms of contract developed for construction activities, however, have mostly been drawn up by independent professional organisations, rather than by one or other of the parties to the contract, in order to establish or to consolidate a fair and just contract. Knowledge accumulated through experience and recurrent use over a long period of time has brought about revisions and modifications in construction standard forms with the aim either of achieving greater certainty in the intention of the wording or of providing a response to the needs of the parties and/or society.⁸

Porém, em verdade, a sigla FIDIC representa o nome – em francês – da associação internacional dos órgãos profissionais de engenharia dos países membros, *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*, sediada em Geneva, Suíça. Também pode ser referenciada pela tradução em inglês, *The International Federation of Consulting Engineers*.

Fundada em 1913 pelas associações de Bélgica, França e Suíça, a federação só ganhou relevância internacional no período pós segunda guerra mundial, com a entrada de mais países europeus e, em 1959, África do Sul, Austrália, Canadá e EUA se juntaram ao grupo e efetivamente internacionalizaram a organização antes predominantemente europeia. A partir

⁸ Em tradução livre: “Nas atividades comerciais da sociedade atual altamente complexa, as formas de contrato padrão tornaram-se uma parte essencial das transações cotidianas da maioria das avenças. A maioria dos formulários padrão foi desenvolvida por organizações comerciais com o propósito de eficiência, para aproveitar a experiência adquirida com o uso repetido desses formulários, mas acima de tudo para a proteção ideal dos interesses de uma ou ambas as partes. As formas padrão de contrato desenvolvidas para atividades de construção, no entanto, foram em sua maioria elaboradas por organizações profissionais independentes, e não por uma ou outra das partes do contrato, a fim de estabelecer ou consolidar um contrato razoável e justo. O conhecimento acumulado através da experiência e do uso recorrente durante um longo período de tempo trouxe revisões e modificações nas formas padrão de construção com o objetivo de obter maior certeza na intenção da redação ou de fornecer uma resposta às necessidades das partes e/ou da sociedade.”

dos anos 1960 a FIDIC se tornou uma organização mais inclusiva, com a entrada de países em desenvolvimento, como Colômbia, Zâmbia e Zimbábue, que abriram portas para entrada subsequente de outras associações da África, Ásia, Américas e Oriente-médio (BAKER; MELLORS; CHALMERS; LAVERS, 2009).

O estatuto da federação (FIDIC: 2018) lista entre seus objetivos (i) representar a indústria da engenharia consultiva globalmente; (ii) ser autoridade em questões relacionadas à prática empresarial; (iii) promover o desenvolvimento de uma indústria global e viável de engenharia consultiva; (iv) promover ativamente a conformidade a um código de ética e a integridade comercial; (v) promover o compromisso com o desenvolvimento sustentável.

Apenas uma associação por país pode ser membro da federação (a representante do Brasil é a Associação Brasileira de Consultores de Engenharia, ABCE). Como critérios para admissão, o estatuto aponta que as associações devem representar indivíduos ou firmas qualificados e experientes, que obtenham parte substancial de sua renda com a prestação de serviços de consultoria, sejam constituídos como entidades comerciais operando de forma independente, sem subsídios, e que observam os princípios e políticas da FIDIC.

A edição de 2019/2020 do relatório anual da FIDIC informa a existência de membros em 102 países, representando mais de 40.000 firmas e 1,2 milhão de profissionais da engenharia (FIDIC, 2020).

A organização tornou-se parte essencial na indústria de engenheiros consultores, sendo voz ativa no desenvolvimento global através de parcerias com o Banco Mundial, Nações Unidas, e organizações internacionais humanitárias. Baker, Mellors, Chalmers e Lavers (2009) afirmam que:

In pursuit of its stated objectives, notably representation and promotion of the consulting engineering industry globally and promotion of the development of a global and viable consulting engineering industry, FIDIC engages with a number of other bodies. This is a highly complex process, indeed, it cannot properly be called a single process at all. Rather, it involves FIDIC in consultation with other bodies (especially relevant in the context of producing the Rainbow Suite), being consulted by other bodies in turn and a whole range of co-operative and collaborative ventures with institutions, both national and supra-national.⁹

⁹ Em tradução livre: “Na busca de seus objetivos estabelecidos, notadamente a representação e promoção da indústria de engenharia consultiva globalmente e a promoção do desenvolvimento de uma indústria de engenharia consultiva global e viável, o FIDIC se envolve com uma série de outros órgãos. Este é um processo altamente complexo, de fato, não pode ser chamado apropriadamente de um único processo. Ao contrário, envolve a FIDIC consultando com outros órgãos (especialmente relevante no contexto da produção da Rainbow Suite), e sendo por sua vez consultada por outros órgãos, e toda uma gama de empreendimentos cooperativos e colaborativos com instituições, tanto nacionais como supranacionais.”

Entre estes trabalhos colaborativos, pode-se citar a estrita relação entre a FIDIC e a ICC, especialmente para discussão de temas voltados à resolução de disputas. Entre as décadas de 1980 e 1990, a difusão dos contratos modelo pelos países do oriente médio acarretou num aumento significativo de arbitragens na ICC relacionadas a construção, que chegaram a representar um quinto dos casos dessa instituição arbitral. O dado atualizado para 2007 já era menor, mas ainda expressivos 14,3% das demandas eram relacionadas à construção e engenharia (BAKER; MELLORS; CHALMERS; LAVERS, 2009).

Veja-se que grande parte da atuação da FIDIC para consecução de seu propósito vem da atuação de seu comitê de contratos – um dentre os 9 comitês em que se dividem as atividades da FIDIC – composto atualmente de 10 membros de elevado renome acadêmico e experiência profissional. Os termos de referência deste comitê listam entre os seus propósitos a identificação e antecipação das necessidades do mercado para posicionar estrategicamente a FIDIC e formar a sua abordagem em relação a contratos; desenvolver e atualizar a FIDIC *Suite of Contracts*; e defender e orientar as melhores práticas em contratos FIDIC dentro da indústria da construção civil (FIDIC CONTRACTS COMMITTEE, 2019).

Os trabalhos do comitê de contratos se materializam na criação dos contratos modelo, que vêm sendo publicados pela FIDIC desde 1957, com o lançamento do FIDIC *Red Book*, baseado no contrato de obra civil da ACE (*Association of Consulting Engineers*), o qual, ao seu turno, era apenas a versão internacional do UK *Institution of Civil Engineers (ICE) form*, principal contrato de engenharia do Reino Unido à época (GODWIN, 2020, p. 2).

Essa origem na *common law* continuou sendo refletida nas versões posteriores e nos novos modelos para diferentes escopos contratuais. O *Red Book* recebeu atualizações em 1969, 1977 e uma versão final em 1987, além de um complemento avulso em 1996. O segundo modelo criado foi o *Electrical and Mechanical Yellow Book*, datado de 1963, com revisões em 1980 e 1987. Em 1995 um terceiro arranjo contratual foi lançado sob o nome de *Orange Book Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*, buscando atender as tendências de mercado da época.

3.2 RAINBOW SUITE

A obsolescência das versões antigas desses contratos gerava um clamor do mercado por versões atualizadas dos contratos modelo, adequada à nova realidade comercial do final do séc. XX. Assim, foi formada em 1994 pelo comitê de contratos da FIDIC uma *Task Force* com

o objetivo de modernizar o *Red* e o *Yellow Book*. A boa aceitação do *Orange Book*, publicado posteriormente, redirecionou os trabalhos do grupo para incluir também um novo modelo de contrato *turnkey* (chave-na-mão).

Como resultado da *task force*, foi lançada a FIDIC 1999 *Suite of Contracts*, que incluía o *Red Book* (*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*); o *Yellow Book* (*Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical & Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor*); e o *Silver Book* (*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*)¹⁰, que substituiu o *Orange Book*.

O conjunto foi apelidado de *Rainbow Suite* (Conjunto Arco-íris), em referência ao colorido das capas dos documentos (vermelho, amarelo e prata) e é assim citado tanto pela doutrina quanto pela própria FIDIC em seus guias e publicações. É importante notar que a versão de 1999 não era uma simples revisão dos modelos anteriores, mas sim um novo documento – ainda que com influências dos contratos antigos – e, portanto, são designados como 1ª edição (BATTRICK; DUGGAN, 2011).

Baker, Mellors, Chalmers e Lavers (2009) afirmam que essa nova geração de contratos foca em como será a relação entre as partes, enquanto a anterior se concentrava na natureza da obra a ser realizada. A escolha de qual contrato utilizar fica agora baseada em qual das partes será responsável pelo projeto e processo de *procurement*, com menor ênfase no tipo de trabalho a ser desenvolvido. Outra característica que se mostra um ponto forte da *Rainbow Suite* é a consistência de formato, layout e redação entre os contratos, que são estruturados com o mesmo número de cláusulas, com correspondência às equivalentes nos outros documentos tanto quanto possível, respeitando as especificidades de cada um. No mesmo sentido, Jaeger e Hök (2010, p. 126):

Which contract form will come into play depends on the Employer's decision and a consideration into his special interests. If the Employer is an experienced developer he will probably prefer to use the Red Book, especially if he intends to have an influence on the design process, as the Red Book allocates the design duties to the Employer. If the Employer is less experienced or not interested in exerting much influence on the design, he will probably prefer the application of the Yellow Book,

¹⁰ Embora não se desconheça as traduções adaptadas ao português para designar os contratos padrão da FIDIC, neste trabalho serão utilizadas as expressões no original em língua inglesa, por serem a referência comercial e acadêmica mais comum. Em tradução livre, o nome dos contratos seria: Livro Vermelho (Condições Contratuais para Trabalhos de Construção recomendadas para Trabalhos de Construção e Engenharia Projetados pelo Dono da Obra); Livro Amarelo (Condições Contratuais para Instalações e Concepção-Construção recomendadas para Instalações Elétricas e Mecânicas e para Trabalhos de Construção e de Engenharia Projetados pelo Empreiteiro); e Livro Prata (Condições Contratuais para Projetos Chave na Mão).

where the design has to be made by the Contractor. The Silver Book will be appropriate if no major unknown risks are identified and the Employer wishes to have as much security in relation to price and time as possible.¹¹

Na sequência, serão apresentadas informações básicas de cada um dos contratos que compõem a *Rainbow Suite*, de modo a contextualizar o tipo de relação regulada por estes instrumentos.

