

Dispute Boards

Antonio Luis Pereira de Sousa

Consultor Sênior. *Legal Advisor* em Construção e na Solução Consensual de em Disputas. Diretor de Eventos da Câmara de Mediação e Arbitragem, do Instituto de Engenharia.

Resumo: Este texto se refere aos *Dispute Boards* (DBs), o que são, como são implantados e como operam. Constituem um instrumento de vital importância na composição de soluções em conflitos surgidos em contratos de engenharia e construção e de outros contratos relacionais.

Palavras-Chave: Construção. Construção pesada. Infraestrutura. Solução consensual para prevenção e resolução de conflitos. Adjudicação. Arbitragem. *Combine dispute board*. Conciliação. *Dispute boards*. *Dispute adjudication boards*. *Dispute review boards*. Gestão do conflito. Revisão de divergências por especialista. Engenharia e construção de obras de infraestrutura. Da indústria de base e de empreendimentos industriais. Mediação. Perícia. Avaliação. Imparcial e independente. “Em tempo real”. Desde o início das obras. Responsável pelas decisões. Árbitro ou mediador único permanente. Governança contratual.

Sumário: 1 Introdução – 2 *Dispute Boards* – 3 Composição e operação – 3.1 Onde utilizar – 3.2 Modalidades – 3.3 Composição e *expertise* – 3.4 Especialidades e experiência – 3.5 Imparcialidade e independência – 3.6 Inexistência de conflitos de interesse – 3.7 Seleção, contratação e substituição de membros – 3.8 Integração – 3.9 Procedimento e calendário de reuniões periódicas – 4 Retrospectiva da legislação sobre as ADR – Referências

Elementos para um *Dispute Board* bem-sucedido

A indústria da construção¹ sempre buscou um método alternativo de solução de conflitos. Por outro lado, hoje, no Brasil, o Poder Judiciário está atarefado com 90 milhões de processos judiciais e, entre suas prioridades, não está solucionar disputas em contratos de construção, mas administrar a justiça. Desse modo, têm sido buscadas alternativas para solução de disputas contratuais, como a arbitragem ou a mediação. Nesse campo, está chegando ao Brasil uma nova ferramenta para solução de disputas – os *Dispute Boards* (DBs)² –, que será

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30, situa o fundamento do direito de construir como estando “no direito de propriedade. Desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor dos seus bens (Código Civil, art. 1.228), reconhecido está o direito de construir, visto que no uso gozo e disponibilidade, da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou que lhe aumentem o valor econômico”.

² *DRBF Forum*, Special Edition. *Dispute Review Boards (“DRBs”): Real Time Avoidance and Resolution of Construction Disputes*.

tema do 1º Seminário Internacional promovido pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia, em parceria com AACE (Associação para o Desenvolvimento da Engenharia de Custos), CAMARB (Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil) e IBDiC (Instituto Brasileiro de Direito da Construção), nos dias 7 e 8 de Agosto deste ano, no Instituto de Engenharia. Mais informações no *site* iengenharia.org.br.

O DB é o único ADR³ que tem por meta prevenir disputas na construção, o que é feito por um painel de três profissionais experientes da indústria da construção, especialistas naquele tipo de obra, que conheçam bem contratos de construção e interpretação de documentos contratuais, que dominem o idioma contratual. Esses profissionais devem estar habilitados a atuar com métodos consensuais de solução de conflitos, e na condução de seus deveres devem ser imparciais, independentes e sem conflitos de interesses, além de ter a confiança das partes. Os DBs se manifestam em tempo real, podendo emitir uma recomendação não vinculante, ou uma decisão vinculante, e suas recomendações podem influenciar positivamente o gerenciamento do projeto.

Os DBs estão previstos em contratos de construção civil pesada, como os padrões do FIDIC,⁴ que são utilizados pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, na conformação dos editais de concorrências, e têm como meta não apenas solucionar disputas, mas preveni-las. Para que isso se torne factível, é necessário que seus membros sejam escolhidos concomitantemente com a adjudicação do contrato, para que o DB esteja instalado e em operação antes do início da construção e antes de qualquer conflito entre as partes.