3.2.1 Red Book

Tradicionalmente um contrato ligado a obras de engenharia civil, é um modelo para ser utilizado nos casos em que a maior parte do projeto fica a cargo do empregador. Há previsão de atuação da figura do Engenheiro, contratado pelo empregador, que terá a função de administração e supervisão do projeto, devendo instruir o contratado e certificar pagamentos (GODWIN, 2020, p. 3). Essa é a instrução dada no guia do próprio contrato:

Under the usual arrangements for this type of contract, the Contractor is responsible for the construction, in accordance with the design of the Employer, of building and/or engineering works. These Conditions allow for the possibility that the Contractor may be required to design a small proportion or a minor element of the Permanent Works, but they are not intended for use where significant design input by the Contractor is required or the Contractor is required to design a large proportion or any major elements of the Permanent Works.¹²

Como características principais do *Red Book*, Bunni (2005, p. 15) destaca que é baseado num contrato doméstico inglês; portanto os conceitos jurídicos são ligados ao sistema de *common law* e a redação é pautada em princípios da língua inglesa; o seu conceito é fundamentado na ideia de apontamento de um engenheiro consultor que possui confiança de

¹¹ Em tradução livre: “A forma de contrato que entrará em jogo dependerá da decisão do Contratante e de uma consideração por seus interesses particulares. Se o Contratante for um desenvolvedor experiente, ele provavelmente preferirá usar o Red Book, especialmente se ele pretende ter uma influência no processo de projeto, já que o Red Book aloca as tarefas de projeto ao Contratante. Se o Contratante for menos experiente ou não estiver interessado em exercer muita influência no projeto, ele provavelmente preferirá a utilização do Yellow Book, no qual o projeto tem que ser feito pelo Contratado. O Silver Book será apropriado se nenhum grande risco incerto for identificado e o Contratante desejar ter o máximo de segurança em relação ao preço e tempo possível.”

¹² Em tradução livre: “Sob as disposições habituais para este tipo de contrato, o Contratante é responsável pela construção, de acordo com o projeto do Contratante, de obras de construção e/ou engenharia. Estas Condições permitem a possibilidade de que o Contratante possa ser obrigado a projetar uma pequena proporção ou um elemento menor das Obras Permanentes, mas não se destinam a uso quando for necessária uma contribuição significativa do projeto pelo Contratante ou o Contratante for obrigado a projetar uma grande proporção ou quaisquer elementos maiores das Obras Permanentes.”

ambas partes; a remuneração é baseada em medições, certificadas pelo engenheiro; e que a responsabilidade é disciplinada com intenção de compartilhamento de riscos.

3.2.2 Yellow Book

O primeiro *Yellow Book* da FIDIC data de 1963. Ele segue a lógica de que em contratos de trabalhos elétricos e mecânicos, ao contrário da construção civil, faz mais sentido que o projeto seja de responsabilidade do contratado, ao invés do empregador (GODWIN, 2017, p. 4).

Projetos de engenharia elétrica e mecânica diferem de projetos de engenharia civil por diversas razões, e por isso requerem um desenho contratual próprio. Pode-se citar: (i) projetos de engenharia civil envolvem construção de grandes obras, escavações, fundações etc., enquanto os projetos elétricos e mecânicos tem foco no fornecimento e montagem de máquinas e equipamentos por meio de trabalho especializado; (ii) obras civis são na maioria das vezes construídas para benefício da sociedade pelo Estado, sem necessidade de gerar receita após concluída, ao contrário de projetos E&M, no qual o foco é geração de renda que compense os custos da construção; (iii) em muitos casos os projetos de E&M envolvem processos patenteados ou que podem ser executados por apenas poucas empresas qualificadas no trabalho especializado, enquanto obras de engenharia civil, por outro lado, costumam receber muitos proponentes hábeis a executar o serviço; (iv) projetos elétricos e mecânicos estão mais sujeitos a problemas por desgastes do que projetos de engenharia civil, e também tornam-se obsoletos mais rapidamente, motivo pelo qual são construídos com vida útil menor em mente; (v) o projeto de obras civis é tradicionalmente feito por um engenheiro consultor ou firma de engenheiros, e a sua execução se dá inteiramente no local da obra, enquanto projetos de E&M contém grande parte elementos de projeto feitos pelo fornecedor ou fabricante, e os objetos principais são fabricados primeiro na fábrica do contratado e depois apenas montados no local da obra (BUNNI, 2005, p. 465).

3.2.3 Silver Book

O terceiro componente da *Rainbow Suite*, ao contrário dos outros dois, foi criado do zero, introduzido pela FIDIC ao perceber que existia uma necessidade no mercado para uma forma de contrato que desse aos investidores segurança quanto ao prazo e orçamento do projeto,

alocando responsabilidades no contratado para garantir o retorno do financiamento. Tal característica vem marcada em seu título: “EPC” é a sigla para “*Engineer-Procure-Construct*”, ou seja, todas as fases de um projeto, também sendo utilizada alternadamente a expressão “*turnkey*”, para denotar que o contratado entregará o pacote completo ao contratante, que precisará apenas “virar a chave” (GODWIN, 2020, p. 6).

Para Botelho de Mesquita (2019) a modalidade EPC – traduzida como engenharia, aquisição de materiais e equipamentos, e construção – seria um *turnkey* de riscos agravados, e pode ser definida como “o negócio em que o contratado incumbe-se de todas as atividades desde a concepção de um empreendimento até a sua entrega, inteiramente construído, dotado de todo maquinário e demais utensílios, testado e em operação” (p. 25) de modo que sempre que o contratante desejar um arranjo com garantias de que o preço, qualidade, e prazo serão atendidos, o modelo EPC será utilizado, dada a alocação de riscos sobre o construtor, independentemente de o projeto estar inserido ou não em um contexto de *Project Finance* – para o qual foi inicialmente pensado (p. 63).

Ao lançar o *Silver Book*, o presidente do comitê de contratos da FIDIC e líder do grupo de trabalho que confeccionou as FIDIC 1999 *Conditions of Contract* (primeira versão deste contrato), deixou o intuito claro (WADE, 2001, apud BUNNI, 2005, p. 581):

In recent years the trend has been towards private financing (not only of private investment and speculative projects, but also of public infrastructure projects). The prerequisites for obtaining private finance for a project are vastly different from those of obtaining government or other public money. Private financing requires that the project is independently viable in financial terms, and that there will be, so far as possible, an assured return on the finance provided. (...) For the return to be reasonably assured, the bases for their calculations will have to be as firm as possible. If the construction work costs more than reckoned (inclusive of any contingency allowance), then the calculations will not hold. If the construction time is longer than planned, then the income will not begin to come in on time, and the calculations will not hold. Therefore, such lenders have to ensure that the risks of cost and time overruns of the construction contract are limited as far as humanly possible. Such lenders are aware that contractors will have to charge a premium for carrying the additional risks necessary to provide the required greater security of construction cost and time. The premium in certain cases may reasonably be large. However, they would rather accept such premium and include it in their calculations before embarking on the project, than discover later on that the project is no longer viable and that they are incurring an overall loss.¹³

¹³ Em tradução livre: “Nos últimos anos, a tendência tem sido para o financiamento privado (não apenas de investimentos privados e projetos especulativos, mas também de projetos de infra-estrutura pública). Os pré-requisitos para a obtenção de financiamento privado para um projeto são muito diferentes dos da obtenção de dinheiro do governo ou de outros fundos públicos. O financiamento privado exige que o projeto seja independentemente viável em termos financeiros e que haja, na medida do possível, um retorno garantido sobre o financiamento fornecido. (...) Para que o retorno seja razoavelmente assegurado, as bases para seus cálculos terão que ser as mais firmes possíveis. Se a obra de construção custar mais do que o previsto (incluindo qualquer subsídio de contingência), então os cálculos não se manterão. Se o tempo de construção for maior do que o

No mesmo sentido, e até mesmo fazendo uma pequena diferenciação entre o *turnkey* e o EPC, com o segundo sendo uma espécie de evolução do primeiro, Botelho de Mesquita (2019, p. 59):

Enquanto o Poder Público, como principal desenvolvedor da infraestrutura, atua sem visar lucro e possui maior facilidade de obter recursos adicionais do contribuinte, para os investidores em um regime de concessão, a certeza no preço final se revela essencial ao negócio, que não se viabiliza monetariamente se houver necessidade de aportes maiores do que o previsto. Depois de atribuídas ao construtor praticamente todas as atividades de implantação do empreendimento, busca-se agora que ele responda por maiores riscos, de modo a proteger ao máximo o contratante (e os financiadores) e eliminar, tanto quanto possível variações no preço e no prazo, ou a falta de desempenho das obras. O contratado, em vista disso, é chamado a assumir não só uma avença que tudo englobe, como no *turnkey*, mas um ajuste com riscos agravados, surgindo, assim o EPC.

Assim, o *Silver Book* é adequado para uso em empreendimentos em que o Empreiteiro/Contratado assume plenamente a responsabilidade pelo projeto e execução, sendo a ele transferidos todos os riscos em relação à conclusão a tempo, bem como qualidade e adequação do custo final ao orçamento. Portanto, somente empreiteiros extremamente experientes e familiarizados com técnicas de gerenciamento de risco devem se sujeitar a estes contratos. Porém, aqueles que aceitam o desafio certamente serão remunerados a contento, podem cobrar valores mais altos pela precificação desta assunção de riscos.

3.3 CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E LITÍGIOS

Como visto, projetos de engenharia de grandes obras são empreendimentos altamente complexos e singulares, e o seu regramento jurídico se dá por meio de contratos à altura, especializados e testados na prática do mercado.

São operações econômicas sujeitas a enorme número de áleas e riscos, multiplicados pelo fato de a execução do contrato ser prorrogada no tempo. Os riscos são tanto externos à construção, como por exemplo os problemas políticos, jurídicos, econômicos (variação de câmbio, dificuldade de financiamento, inconstância de preço dos insumos), e físicos (como imprevisibilidades de condições de topografia, hidrologia ou de clima); quanto internos, aí

planejado, então a renda não começará a chegar a tempo, e os cálculos não se manterão. Portanto, tais financiadores têm que garantir que os riscos de custos e prazos excedentes do contrato de construção sejam limitados tanto quanto humanamente possível. Tais financiadores estão cientes de que os empreiteiros terão que cobrar um prêmio por carregar os riscos adicionais necessários para proporcionar a maior segurança necessária de custo e tempo de construção. O prêmio, em certos casos, pode ser razoavelmente grande. Entretanto, eles preferem aceitar tal prêmio e incluí-lo em seus cálculos antes de embarcar no projeto, do que descobrir mais tarde que o projeto não é mais viável e que eles estão incorrendo em uma perda total”

ligados diretamente à conduta das partes dentro do contrato, dada a sua complexidade (SILVEIRA, 2018).

Giovanni Iudica (2016) afirma que por menor e mais simples que seja o projeto, em se tratando de contratos de construção inevitavelmente existirão motivos para discordâncias entre as partes, que, evidentemente, poderão se transformar em disputas, cuja probabilidade será tanto maior quanto for o nível de complexidade e importância do trabalho do empreiteiro para a obra. Cronogramas de trabalho atrasam, ainda que sejam cuidadosamente detalhados e projetados. Ideias pensadas antes do início dos trabalhos podem se mostrar impráticas, e as intenções das partes podem mudar à medida que se executa o projeto, ainda que tenham sido acordadas no momento da celebração contratual. No mesmo sentido, Guedes (2017, p. 7) comenta:

(...) temos contratos cada vez mais complexos e internacionalizados, públicos ou privados, envolvendo investidores demandantes de soluções rápidas e seguras. Como exemplo temos os contratos de engenharia de grandes obras que são, por excelência, projetos nos quais há elevado número de litígios, seja pela complexidade na execução de seu escopo, seja em razão da grandeza de valores e quantidade de partes envolvidas, financiados muitas vezes por bancos internacionais de fomento, atrelados a prazos exíguos e com orçamentos limitados.

Chern (2015, p. 3) cita Lord Donaldson, que já em 1986 afirmava:

It may be that as a judge I have a distorted view of some aspects of life, but I cannot imagine a civil engineering contract, particularly one of any size, which does not give rise to some disputes. This is not to the discredit of either party to the contract. It is simply the nature of the beast. What is to their discredit is that they fail to resolve those disputes as quickly, economically and sensibly as possible.¹⁴

Portanto, não é de estranhar que uma das grandes preocupações das partes envolvidas em qualquer relação contratual deste porte seja o regramento para solução de litígios, incluindo tanto o procedimento para se determinar qual parte infringiu o contrato quanto a forma de *enforcement* dessa decisão.

Entram em cena também os agentes financiadores, que, buscando maior segurança de seus investimentos, impõem cláusulas e formas de resolução de conflitos nos contratos dos projetos que receberão seus recursos, dando preferência para os já testados e padronizados contratos modelo. O momento histórico do Brasil coloca em evidência a engenharia de

¹⁴ Em tradução livre: “Pode ser que como juiz eu tenha uma visão distorcida de alguns aspectos da vida, mas não consigo imaginar um contrato de engenharia civil, qualquer que seja o seu tamanho, que não dê origem a algumas disputas. Isto não é um descrédito para nenhuma das partes do contrato. É simplesmente a natureza da criatura. O que é para seu descrédito é que eles não conseguem resolver essas disputas tão rápida, econômica e razoavelmente quanto possível.”

financiamento, com recebimento cada vez maior do capital privado estrangeiro, além dos organismos internacionais financiadores, como Banco Mundial, Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, e o Banco Interamericano de Desenvolvimento. Galvão (2012), salienta:

Como consequência natural desse afluxo de recursos externos para o Brasil, as condições previstas nos regulamentos e cadernos de normas e procedimentos das agências multilaterais de financiamento para a formatação das contratações também passaram a ser impostas, quer em virtude de as agências multilaterais exigirem a adoção de suas próprias regras, como condição obrigatória para a concessão de seus empréstimos, quer porque o capital privado estrangeiro também se acha mais afeito aos padrões internacionais de contratação, sentindo-se mais confortável para investir o dinheiro em projetos contratados segundo os modelos testados, aprovados e adotados pelos grandes organismos financiadores.

É nesse cenário que a *Rainbow Suite* se mostra como uma excelente solução, referendada por especialistas da engenharia consultiva e reconhecida como um padrão contratual balanceado e justo por empreendedores, empreiteiros e financiadores desta indústria global.

4 ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DA RAINBOW SUITE 2017

Em dezembro de 2017, após 18 anos da publicação original, a esperada atualização da *Rainbow Suite* foi lançada, com a segunda edição do *Red, Yellow e Silver Books*. O novo texto busca trazer maior clareza e precisão à redação, com mais definições de termos e maior extensão das cláusulas, e traz importante novidade no tema de resolução de disputas, com a adoção padrão de um *Dispute Avoidance/Adjudication Board* (DAAB), e a previsão de Arbitragem nos casos de não satisfação com a decisão do DAAB.

Nesse capítulo, será analisada a nova redação da Cláusula 21 – Disputas e Arbitragem, para confirmar se está de acordo com o direito brasileiro ou se precisaria de algum ajuste para se adequar ao direito pátrio sem possibilidade de ser questionada no Poder Judiciário.

4.1 INTERAÇÃO ENTRE DISPUTE BOARD E ARBITRAGEM

Embora, como já delineado no capítulo anterior, a *Rainbow Suite* seja formada por 3 contratos distintos, a cláusula em foco é rigorosamente idêntica na versão *Red Book* e *Yellow Book*, e o texto do *Silver Book* contém variações mínimas pela inexistência da figura do Engenheiro no arranjo. Portanto, será utilizado para análise o texto do *Yellow Book*, o qual consta no Anexo A deste trabalho. As expressões com a primeira letra maiúscula fazem referência às definições do Contrato.

O primeiro passo é identificar o que constitui uma *Dispute* (Disputa) para efeitos do Contrato, o que passa pela definição de *Claim* (Reinvindicação). Conforme a cláusula primeira, de definições:

1.1.5 “Claim” means a request or assertion by one Party to the other Party for an entitlement or relief under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works.¹⁵

1.1.29 “Dispute” means any situation where: (a) one Party makes a claim against the other Party (which may be a Claim, as defined in these Conditions, or a matter to be determined by the Engineer under these Conditions, or otherwise); (b) the other Party (or the Engineer under Sub-Clause 3.7.2 [*Engineer’s Determination*]) rejects the claim in whole or in part; and

¹⁵ Em tradução livre: “Reinvindicação” significa um pedido ou afirmação de uma Parte para a outra Parte de um direito ou benefício sob qualquer cláusula destas Condições ou de outra forma em conexão com, ou decorrente do Contrato ou da execução dos Trabalhos.”

(c) the first Party does not acquiesce (by giving a NOD under Sub-Clause 3.7.5 [*Dissatisfaction with Engineer's determination*] or otherwise), provided however that a failure by the other Party (or the Engineer) to oppose or respond to the claim, in whole or in part, may constitute a rejection if, in the circumstances, the DAAB or the arbitrator(s), as the case may be, deem it reasonable for it to do so.¹⁶

Portanto, em caso de desentendimento entre as partes, em que uma entenda ter direito à compensação (ou dilação de algum prazo contratual), e que não seja sanado pela atuação do Engenheiro, a questão deverá ser levada ao Dispute Board, que no contrato é chamado de *Dispute Avoidance/Adjudication Board* (DAAB).

A primeira grande novidade é a utilização do termo DAAB ao invés da denominação anterior, DAB. Por um lado, com essa alteração a FIDIC reconhece o caráter de prevenção de disputas do Dispute Board, que não deverá apenas ficar vinculado às questões levadas diretamente a ele através de requerimento formal das partes. Contudo, Genton (2019, p. 383) critica a mudança, ressaltando que a nova terminologia é confusa, já que não segue a comumente utilizada há décadas no mundo inteiro e em vários contratos-padrão, e também impõe a modalidade da adjudicação, diferentemente do modelo mais comum de *Dispute Review* ou de *Combined Dispute Board*.

A subcláusula 21.1 trata do procedimento de constituição do DAAB, que deverá ter 1 ou 3 membros, conforme intenção das Partes. Já afirmamos (seção 2.3.1.1) que o sucesso do *Dispute Board* dependerá em grande parte desta seleção, e da confiança depositada pelas Partes nos membros do board e também do alinhamento e bom relacionamento que eles terão entre si. Essa filosofia é refletida nos seguintes trechos desta subcláusula, que reforçam a autonomia das Partes na escolha dos membros e a necessidade de alinhamento para nomeações e substituições:

If the DAAB is to comprise three members, each Party shall select one member for the agreement of the other Party. The Parties shall consult both these members and shall agree the third member, who shall be appointed to act as chairperson.

If at any time the Parties so agree, they may appoint a suitably qualified person or persons to replace any one or more members of the DAAB.

¹⁶ Em tradução livre: “Disputa” significa qualquer situação em que: (a) uma Parte faz uma reivindicação contra a outra Parte (que pode ser uma Reivindicação, como definido nestas Condições, ou um caso a ser definido pelo Engenheiro sob estas Condições, ou de outra forma); (b) a outra Parte (ou o Engenheiro sob a Sub-Cláusula 3.7.2 [Determinação do Engenheiro]) rejeita a reivindicação no todo ou em parte; e (c) a primeira Parte não concorda (dando uma NDI sob a Sub-Cláusula 3.7.5 [Insatisfação com a determinação do Engenheiro] ou de outra forma), desde que uma falha da outra Parte (ou do Engenheiro) em se opor ou responder à reclamação, no todo ou em parte, possa constituir uma rejeição se, nas circunstâncias, o DAAB ou o(s) árbitro(s), conforme o caso, considerar razoável que o faça.

The appointment of any member may be terminated by mutual agreement of both Parties, but not by the Employer or the Contractor acting alone.

Contudo, caso as Partes não entrem em consenso ou deixem de apontar os membros (seja a nomeação original ou eventual reposição necessária), a subcláusula 21.2 regula a forma como será tratada a falha na nomeação, que será relegada à autoridade nomeadora previamente definida e constante nas informações gerais do Contrato. Esse terceiro deverá ter especial cuidado para respeitar os interesses de ambas partes e propor um *Board* que seja capaz de cumprir com os requisitos de forma e conteúdo para execução do Contrato.

O regramento relacionado à prevenção de disputas da atuação do DAAB é previsto na subcláusula 21.3. Ela estabelece que as Partes poderão solicitar – desde que o façam em conjunto – aos membros do *Dispute Board* que as auxiliem em tentativa de solucionar algum desentendimento, mesmo que este ainda não tenha se tornado um *Claim*, discutindo informalmente a questão. Nessa etapa, os membros do *Board* poderão atuar de maneira similar a mediadores, com a diferença de que poderão também proativamente chamar as partes para que façam essa solicitação, caso tomem conhecimento de algum problema na execução do Contrato, ou poderão dar conselhos, propondo soluções. A informalidade é questão chave para essas discussões pré-contenciosas, e fica ressalvado que as Partes e o DAAB não ficarão vinculados a eventual conselho dado ou decisão tomada durante essas conversas. Importante ressaltar, ademais, que não é obrigatório seguir o procedimento da subcláusula 21.3 antes de submeter a Disputa ao DAAB.

Um vez existindo a Disputa, o procedimento para obter uma decisão do DAAB está na subcláusula 21.4, que por sua vez é dividida entre encaminhamento de uma Disputa ao DAAB (21.4.1); obrigações das Partes após o encaminhamento (21.4.2); a decisão do DAAB (21.4.3); e insatisfação com a decisão do DAAB (21.4.4).

Para além das questões procedimentais de prazo e outras formalidades, o item 21.4.1 estabelece que o encaminhamento de uma Disputa ao DAAB interrompe prazos de prescrição, ao menos que isso seja proibido por lei.¹⁷ Considerando que o Código Civil brasileiro (BRASIL: 2002) estabelece em seu art. 192 que os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo entre das partes, e que não há previsão entre os artigos 197 a 204 que traduza causa impeditiva,

¹⁷ A redação original é esta: “The reference of a Dispute to the DAAB under this Sub-Clause shall, unless prohibited by law, be deemed to interrupt the running of any applicable statute of limitation or prescription period.”

suspensiva ou interruptiva da prescrição que se encaixe nesta situação, deverão as Partes atentar para a não aplicabilidade deste item em contratos regidos pela lei do Brasil.