Os membros do DB, então, conhecem o contrato, o projeto e seu escopo, os planos, desenhos, as especificações jurídicas, técnicas e financeiras, o cronograma físico-financeiro, o caminho crítico, a sequência construtiva e as pessoas-chave do projeto. E são abastecidos pelas partes com informações relevantes sobre o progresso da obra, relatórios gerenciais, atas de reunião, anotações no livro diário de obras, correspondências e outros documentos pertinentes e relevantes, os fatos e as circunstâncias relacionadas.

³ ADR – Alternative Dispute Resolution.

⁴ FIDIC – Fédération International des Ingénieurs-Conseils, órgão mundial do engenheiro consultor, com sede em Genebra, Suíça, nos modelos de contratos publicados pelo FIDIC, em geral, há previsão do DB no primeiro nível, três desses métodos: (i) no primeiro nível, durante a execução das obras, a função de prevenção e solução de conflitos é exercida pelos dispute boards; (ii) no segundo nível, em geral, há uma prazo e, embora não haja previsão, as partes têm se valido da mediação, em geral como condição precedente para ingresso no terceiro nível, no intuito de reduzir o número e o valor das disputas; e, se as divergências não forem sanadas, então, (iii) no terceiro nível há a arbitragem, assegurando a certeza quanto à exequibilidade do que foi acordado/negociado.

Na primeira reunião, é estabelecido o procedimento operacional, que deve ser simples para permitir que os membros do DB se concentrem no mérito da disputa. A partir daí, o DB passa a se reunir periodicamente no canteiro com a equipe do projeto, mesmo que não haja disputas, onde irão revisar o andamento das obras.

Se o DB percebe algum problema potencial, irá encorajar as partes a negociarem uma solução amigável, dentro do canteiro de obra, sem escalá-lo à administração superior. Para tanto, pode se valer de um parecer (*informal advisory opinion*) ou de uma audiência.

O parecer se materializa em reunião informal, onde cada parte apresenta seu posicionamento, seguindo-se uma reunião individual com cada parte (Cáucus). Encerrada a reunião, o DB se reúne apartado e delibera colegiadamente, apresentando às partes sua opinião falada ou escrita, sem que seja necessária uma audiência (e sem os custos que dela resultam).

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

Como os DBs se manifestam em tempo real, isso permite que o projeto se beneficie positivamente das recomendações e decisões, devendo o relatório conter uma avaliação dos fatos, indicação das disposições contratuais e legais relevantes relacionadas, e as razões que levaram o DB a recomendar a adoção dessa alternativa.

A confiança das partes e a aceitação das manifestações do DB são frutos de capacitação dos integrantes, em sua especialidade técnica, experiência, do proveito prático que pode atrair para o projeto com suas recomendações e decisões e, antes de mais nada, da imparcialidade, independência e inexistência de conflitos de interesses, que permitam considerar a atuação do DB como sendo consistente.

Os DBs têm a seu favor estatísticas de sucesso, uma vez que em 98,7% dos casos em que houve uma decisão deles, esta perdurou até o fim do projeto sem ser questionada por um procedimento arbitral ou judicial posterior. Em 60% dos casos terminam sem nenhuma disputa. Os honorários e custos do DB se situam em um valor médio de 0,15% do custo final do projeto e são repartidos entre o dono da obra e o contratado principal, em partes iguais.

Em conclusão, os DBs impedem que os contratos de construção saiam da rota original traçada pelas partes, mantendo-se o cronograma e o fluxo de caixa projetado, preservando o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente existente, condição fundamental nas operações de *project finance* para atrair capitais privados, ao mesmo tempo que impedem que sobrecustos alterem o custo de oportunidade e de transação dos projetos.

Assim, o DB mantém a segurança jurídica, dissipa riscos, estimula investimentos em infraestrutura e custos mais competitivos, mantém desobstruída a comunicação, com assertividade, sem litígios que deteriorem os balanços e as relações empresariais.