Os poderes inquisitivos dos membros do *Board* estão traduzidos no item 21.4.2, que impõe às Partes o dever de disponibilizar toda a informação pertinente ao *Claim* e conceder acesso ao local da obra e instalações apropriadas, e tudo o mais que o DAAB exigir para fins de tomada de decisão sobre a Disputa.

Após a avaliação do caso, o DAAB emitirá uma decisão em conformidade com o item 21.4.3. A comunicação será ser feita por escrito e com fundamentação, vinculativa à ambas Partes, que deverão imediatamente cumpri-la. Ou seja, há a *interim-binding force* tal qual o DAB. Inclusive, se a decisão for relacionada a pagamentos financeiros, serão exigíveis desde então, ressalvada a possibilidade de o DAAB exigir que o credor forneça uma garantia para caso a decisão seja revertida posteriormente em decisão arbitral.

Pois bem. Se o DAAB emitir uma decisão e as Partes ficarem satisfeitas com o veredito, por o entenderem justo ou bem fundamentado, com remotas chances de revisão, a Parte vencida cumprirá com a determinação e a vencedora ficará satisfeita. Porém, de acordo com o item 21.4.4, em caso de discordância do veredito, no todo ou em parte, a Parte insatisfeita deverá emitir uma *Notice of Dissatisfaction (NOD)*¹⁸ em um prazo de até 28 dias do recebimento da decisão, delimitando a questão em Disputa e suas razões de discordância.

A subcláusula afirma ainda que a emissão de uma NOD é condição precedente para iniciar um procedimento arbitral (exceto se ocorrida uma das hipóteses de emissão de decisão vinculante do Engenheiro, ou se o DAAB não tiver sido formado, ou ainda se a outra Parte estiver em descumprimento de decisão do DAAB, como se verá adiante); e que caso transcorra o prazo de 28 dias sem uma NOD, a decisão se tornará “*final and binding on both Parties*” (final e vinculante para ambas as Partes).

Mesmo após a NOD a Parte insatisfeita deverá aguardar um prazo de novos 28 dias antes de iniciar arbitragem. A subcláusula 21.5 estabelece esse período para que as Partes possam tentar solucionar a questão de forma amigável, no espírito do contrato de preservar as relações e evitar conflitos. Entretanto, a redação não torna obrigatório que as Partes tentem negociar. Genton (2019, p. 386) recomenda que seja feita alteração no texto, para que a devida importância à etapa de solução amigável seja dada, tornando-a obrigatória, podendo ser conduzida por negociações diretas ou com auxílio de terceiros em mediação.

¹⁸ Em tradução livre, seria uma Nota de Insatisfação (NDI). Contudo, para manter a referência à linguagem do contrato, será utilizado o termo original em inglês.

A outra forma de se chegar à arbitragem pelo contrato é em caso de descumprimento de uma decisão simplesmente vinculante ou final e vinculante do DAAB (subcláusula 21.7). Nessa hipótese, a Parte interessada poderá diretamente submeter o assunto para arbitragem, e o Tribunal Arbitral terá o poder de “*by way of summary or other expedited procedure, to order, whether by an interim or provisional measure or an award (as may be appropriate under applicable law or otherwise), the enforcement of that decision.*”¹⁹

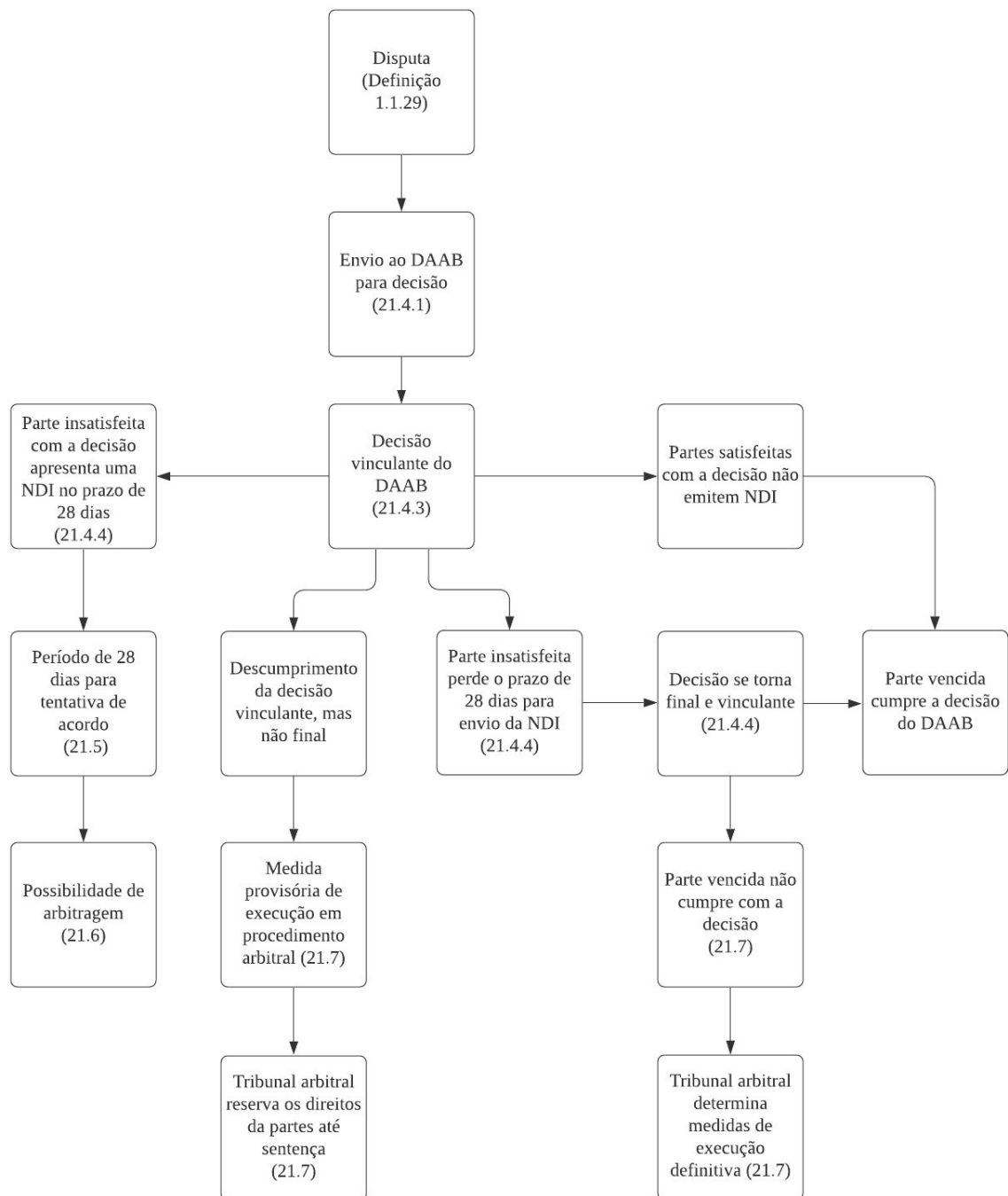
A redação segue, esclarecendo que caso a decisão do DAAB seja vinculante, mas não final, a medida provisória deferida pelo Tribunal Arbitral deverá fazer a ressalva expressa de que os direitos da Partes quanto ao mérito da Disputa estão reservados até que seja emitida a sentença final. Desse modo, *a contrario sensu*, isso não deve ocorrer numa decisão final e vinculante do DAAB, já que o texto especifica claramente esse direito de revisão do mérito somente no caso de decisão não final do DAAB.

A arbitragem, por sua vez, é regrada pela subcláusula 21.6, a qual estabelece que as Disputas não solucionadas de forma final e vinculante pelo DAAB deverão ser resolvidas por arbitragem internacional, com Regras de Arbitragem da ICC – que possui uma estreita relação com a FIDIC, como já abordado no capítulo anterior (ver seção 3.1)

O sistema desenhado pela Cláusula 21 pode ser melhor visualizado pelo seguinte fluxograma:

¹⁹ Em tradução livre: “por meio de procedimento sumário ou outro procedimento expedito, ordenar, seja por uma medida antecipada ou cautelar ou por uma sentença (conforme seja apropriado de acordo com a lei aplicável ou de outra forma), a execução dessa decisão.”

Figura 1- Fluxograma da Cláusula 21



Fonte: Elaborado pelo Autor

Ocorre, contudo, que nem sempre será viável que as contratantes se sujeitem à arbitragem internacional, ou será interessante o regramento da ICC. Conforme lição de Godwin (2020, p. 208):

ICC arbitration is, however, sometimes said to be too expensive for all but the largest disputes, requiring substantial fees based on a percentage of the amounts in dispute. The FIDIC Guidance makes it clear that ICC arbitration is not obligatory, but advises that any rules chosen should be compatible with the provisions of clause 21 and with the other elements to be set out in the Contract Data.²⁰

Assim, os elevados custos um possível procedimento arbitral internacional e com regras da ICC em caso de litígios no contrato deverão ser considerados na matriz de riscos do projeto, o que pode desincentivar sua implantação. É possível, ademais, que a relação contratual não tenha elementos que internacionalizem o conflito: o projeto de construção pode ser desenvolvido no mesmo país em que esteja o estabelecimento das pessoas jurídicas contratantes, que também poderá ser o local sede da arbitragem. Portanto, uma solução para simplificar a futura resolução de disputas é alterar a redação para que a arbitragem seja doméstica, com legislação pátria, e a escolha de outra câmara arbitral mais adequada às necessidades e possibilidades dos contratantes. O foro doméstico trará ainda mais conforto aos contratantes, que também terão a opção de execução do julgado final diretamente no Poder Judiciário, como título executivo judicial, sem o procedimento de homologação via Superior Tribunal de Justiça.

Resta saber se o restante do texto está em conformidade com a legislação brasileira, e se o estado-juiz aceitará as condições contratadas.

4.1.1 A estrutura do Dispute Board no contrato

A utilização do *Dispute Board*, como método alternativo de resolução de disputas, durante a execução do contrato é fundada na autonomia da vontade das partes, que são livres para celebrar instrumentos mais eficientes e adequados aos seus propósitos comerciais. Contudo, é necessário um exame mais detido da intenção da cláusula em comento para avaliar se os poderes dados ao DAAB não extrapolam o autorizado pelo ordenamento.

Há dois tipos de decisão do DAAB: *binding* (vinculante) ou *final and binding* (final e vinculante). Conforme subcláusula 21.4.3, todas as decisões emitidas pelo DAAB já são de imediato vinculantes às partes, que devem dar cumprir instantaneamente, e estarão sujeitas às

²⁰ Em tradução livre: “No entanto, a arbitragem da ICC é, às vezes, considerada muito cara, exceto para as maiores disputas, exigindo taxas substanciais com base em uma porcentagem dos valores em disputa. A Orientação da FIDIC deixa claro que a arbitragem da ICC não é obrigatória, mas aconselha que quaisquer regras escolhidas devem ser compatíveis com as disposições da cláusula 21 e com os outros elementos a serem estabelecidos nos Dados Contratuais.

penalidades contratuais pelo descumprimento. Poderá até mesmo ser solicitado à tribunal arbitral que determine medidas provisórias de execução, ressalvado o direito da Parte de reversão da decisão em sentença posterior²¹. A Parte insatisfeita com essa decisão com *interim-binding force* deverá emitir uma NOD, explicando os motivos de seu descontentamento. Se não o fizer no prazo assinalado, a decisão do DAAB se tornará final e vinculante.

A interpretação sistemática do contrato nos permite afirmar que a intenção é de que essa decisão final e vinculante seja o equivalente a força julgada da matéria, não podendo ser revista pelo tribunal arbitral: a subcláusula 21.7 traz a ressalva de que a medida provisória concedida pelo tribunal arbitral para execução da decisão do DAAB poderá ser revertida em sentença posterior somente para o caso de decisão vinculante, sendo lícito interpretar que no caso de decisão final e vinculante o tribunal deve decidir medidas de execução definitivas para cumprir o veredito do DAAB; também a subcláusula 21.6, que regula o procedimento arbitral, veda que os árbitros revisem especificamente as decisões finais e vinculantes do DAAB, deixando claro, contudo, que o tribunal poderá reavaliar provas e demais pareceres do DAAB:

The arbitrator(s) shall have full power to open up, review and revise any certificate, determination (other than a final and binding determination), instruction, opinion or valuation of the Engineer, and any decision of the DAAB (other than a final and binding decision) relevant to the Dispute. Nothing shall disqualify the Engineer from being called as a witness and giving evidence before the arbitrator(s) on any matter whatsoever relevant to the Dispute.²²

Entretanto, o *Dispute Board* não é dotado de jurisdição, ao contrário da arbitragem. E o *Dispute Board* definitivamente não pode ser tratado como equivalente a um processo arbitral, como, aliás, fica evidente na redação da subcláusula 21.4.3: “*The DAAB proceeding shall not be deemed to be an arbitration and the DAAB shall not act as arbitrator(s)*”²³.

Como a decisão dos membros do *Dispute Board* tem caráter apenas contratual, o termo “vinculante” deve corresponder, tão somente, a uma obrigação contratual, a ser cumprida com

²¹ Subcláusula 21.7: “In the case of a binding but not final decision of the DAAB, such interim or provisional measure or award shall be subject to the express reservation that the rights of the Parties as to the merits of the Dispute are reserved until they are resolved by an award.”. Em tradução livre: “No caso de uma decisão vinculante mas não final do DAAB, tal medida interina ou provisória ou decisão será sujeita à reserva expressa de que os direitos das Partes quanto aos méritos do Litígio são reservados até que sejam resolvidos por uma sentença.”

²² Em tradução livre: “O(s) árbitro(s) terá(ão) plenos poderes para abrir, examinar e revisar qualquer certificado, determinação (que não seja uma determinação final e vinculante), instrução, opinião ou avaliação do Engenheiro, e qualquer decisão do DAAB (que não seja uma decisão final e vinculante) relevante para a Disputa. Nada desqualificará o Engenheiro de ser chamado como testemunha e testemunhar perante o(s) árbitro(s) sobre qualquer assunto relevante para a Disputa.”

²³ Em tradução livre: “O procedimento do DAAB não será considerado como arbitragem e o DAAB não atuará como árbitro(s).”

base no *pacta sunt servanda*. Ou seja, é dizer que a decisão dos *experts* valerá tanto quanto as outras disposições do contrato. Somente a lei poderia conferir caráter jurisdicional a essa decisão (respeitando os preceitos da CRFB/88), tal qual ocorre com o instituto da arbitragem. Então, ainda que o texto seja expresso no sentido de que a decisão é definitiva e tem caráter vinculante, nada impedirá a parte interessada de ajuizar ação ou instaurar arbitragem sobre a matéria, conforme for o caso do contrato (ZANCHIM; ALVES, 2019, p. 350).

Mais do que isso, as próprias características do *Dispute Board* que o tornam um método atrativo como opção à arbitragem não permitiriam o enquadrar como equivalente a um tribunal arbitral. O grande diferencial da atuação dos membros do *Board* ao longo de toda a execução contratual os impede de atuar como árbitros independentes no caso de uma Disputa, já que tem postura ativa durante a relação na qual está instaurado o conflito. Seu sistema menos formal em relação ao procedimento também não se equipara ao processo contencioso arbitral, que substitui a jurisdição estatal e deve cumprir com todos os requisitos da LArb. Segundo Zanchim e Alves (2019, p. 351) “só há processo e jurisdição quando há devido processo legal, seguindo o modelo constitucional do processo civil brasileiro, dentro do que se denomina ‘direito processual constitucional’. Portanto, que fique claro: *Dispute Board* não é jurisdição, não é processo, não é arbitragem.”

Assim como a arbitragem é compatível com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal por estar sujeita a revisão – ainda que apenas residual – pelo Poder Judiciário²⁴, a adjudicação pelos membros do *Dispute Board* só é possível quando a Parte puder recorrer à jurisdição – estatal ou privada – para questionar as suas decisões.

E, apesar de ainda não existir legislação ou jurisprudência firme sobre o tema, o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (BRASIL: 2016), sob coordenação do Ministro Luis Felipe Salomão, já aprovou os seguintes enunciados, que acenam para a validade dos *Dispute Boards* como forma de prevenção de litígios:

Enunciado CJF nº 49: “Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.”

Enunciado CJF nº 76: “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o

²⁴ Conforme abordado na seção 2.1.1.3.

juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.”

Enunciado CJF nº 80: “A utilização Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.”

Fica claro que o judiciário vê com bons olhos formas alternativas de resolução de disputas, e os *Dispute Boards* entre elas, reconhecendo seu próprio estado de sobrecarga. A utilização dessa ferramenta, contudo, deve se restringir ao campo contratual, não podendo substituir a jurisdição para emitir decisões finais e vinculantes, não sendo dotada de exequibilidade imediata. Ao comentar a utilização de adjudicação em países de *civil law*, Hök (2012) afirma:

In any case, the law will only sanction dispute adjudication if it does not deprive the parties in full of access to the courts. Hence it must be a complementary dispute resolution method rather than an exclusive one. To this extent it is acceptable that a dispute adjudicator may give a quick and sometimes summary decision; thus he may exercise more or less rough justice. However, he must comply with the principles of natural justice and he must not go beyond his jurisdiction. In other words he shall exercise discretion *arbitrium boni viri*.²⁵

Portanto, as contratantes que tiverem intenção de executar o contrato no Brasil, e de instituir arbitragem sob legislação brasileira, deverão rever a redação que dá à decisões do *Dispute Board* a possibilidade de se tornarem finais e vinculantes, por ser nula a cláusula que fere a inafastabilidade da jurisdição.

Com isso não se esvazia a possibilidade de atuação do Dispute Board. Mesmo que sua decisão seja revista pelo tribunal arbitral, ela produzirá efeitos enquanto pendente a sentença.

4.1.2 A estrutura da arbitragem no contrato

²⁵ Em tradução livre: “De qualquer modo, a lei só sancionará a adjudicação de disputas se não privar as partes de pleno acesso aos tribunais. Portanto, deve ser um método complementar de resolução de disputas e não um método exclusivo. Nesta medida, é aceitável que um adjudicador possa dar uma decisão rápida e às vezes suscinta; assim, ele pode exercer uma justiça mais ou menos grosseira. Entretanto, ele deve obedecer aos princípios da justiça natural e não deve ir além de sua jurisdição. Em outras palavras, ele deve exercer a discricionariedade *arbitrium boni viri*.”

Se a decisão emitida pelo DAAB não pode ser considerada final e vinculante tal qual propõe a redação da cláusula, é preciso examinar a subcláusula referente a arbitragem para entender quais as possíveis consequências desta nova interpretação do texto.

A previsão de arbitragem, neste caso, se dá por meio de cláusula compromissória escalonada (em inglês chamada de *multi-tiered dispute resolution clauses*), que estabelece condições de procedibilidade para que se possa acessar a jurisdição arbitral, que será o terceiro nível da resolução de disputa (sendo o primeiro o DAAB e o segundo o prazo para tratativas de acordo contido na subcláusula 21.5).

Portanto, somente se o DAAB não tiver sido implementado no contrato (subcláusula 21.8), ou após já existir decisão do DAAB (vinculante ou final e vinculante) que não esteja sendo cumprida ou esteja sendo questionada por uma das partes (e neste caso somente após o *cooling-off period*) é que se poderá dar início à arbitragem.

4.1.2.1 Arbitragem como reexame da decisão do Dispute Board

Se o DAAB emitir uma decisão, ou transcorrido o prazo para sua manifestação, e uma das Partes – ou ambas – emitir uma NOD em até 28 dias, então a Disputa poderá ser remetida para arbitragem, mas tão somente após um novo prazo de 28 dias depois da NOD para que se viabilize tratativas de negociação amistosa.

Caso as conversas sejam infrutíferas, a Parte insatisfeita deverá apresentar o requerimento de arbitragem à instituição escolhida no contrato (como padrão, a ICC). Nessa hipótese, o procedimento será, via de regra, aquele apresentado no Capítulo 2 deste trabalho, na seção 2.1.1.5. Os árbitros escolhidos terão amplos poderes para examinar o litígio, e as Partes não ficarão limitadas aos argumentos apresentados diante do DAAB, podendo trazer novas provas e alegações. Contudo, a própria decisão do DAAB será admitida como evidência, e como já foi apresentado na seção 2.3 deste trabalho, a prática nos ensina que a opinião dos *experts* membros do *Dispute Board* certamente terá grande peso para a decisão dos árbitros.

Neste ponto, porém, é bom ressaltar que o tribunal arbitral terá a independência necessária para emitir sua sentença, não ficando vinculado diretamente à decisão do DAAB. Ou seja, o procedimento respeitará todas as regras do devido processo legal, e a Parte que se achar prejudicada por eventual decisão que entendeu equivocada do *Dispute Board* terá capacidade de apresentar seus argumentos diante de terceiros imparciais, que não tiveram contado direto com o conflito e não estavam envolvidos no projeto em que ele se originou. Com

isso, inexistirá, a princípio, qualquer violação apta a ensejar a nulidade da sentença (desde que o tribunal arbitral conduza corretamente o procedimento), elencadas no art. 32 da LArb.

A interpretação será a mesma na hipótese de os contratantes não lograrem êxito na nomeação do DAAB. A subcláusula 21.8 estabelece que neste caso deverão ser ignoradas as subcláusulas 21.4 e 21.5, e então o sistema escalonado de resolução de conflitos dará lugar diretamente à arbitragem, que poderá ser iniciada tão logo surgida uma Disputa.

Portanto, será respeitada a convenção de arbitragem, os árbitros serão terceiros independentes, o procedimento arbitral seguirá as regras estabelecidas pelas Partes (de instituição arbitral de sua escolha), e a sentença final poderá ser livre de vícios que gerem sua anulação.

4.1.2.2 Arbitragem como ferramenta de execução da decisão do Dispute Board

Além da atuação de tribunal arbitral como substituto do Poder Judiciário para julgar o conflito, o Contrato também prevê as hipóteses de utilização da arbitragem para determinar medidas de execução das decisões do DAAB, sejam elas apenas vinculantes, ou finais e vinculantes.