1 Introdução

Os *Dispute Boards* (doravante DBs) constituem uma modalidade de ADR (*Alternative Dispute Resolution* ou simplesmente *Dispute Resolution*) existente, assim entendida a solução privada, consensual e extrajudicial sobre direito disponível, alternativa e amistosa, como a conciliação, a mediação, a perícia técnica e a arbitragem, que reporta a práticas milenares, e que vem sendo crescentemente resgatada tanto nas relações diplomáticas entre as nações, como no mundo empresarial e no mundo pessoal, que ganhou relevo nas décadas de 1960-1970, em virtude da Harvard Law School, nos Estados Unidos, que sistematizou os ADRs no Program on Negotiation, ensejando o seu renascimento no mundo atual, agora sob a designação de “ADR’s”.

Os ADRs se põem no contexto dos contratos relacionais,⁵ e por seu intermédio busca-se preservar as relações empresariais, pela solução amigável dos conflitos, dentro de uma postura não adversarial, através de um processo que seja efetivo na solução de conflitos, confiável, flexível, informal, rápido e de baixo custo, que reduza custos excedentes (*costs overruns*) e as paralisações, interrupções

⁵ HVIID, Morten assim define *contratos relacionais*: “a contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations. Such definitive obligations may be impractical because of the inability to identify uncertain future conditions or because of inability to characterize complex adaptations adequately even when the contingencies themselves can be identified in advance. HVIID, Morten. Long term contracts and relational contracts”.

(*disruption*)^{6 7} e atrasos no projeto, que, em regra, se processam sob a proteção de sigilo, confidencialidade e privacidade das informações veiculadas pelas partes, dotado de altíssimo índice de cumprimento espontâneo pelas partes, com extrema eficácia nas soluções multipartes. Os DBs têm aplicabilidade, não apenas em contratos da indústria de construção (inclusive de obras de *infraestrutura*, que são aquelas que dão suporte a serviços públicos, da *indústria de base*, ou seja, aquelas que fornecem insumos básicos para a sociedade, e, ainda, a *plantas* ou *unidades industriais*), mas também em contratos de empréstimos, financiamentos e seguros.

Dois conselhos se põem a propósito dos ADRs: (i) nunca abandone o campo da negociação direta em boa-fé⁸ para solucionar um conflito, e (ii) se encontrar dificuldade em prosseguir, pense em abrir, numa segunda frente, uma negociação assistida por um terceiro imparcial e independente, e que esteja isento de conflitos de interesses durante todo o projeto, que seja competente, diligente,

⁶ NELSON, Derek. The Analysis and Valuation of Disruption, p. 2, "*disruption* is loss of productivity, disturbance, hindrance or interruption to a Contractor's normal working methods, resulting in lower efficiency. In the construction context, disputed work is work that is carried out less efficiently than it would have been, had it not been for the cause of the disruption. If caused by the Employer, it may give rise to a right to compensation either under the contract or as a breach of contract (SCL Delay and Disruption Protocol: October 2002). Construction contracts have two major types of costs associated with them: fixed and variable. Fixed costs are those costs that the contractor procures on a fixed-price subcontract or purchase order. Fixed costs are inherently lower risk, because the contractor has fixed them through a contract. Risks do exist, such as final failure or default of either a vendor or subcontractor or the installation of defective or faulty work by a subcontractor or a vendor, but the risks are much less than the risks in variable-cost items.

⁷ TISAKA, Maçahico. Como evitar prejuízos em obras de construção civil – Construction Claim, p. 167, item 5.2, ensina como se demonstra a perda de produtividade ou custos da ineficiência.