4.1.2.2.1 Cumprimento de decisões vinculantes do DAAB

Como a decisão do DAAB deve ser cumprida de imediato, independentemente da emissão da NOD, ela é considerada vinculante para as Partes desde o momento em que tomarem conhecimento de seu conteúdo. Essa é, aliás, uma das grandes vantagens deste método alternativo de prevenção e resolução de litígios. O dinamismo do procedimento desde o surgimento da Disputa até a emissão de uma determinação que obrigue o cumprimento da Parte resistente é o que permite o bom desenvolvimento do projeto, evitando custosos atrasos em cronograma.

É por esse motivo que mesmo a decisão apenas vinculante pode ser levada diretamente para arbitragem, com requerimento de medida provisória ao tribunal arbitral, para que determine medidas executivas para fazer valer a decisão do DAAB.

O tribunal arbitral – ou árbitro de emergência, se o regramento e a instituição arbitral escolhidos pelas Partes autorizar – fará, então, uma avaliação prévia da decisão do DAAB, e se preenchidos os requisitos de forma deverá, por quaisquer meios que estejam a sua disposição,

garantir o seu cumprimento. Tal decisão arbitral interina terá natureza mandamental, devendo ser cumprida de forma espontânea pela parte a quem é dirigida, observando à autoridade do árbitro, que poderá utilizar-se medidas coercitivas (astreintes) similares às dos artigos 497 e 498 do CPC (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 309).

Caso ainda assim a parte recalcitrante se recusar a cumprir a decisão dos árbitros, será possível acessar o poder de império do Poder Judiciário, via cooperação por carta arbitral. Conforme Figueira Junior (2019, p. 304):

Na hipótese de não haver cumprimento espontâneo da ordem emanada do juízo arbitral pela parte contra a qual é dirigida a providência interinal, e, a efetivação da respectiva tutela vier a exigir a tomada de medidas coercitivas, haverá de processar-se a medida perante o Poder Judiciário, único detentor do *ius imperi*, por meio de requisição por carta arbitral.

O cumprimento da carta arbitral no Poder Judiciário se dará na forma do CPC, conforme prescreve seu art. 69, §1º, e o pedido de cooperação deverá ser atendido prontamente (art. 69, *caput*), inclusive para efetivação de tutela provisória ou execução de decisão jurisdicional (art. 69, §2º, III e VII).²⁶

Vale frisar, ademais, que a concessão da medida interina não deve ser interpretada como prejulgamento da causa, vez que o tribunal arbitral terá, como já afirmamos, amplos poderes para revisar o caso, mas apenas após ser acessado pelas vias descritas no item 4.1.2.1, acima.

Pelo exposto, fica claro que não há qualquer falha na redação neste ponto, estando de acordo a legislação brasileira, de modo que eventuais decisões do tribunal arbitral para fazer valer, ainda que interinamente, a decisão vinculante (mas não final) serão carreadas pelo Poder Judiciário sem maiores problemas, existindo já mecanismos de cooperação entre a jurisdição pública e privada que permitem o cumprimento de tutelas provisórias.

4.1.2.2.2 Cumprimento de decisões finais e vinculantes do DAAB

²⁶ CPC, Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I - auxílio direto; II - reunião ou apensamento de processos; III - prestação de informações; IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: (...) III - a efetivação de tutela provisória; (...) VII - a execução de decisão jurisdicional.

Procedimento diverso é aquele para efetivação das decisões do DAAB consideradas finais e vinculantes. Para essa categoria, não há previsão de reexame da manifestação do DAAB por tribunal arbitral, tal qual descrito na seção 4.1.2.1, acima. Tampouco se faz a ressalva de que a medida interina para execução da decisão do DAAB deverá resguardar o direito de reversão do julgado.

De fato, a redação da cláusula busca dar status de imutabilidade para a decisão do DAAB que não foi questionada no período de 28 dias para emissão da NOD. Chern (2015, p. 476) aponta que nesse caso, o que se está querendo do tribunal arbitral é a simples ação de concordar com a decisão do DAAB e convertê-la em uma sentença executável. Não se requer – em verdade, não se permite – que o tribunal revise a decisão, colha manifestação das Partes, ou investigue os fatos trazidos, devendo tão somente carimbar os termos do DAAB e dar a eles status jurisdicional.

Essa forma de utilização da arbitragem está em completo desacordo com seus princípios norteadores e com a LArb. O ato de cancelar uma decisão do *Dispute Board* não pode ser considerado exercício de jurisdição, já que não há exame da controvérsia, quer dizer, nada é posto para os árbitros decidirem. Trata-se de um esvaziamento da função de julgador.

Além disso, ao vincular a decisão dos árbitros ao já determinado pelo DAAB, a cláusula retira dos julgadores a possibilidade de atuar em conformidade com a LArb, ou seja, de forma imparcial, independente e diligente.²⁷

Tampouco será respeitado o contraditório, posto que vedada às partes se manifestarem sobre todos os fatos que levaram à decisão, já que considerada final e vinculante mesmo no início do procedimento arbitral. Especialmente, o requisito da fundamentação da decisão restará prejudicado se os árbitros não puderem examinar os fatos e o direito aplicado.

4.2 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL QUE CONSIDERA DECISÃO FINAL E VINCULANTE DO DISPUTE BOARD

Como visto, a redação que confere às decisões do *Dispute Board* o efeito de final e vinculante não encontra guarida no direito brasileiro. Isto posto, cabe considerar quais as consequências de uma sentença arbitral emitida nestes moldes.

²⁷ Conforme abordamos na seção 2.1.1.4.

A primeira possibilidade é de ajuizamento de ação declaratória de nulidade da sentença arbitral, a ser realizada pela Parte que se achar prejudicada, conforme art. 33 da LArb.

As hipóteses de nulidade já foram tratadas no item 2.1.1.6 deste trabalho, bastando neste momento apontar que o pedido pode se basear tanto no inciso III quanto no VIII do art. 32 da LArb: é possível dizer que a sentença que simplesmente carimba a decisão do DAAB para que se torne executável carece de fundamentação, não preenchendo o requisito do art. 26, II, da LArb; e também que não cumpre com o art. 21, §2º, da LArb, ao afastar a possibilidade de livre convencimento e atuação imparcial do árbitro, assim como não garantir o contraditório dentro do procedimento arbitral.

A segunda interação do Poder Judiciário com essa sentença arbitral poderá ocorrer em sede de cumprimento de sentença. Se o comando for de natureza condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*, então uma vez que não seja cumprido espontaneamente pelo vencido, poderá o vencedor se dirigir ao estado-juiz para forçar o cumprimento. As sentenças de natureza declaratória ou constitutiva exaurem-se em si mesmas, e, portanto, não serão objeto de solicitação para cumprimento forçado (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 438, 446).

Tal interação é necessária pois o árbitro não é dotado do poder de império, então lhe falta competência e legitimidade para usar força ou coerção material de fato, que ficam sob monopólio do Estado. Caberá, então, ao juiz estatal determinar o cumprimento da decisão, seguindo as regras do CPC, em verdadeira coordenação entre as jurisdições complementares (SILVA, 2018).

Como o CPC considera a sentença arbitral um título executivo judicial (art. 515. VII), a execução de dará por cumprimento de sentença, e a LArb autoriza, em seu art. 33, §3º, que a decretação de nulidade da sentença também ocorra na impugnação do cumprimento de sentença, a qual se dará conforme o art. 525 do CPC.

Deste modo, tanto por ação autônoma quanto por resposta ao cumprimento de sentença poderá a Parte sob quem recai a obrigação determinada pelo DAAB e carimbada pelo tribunal arbitral solicitar a nulidade da sentença. Deverá, entretanto, tanto em um caso como no outro observar o prazo decadencial de 90 dias estabelecido pela LArb, em seu art. 33, §1º, contado desde a ciência da respectiva sentença. Transcorrido o prazo, ocorrerá a preclusão e passarão a incidir os efeitos da coisa julgada arbitral. Mesmo em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, passado o prazo decadencial, ficará a Parte limitada aos argumentos indicados no art. 525, §1º do CPC, sem a possibilidade de arguir as matérias do art. 32 da LArb (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 419-421).

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi averiguar se o sistema de prevenção e solução de disputas desenhado nos contratos da edição 2017 da *Rainbow Suite* da FIDIC está em conformidade com o direito brasileiro.

Para tanto, foi necessário realizar pesquisa bibliográfica acerca das formas alternativas de resolução de conflito utilizadas no arranjo contratual. A arbitragem foi estudada com base na doutrina nacional já consolidada, tendo como referência o importante marco legislativo da Lei de Arbitragem. Ficou evidenciada a plena aceitação, pelo ordenamento, da jurisdição privada como alternativa à estatal, desde que sujeita aos limites impostos pela lei especial, que garantem a autonomia privada e a administração de justiça dentro dos preceitos constitucionais.

Noções breves de mediação foram apresentadas para efeito comparativo, e para a destacar como método sempre disponível aos contratantes que estejam buscando uma melhora na relação interpartes, já que não é focada propriamente na resolução do litígio, mas no restabelecimento da comunicação.

O terceiro método estudado, e a principal incógnita para solucionar o problema de pesquisa, foi o *Dispute Board*. Inovação própria do Direito da Construção, e desenvolvida na prática estrangeira, os marcos teóricos adotados foram principalmente internacionais, porém com contribuições de autores brasileiros de vanguarda. Chegou-se a compreensão do método como mecanismo *perene* do contrato, que pode assumir diferentes formatos adaptáveis às vontades dos contratantes e necessidades dos projetos, eficaz tanto para prevenir controvérsias como solucionar disputas de forma rápida e eficaz, o que lhe confere grande vantagem num ambiente contratual de execução continuada e no qual o cumprimento de cronogramas definirá a rentabilidade do projeto.

A pesquisa seguiu com uma visão geral do que seriam os contratos FIDIC, tratando do histórico dessa importante instituição para a indústria da construção e dos diferentes tipos de contrato que compõem a *Rainbow Suite*, com origens na *common law* inglesa e forjada na prática internacional. Ficou definido que as relações contratuais regidas por esses instrumentos são altamente complexas, de uma indústria especializada que se destina a implantar projetos multidisciplinares e sujeitos a riscos externos e internos do empreendimento. Ainda, foi explorada a alta probabilidade de surgimento de litígios durante a execução desses contratos, sendo que as disputas são praticamente da natureza dessas relações, o que somente reforça a

importância de um sistema bem descrito de prevenção e solução de litígios, que traga conforto aos contratantes e seja eficaz para cumprir os seus propósitos.

Construída essa base teórica, o problema foi examinado na prática no capítulo final, primeiramente com uma explanação da cláusula contratual estudada, a interpretando e destrinchando como se daria seu funcionamento na prática, para na sequência examinar as possíveis falhas e oportunidades de melhoria frente o que havia sido pesquisado acerca do tratamento dado pelo direito brasileiro aos institutos jurídicos que estruturam o sistema de resolução de disputas da *Rainbow Suite 2017*.

A hipótese comprovada foi de que a cláusula modelo de disputas e arbitragem da versão 2017 da *Rainbow Suite* da FIDIC não está inteiramente em conformidade com o ordenamento brasileiro, pois ao conferir às decisões do *Dispute Board* a possibilidade de se tornarem finais e vinculantes viola a inafastabilidade da jurisdição. A decisão de um *Dispute Board* não pode assumir status jurisdicional, que só é dado às sentenças do estado-juiz ou de tribunal arbitral devidamente constituído nos conformes da Lei de Arbitragem.

Quanto ao regramento da arbitragem no contrato, foi possível verificar que o procedimento arbitral poderá ser instaurado a partir da cláusula compromissória do contrato – cujo escalonamento com estabelecimento de diferentes métodos de resolução de conflito é plenamente válido – tanto com o objetivo de atuar de forma jurisdicional, fazendo reexame da disputa e proferindo sentença de mérito; quanto para executar decisões do *Dispute Board*.

Na primeira hipótese, não há nenhuma regularidade em princípio, bastando que o procedimento siga os parâmetros da Lei de Arbitragem. Já na segunda, o direito brasileiro permite que a arbitragem atue – em conjunto com o Poder Judiciário – para dar cumprimento às decisões apenas contratualmente vinculantes do *Dispute Board*, ainda que interinamente, o que não deverá ser considerado um julgamento da causa, que estará sujeita à reanálise se levada novamente aos árbitros pelo rito da cláusula compromissória. Porém, a redação que busca impor ao tribunal arbitral uma obrigação de mera chancela da decisão do *Dispute Board*, de modo a torná-la executável em juízo, não encontra guarida no direito brasileiro, pois limita a atuação dos árbitros, tolhe seu poder de exercício da jurisdição, e esvazia sua função de administrador da justiça privada.

Como consequência do descumprimento ao ordenamento, a conclusão é de que eventual sentença arbitral proferida na forma descrita na cláusula poderá ser atacada por meio de ação anulatória autônoma, ou pela via indireta da impugnação ao cumprimento de sentença.

Vislumbra-se campo fértil para utilização da *Rainbow Suite* 2017 no ambiente da construção brasileira, assim como se reconhece o imenso potencial e funcionalidade dos *Dispute Boards* como meio alternativo de prevenção e solução de conflitos, especialmente quando utilizados por contratantes conhecedores do propósito – e das limitações – da ferramenta. Contudo, há de se atentar aos seus pontos de conflito com o direito brasileiro, para que seja possível adaptar onde for necessário, tropicalizando o instrumento e garantindo aos contratantes segurança jurídica na execução do projeto.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Francisco. Sentença Arbitral. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 253-278.

BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony. **FIDIC Contracts: law and practice**. 5. ed. Abingdon: Routledge, 2009.

BATTRICK, Paul; DUGGAN, Phil. **The Rainbow Suite: the 1999 FIDIC Contracts Part 1**. Civil Engineering Surveyor. Londres. set. 2011.

BOTELHO DE MESQUITA, Marcelo Alencar. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**. São Paulo: Almedina, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9.883, de 27 de março de 2018. **Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1647665. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de

1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm#art193. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Agravo Regimental da Sentença Estrangeira nº 5.206-7 Reino da Espanha, Voto Vista da Ministra Ellen Gracie. Agravante: M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT. Agravado: RESIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. Relator: Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**. Brasília, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 49, de 2016. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. Brasília, Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/912>. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 76, de 2016. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. Brasília, Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/937>. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 80, de 2016. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. Brasília, Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/938>. Acesso em: 06 maio 2021.

BUENO, Júlio; FIGUEIREDO, Augusto. **Os Dispute Boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura**. Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos, Rio de Janeiro, ano 12, n. 30, p. 88-98, abr. 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflictos_0.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

BUNNI, Nael G.. **The FIDIC forms of contract**. 3. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

CHARRETT, Donald. **Dispute Boards and Construction Contracts**. 2009. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

CHERN, Cyril. **Chern on dispute boards: practice and procedure**. 3. ed. New York, Ny: Informa Law From Routledge, 2015.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. **Dispute Board Manual: a Guide to Best Practices and Procedures**. Charlotte, North Carolina, USA: Spark Publications, 2019.

ELIAS, Carlos. O Árbitro. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 119-162.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil** / M. C. S. Fernandes -- versão corr. -- São Paulo, 2019. 328 p. Dissertação (Mestrado) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Juspodivm, 2019.

FIDIC. **Estatuto e Regimento Interno**. Setembro de 2018. Geneva, Suíça. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/FIDIC_Statutes_2018_latest.pdf. Acesso em: 06 maio 2021.

FIDIC. **Annual Report 2019/2020**. 2020. Geneva, Suíça, Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%202020%20annual%20report_FINAL.pdf. Acesso em: 06 maio 2021.

FIDIC CONTRACTS COMMITTEE. **Terms of Reference 2020-2022**. Dezembro de 2019. Geneva, Suíça, Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/CC_Terms%20of%20Reference_V1.2%202020_1.pdf. Acesso em: 06 maio 2021.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GALVÃO, Alyne de Matteo Vaz. **Os dispute review boards e o sistema jurídico brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 9, n. 32, p. 191-204, jan./mar., 2012.

GENTON, Pierre M.. O Conjunto de Condições Contratuais Padrão FIDIC 2017: progresso ou estagnação?. In: MARCONDES, Fernando (org.). **O direito de construção no ambiente internacional: contribuições para a consolidação de uma lex constructionis**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 373-390.

GODWIN, William. **International Construction Contracts: a Handbook: with commentary on the fidic design-build forms**. Oxford: Wiley-Blackwell, 2013.

GODWIN, William. **The 2017 FIDIC Contracts: the second editions of the red, yellow, and silver books**. Oxford: Wiley, 2020.

GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do Acesso à Justiça: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no brasil**. 2018. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

GUEDES, Katucia Maria Lauricella. **Considerações acerca dos Dispute Boards e perspectivas de sua utilização no mercado brasileiro** / Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes Rebouças. São Paulo: Insper, 2017. 45 f. Artigo (LL.M. – Legal Law Master). Programa de pós-graduação em Direito.

HÖK, Götz-Sebastian. Alternative Dispute Resolution and Dispute Adjudication in Civil Law Countries: hype or substance?. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, n. 34.

IUDICA, Giovanni. The dispute board in construction contracts. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, p. 495-509, jul.-set. 2016.

JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. **FIDIC - A Guide for Practitioners**. Berlin: Springer, 2010.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 27-62.

LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARCONDES, Fernando. **Dispute Board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina**. Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos, Rio de Janeiro, ano 12, n. 30, p. 98-115, abr. 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflictos_0.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Introdução à Arbitragem**: coletânea de artigos. Rio de Janeiro, 2020.

PEIXOTO, Ravi. Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 91-107.

RANZOLIN, Ricardo. **A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 14, n. 52, p. 197–219, jan./mar., 2017.

REIS, Adacir. Mediação e impactos positivos no Judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe (Org.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222-239, p. 237.

SÃO PAULO (Município). Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. **Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo**. Diário Oficial da Cidade de São Paulo. São Paulo, SP, 23 fev. 2018. Disponível em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

SILVA, João Paulo Hecker da. Execução e Cumprimento de Sentença Arbitral. In: LEVY, Daniel; J., Guilherme Setoguti (org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 345-388.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 63-118.

SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os Novos contratos da FIDIC, edição de 2017. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 35-56, jun. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WALD, Arnoldo. **Dispute Resolution Boards**: evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, set. 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Anulatória. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (org.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 431-456.

ZANCHIM, Kleber; ALVES, Rafael. Dispute Boards e Projetos de Infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando (org.). **O direito da construção no ambiente internacional**: contribuições para a consolidação de uma lex constructionis. São Paulo: Almedina, 2019. p. 341-372.

ANEXO A – CLÁUSULA 21 DO FIDIC YELLOW BOOK

21 Disputes and Arbitration

21.1 Constitution of the DAAB

Disputes shall be decided by a DAAB in accordance with Sub-Clause 21.4 [*Obtaining DAAB's Decision*]. The Parties shall jointly appoint the member(s) of the DAAB within the time stated in the Contract Data (if not stated, 28 days) after the date the Contractor receives the Letter of Acceptance.

The DAAB shall comprise, as stated in the Contract Data, either one suitably qualified member (the “sole member”) or three suitably qualified members (the “members”). If the number is not so stated, and the Parties do not agree otherwise, the DAAB shall comprise three members.

The sole member or three members (as the case may be) shall be selected from those named in the list in the Contract Data, other than anyone who is unable or unwilling to accept appointment to the DAAB.

If the DAAB is to comprise three members, each Party shall select one member for the agreement of the other Party. The Parties shall consult both these members and shall agree the third member, who shall be appointed to act as chairperson.

The DAAB shall be deemed to be constituted on the date that the Parties and the sole member or the three members (as the case may be) of the DAAB have all signed a DAAB Agreement.

The terms of the remuneration of either the sole member or each of the three members, including the remuneration of any expert whom the DAAB consults, shall be mutually agreed by the Parties when agreeing the terms of the DAAB Agreement. Each Party shall be responsible for paying one-half of this remuneration.

If at any time the Parties so agree, they may appoint a suitably qualified person or persons to replace any one or more members of the DAAB. Unless the Parties agree otherwise, a

replacement DAAB member shall be appointed if a member declines to act or is unable to act as a result of death, illness, disability, resignation or termination of appointment. The replacement member shall be appointed in the same manner as the replaced member was required to have been selected or agreed, as described in this Sub-Clause.

The appointment of any member may be terminated by mutual agreement of both Parties, but not by the Employer or the Contractor acting alone.

Unless otherwise agreed by both Parties, the term of the DAAB (including the appointment of each member) shall expire either:

- (a) on the date the discharge shall have become, or deemed to have become, effective under Sub-Clause 14.12 [*Discharge*]; or
- (b) 28 days after the DAAB has given its decision on all Disputes, referred to it under Sub-Clause 21.4 [*Obtaining DAAB's Decision*] before such discharge has become effective,

whichever is later.

However, if the Contract is terminated under any Sub-Clause of these Conditions or otherwise, the term of the DAAB (including the appointment of each member) shall expire 28 days after:

- (i) the DAAB has given its decision on all Disputes, which were referred to it (under Sub-Clause 21.4 [*Obtaining DAAB's Decision*]) within 224 days after the date of termination; or
- (ii) the date that the Parties reach a final agreement on all matters (including payment) in connection with the termination

whichever is earlier.

21.2 Failure to Appoint DAAB Member(s)

If any of the following conditions apply, namely:

- (a) if the DAAB is to comprise a sole member, the Parties fail to agree the appointment of this member by the date stated in the first paragraph of Sub-Clause 21.1 [*Constitution of the DAAB*]; or

- (b) if the DAAB is to comprise three persons, and if by the date stated in the first paragraph of Sub-Clause 21.1 [*Constitution of the DAAB*]:
- (i) either Party fails to select a member (for agreement by the other Party);
 - (ii) either Party fails to agree a member selected by the other Party; and/or
 - (iii) the Parties fail to agree the appointment of the third member (to act as chairperson) of the DAAB;
- (c) the Parties fail to agree the appointment of a replacement within 42 days after the date on which the sole member or one of the three members declines to act or is unable to act as a result of death, illness, disability, resignation, or termination of appointment; or
- (d) if, after the Parties have agreed the appointment of the member(s) or replacement, such appointment cannot be effected because one Party refuses or fails to sign a DAAB Agreement with any such member or replacement (as the case may be) within 14 days of the other Party's request to do so,

then the appointing entity or official named in the Contract Data shall, at the request of either or both Parties and after due consultation with both Parties, appoint the member(s) of the DAAB (who, in the case of sub-paragraph (d) above, shall be the agreed member(s) or replacement). This appointment shall be final and conclusive.

Thereafter, the Parties and the member(s) so appointed shall be deemed to have signed and be bound by a DAAB Agreement under which:

- (i) the monthly services fee and daily fee shall be as stated in the terms of the appointment; and
- (ii) the law governing the DAAB Agreement shall be the governing law of the Contract defined in Sub-Clause 1.4 [*Law and Language*].

Each Party shall be responsible for paying one-half of the remuneration of the appointing entity or official. If the Contractor pays the remuneration in full, the Contractor shall include one-half of the amount of such remuneration in a Statement and the Employer shall then pay the Contractor in accordance with the Contract. If the Employer pays the remuneration in full, the Engineer shall include one-half of the amount of such remuneration as a deduction under sub-paragraph (b) of Sub-Clause 14.6.1 [*The IPC*]

21.3 Avoidance of Disputes

If the Parties so agree, they may jointly request (in writing, with a copy to the Engineer) the DAAB to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any issue or disagreement that may have arisen between them during the performance of the Contract. If the DAAB becomes aware of an issue or disagreement, it may invite the Parties to make such a joint request.

Such joint request may be made at any time, except during the period that the Engineer is carrying out his/her duties under Sub-Clause 3.7 [*Agreement or Determination*] on the matter at issue or in disagreement unless the Parties agree otherwise.

Such informal assistance may take place during any meeting, Site visit or otherwise. However, unless the Parties agree otherwise, both Parties shall be present at such discussions. The Parties are not bound to act on any advice given during such informal meetings, and the DAAB shall not be bound in any future Dispute resolution process or decision by any views or advice given during the informal assistance process, whether provided orally or in writing.

21.4 Obtaining DAAB's Decision

If a Dispute arises between the Parties then either Party may refer the Dispute to the DAAB for its decision (whether or not any informal discussions have been held under Sub-Clause 21.3 [*Avoidance of Disputes*]) and the following provisions shall apply.

21.4.1 Reference of a Dispute to the DAAB

The reference of a Dispute to the DAAB (the “reference” in this Sub-Clause 21.4) shall:

- (a) if Sub-Clause 3.7 [*Agreement or Determination*] applied to the subject matter of the Dispute, be made within 42 days of giving or receiving (as the case may be) a NOD under Sub-Clause 3.7.5 [*Dissatisfaction with Engineer's determination*]. If the Dispute is not referred to the DAAB within this period of 42 days, such NOD shall be deemed to have lapsed and no longer be valid;
- (b) state that it is given under this Sub-Clause;
- (c) set out the referring Party's case relating to the Dispute;

- (d) be in writing, with copies to the other Party and the Engineer; and
- (e) for a DAAB of three persons, be deemed to have been received by the DAAB on the date it is received by the chairperson of the DAAB.

The reference of a Dispute to the DAAB under this Sub-Clause shall, unless prohibited by law, be deemed to interrupt the running of any applicable statute of limitation or prescription period.

21.4.2 The Parties' obligations after the reference

Both Parties shall promptly make available to the DAAB all information, access to the Site, and appropriate facilities, as the DAAB may require for the purposes of making a decision on the Dispute.

Unless the Contract has already been abandoned or terminated, the Parties shall continue to perform their obligations in accordance with the Contract.

21.4.3 The DAAB's decision

The DAAB shall complete and give its decision within:

- (a) 84 days after receiving the reference; or
- (b) such period as may be proposed by the DAAB and agreed by both Parties.

However, if at the end of this period, the due date(s) for payment of any DAAB member's invoice(s) has passed but such invoice(s) remains unpaid, the DAAB shall not be obliged to give its decision until such outstanding invoice(s) have been paid in full, in which case the DAAB shall give its decision as soon as practicable after payment has been received.

The decision shall be given in writing to both Parties with a copy to the Engineer, shall be reasoned, and shall state that it is given under this Sub-Clause.

The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly comply with it whether or not a Party gives a NOD with respect to such decision under this Sub-Clause. The Employer shall be responsible for the Engineer's compliance with the DAAB decision.

If the decision of the DAAB requires a payment of an amount by one Party to the other Party

- (i) subject to sub-paragraph (ii) below, this amount shall be immediately due and payable without any certification or Notice; and
- (ii) the DAAB may (as part of the decision), at the request of a Party but only if there are reasonable grounds for the DAAB to believe that the payee will be unable to repay such amount in the event that the decision is reversed under Sub-Clause 21.6 [*Arbitration*], require the payee to provide an appropriate security (at the DAAB's sole discretion) in respect of such amount

The DAAB proceeding shall not be deemed to be an arbitration and the DAAB shall not act as arbitrator(s).

21.4.4 Dissatisfaction with DAAB's decision

If either Party is dissatisfied with the DAAB's decision:

- (a) such Party may give a NOD to the other Party, with a copy to the DAAB and to the Engineer;
- (b) this NOD shall state that it is a "Notice of Dissatisfaction with the DAAB's Decision" and shall set out the matter in Dispute and the reason(s) for dissatisfaction; and
- (c) this NOD shall be given within 28 days after receiving the DAAB's decision.

If the DAAB fails to give its decision within the period stated in Sub-Clause 21.4.3 [*The DAAB's decision*], then either Party may, within 28 days after this period has expired, give a NOD to the other Party in accordance with sub-paragraphs (a) and (b) above.

Except as stated in the last paragraph of Sub-Clause 3.7.5 [*Dissatisfaction with Engineer's determination*], in Sub-Clause 21.7 [*Failure to Comply with DAAB's Decision*] and in Sub-Clause 21.8 [*No DAAB In Place*], neither Party shall be entitled to commence arbitration of a Dispute unless a NOD in respect of that Dispute has been given in accordance with this Sub-Clause 21.4.4.

If the DAAB has given its decision as to a matter in Dispute to both Parties, and no NOD under this Sub-Clause 21.4.4 has been given by either Party within 28 days after receiving the DAAB's decision, then the decision shall become final and binding on both Parties.

If the dissatisfied Party is dissatisfied with only part(s) of the DAAB's decision:

- (i) this part(s) shall be clearly identified in the NOD;
- (ii) this part(s), and any other parts of the decision that are affected by such part(s) or rely on such part(s) for completeness, shall be deemed to be severable from the remainder of the decision; and
- (iii) the remainder of the decision shall become final and binding on both Parties as if the NOD had not been given.

21.5 Amicable Settlement

Where a NOD has been given under Sub-Clause 21.4 [*Obtaining DAAB's Decision*], both Parties shall attempt to settle the Dispute amicably before the commencement of arbitration. However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the twenty-eighth (28th) day after the day on which this NOD was given, even if no attempt at amicable settlement has been made.

21.6 Arbitration

Unless settled amicably, and subject to Sub-Clause 3.7.5 [*Dissatisfaction with Engineer's determination*], Sub-Clause 21.4.4 [*Dissatisfaction with DAAB's decision*], Sub-Clause 21.7 [*Failure to Comply with DAAB's Decision*] and Sub-Clause 21.8 [*No DAAB In Place*], any Dispute in respect of which the DAAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration. Unless otherwise agreed by both Parties:

- (a) the Dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce;
- (b) the Dispute shall be settled by one or three arbitrators appointed in accordance with these Rules; and
- (c) the arbitration shall be conducted in the ruling language defined in Sub-Clause 1.4 [*Law and Language*].

The arbitrator(s) shall have full power to open up, review and revise any certificate, determination (other than a final and binding determination), instruction, opinion or valuation of the Engineer, and any decision of the DAAB (other than a final and binding decision) relevant to the Dispute. Nothing shall disqualify the Engineer from being called as a witness and giving evidence before the arbitrator(s) on any matter whatsoever relevant to the Dispute.

In any award dealing with costs of the arbitration, the arbitrator(s) may take account of the extent (if any) to which a Party failed to cooperate with the other Party in constituting a DAAB under Sub-Clause 21.1 [*Constitution of the DAAB*] and/or Sub-Clause 21.2 [*Failure to Appoint DAAB Member(s)*].

Neither Party shall be limited in the proceedings before the arbitrator(s) to the evidence or arguments previously put before the DAAB to obtain its decision, or to the reasons for dissatisfaction given in the Party's NOD under Sub-Clause 21.4 [*Obtaining DAAB's Decision*]. Any decision of the DAAB shall be admissible in evidence in the arbitration.

Arbitration may be commenced before or after completion of the Works. The obligations of the Parties, the Engineer and the DAAB shall not be altered by reason of any arbitration being conducted during the progress of the Works.

If an award requires a payment of an amount by one Party to the other Party, this amount shall be immediately due and payable without any further certification or Notice.

21.7 Failure to Comply with DAAB's Decision

In the event that a Party fails to comply with any decision of the DAAB, whether binding or final and binding, then the other Party may, without prejudice to any other rights it may have, refer the failure itself directly to arbitration under Sub-Clause 21.6 [*Arbitration*] in which case Sub-Clause 21.4 [*Obtaining DAAB's Decision*] and Sub-Clause 21.5 [*Amicable Settlement*] shall not apply to this reference. The arbitral tribunal (constituted under Sub-Clause 21.6 [*Arbitration*]) shall have the power, by way of summary or other expedited procedure, to order,

whether by an interim or provisional measure or an award (as may be appropriate under applicable law or otherwise), the enforcement of that decision.

In the case of a binding but not final decision of the DAAB, such interim or provisional measure or award shall be subject to the express reservation that the rights of the Parties as to the merits of the Dispute are reserved until they are resolved by an award.

Any interim or provisional measure or award enforcing a decision of the DAAB which has not been complied with, whether such decision is binding or final and binding, may also include an order or award of damages or other relief.

21.8 No DAAB In Place

If a Dispute arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works and there is no DAAB in place (or no DAAB is being constituted), whether by reason of the expiry of the DAAB's appointment or otherwise:

- (a) Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB's Decision] and Sub-Clause 21.5 [Amicable Settlement] shall not apply; and
- (b) the Dispute may be referred by either Party directly to arbitration under Sub-Clause 21.6 [Arbitration] without prejudice to any other rights the Party may have.