⁸ GRIFFIN, Harry L.; THUM, Robert B. Practical Construction Law, p. 527, primeiro propõem uma questão: "*why negotiate*," que é assim por eles respondida: "before discussing the topic 'Negotiated Settlements' the threshold question – 'why negotiate' must be answered. Indeed, there are lawsuits which are totally inappropriate, from the client's point of view, for settlement. ... In the arena which construction contractor's deal, however, the commercial market place, economic considerations generally should override all other considerations. It is rare that a judicial determination that a contractor was delayed by the owner for the exact duration claimed, with the resulting damages alleged, or that the architect's decision was holly without substance should take precedence over the attainment of a reasonable settlement, neither totally satisfactory nor disastrous, neither side. A contractor, therefore, should almost invariably consider attempting to settle a construction dispute, whether he be receiving or paying, and leave to civil rights activists and falsely charged politicians the opportunity for full and absolute judicial exoneration acknowledging that we lawyer just may be correct in oft repeated homily that 'a fair' settlement beats thereof a good lawsuit'. There are many practical reasons". Depois, eles consideram o andamento dos processos nas cortes, as despesas diretas e indiretas relacionadas, e assim contextualizam o *Risk of Loss*: "not to be overlook is the possibility of ultimate lack of success. While there are no reliance statistics to success percentage of construction claims which are adjudicated, in a related area, appeals of Government construction cases before the Armed Service Board of Contract Appeals, approximated two-thirds of the cases docketed are disallowed. Always remember, moreover, there is the sobering thought to be considered in every contested case – if two lawyers go to a court and try a case, one must lose."

discreto, que tenha disponibilidade de tempo ao longo de todo o projeto para agir no procedimento, para atuar na solução de disputas entre as partes.^{9 10}

Uma primeira classificação dos ADRs pode ser assim esboçada: (i) primeiro, temos como métodos adversariais: a adjudicação, a arbitragem e os procedimentos judiciais, e (ii) como métodos não adversariais: a negociação, a conciliação e a mediação. Uma segunda classificação dos ADRs pode ser assim apresentada:

Espécie de ADR	Papel do profissional de ADR	Natureza da Disputa	Manutenção do relacionamento
<i>Base adjudicação</i> adjudicação arbitragem expert determination	Decisão final e vinculante	Prevalência de questões jurídicas e técnicas	Não importante
<i>Base recomendação</i> conciliação early neutral evaluation	Recomendação não vinculante	Prevalência de questões fáticas	Importante
<i>Base facilitação</i> mediação stakeholder dialogue	Facilitação do diálogo, sem recomendação ou decisão vinculante	Prevalência de questões fáticas	Importante
<i>Métodos híbridos</i> dispute boards ombudsman cláusulas Med-Arb/Adj	Varia	Combinação	Varia

⁹ CLARK, Wayne. Effective Use of Dispute Boards in Construction Contracts, lembra que “disputes themselves are not the problem. Disputes themselves do not create the barriers against sensible, common sense resolution. It is the way disputes are dealt with that so often lead to deadlock. It is this deadlock that can eventually lead to arbitration, litigation or worse. How we manage disputes will dictate whether a project runs smoothly, or whether it runs into trouble. Disputes develop into full-blown conflict because of people, the people involved in construction projects. Egos, attitudes, pride, entrenched positions, unrealistic expectations and personal agendas – anyone or any combination of these human characteristics/emotions can lead to a breakdown in relationships, which in turn can lead to barriers being created. It is these barriers that can prevent disputes from being resolved in a sensible (common sense) way”.

¹⁰ HÖK, Götz-Sebastian. Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method? Publicado no August 2011. *DRBF Forum*, Volume 15, Issue 3, refere que, hoje, “the great variety of suggested methods causes perplexity. There is a statutory adjudication and contractual adjudication. The ICC suggests Combined Dispute Boards and local institutions have published adjudication rules. Fast track arbitration and dispute adjudication are similar features. Besides, there is the Italian *arbitrato irrituale* (contractual arbitration). In some areas of the world the Engineer still has adjudication powers. Multiparty dispute adjudication and back-to-back adjudication are upcoming features. Expert arbitration or binding advice features are complementary means of dispute resolution”.

Nas ADRs, encorajam-se a criatividade e a flexibilidade das partes objetivando ampliar o universo de opções de mútuo consentimento disponíveis. Nelas utiliza-se a comunicação para “derrubar barreiras e construir pontes”, tendo perfeito cabimento nas soluções envolvendo multipartes. As ADRs requerem, também, a extrapolação das soluções eleitas no futuro, objetivando aferir sua assertividade, adequação e consistência, proporcionando às partes capacitação para gerir conflitos. Substituem a lógica do “ganha-perde”, inerente ao confronto adversarial que há no contencioso arbitral e judicial, com respeito aos sentimentos de reconhecimento entre as partes. E quando não é possível um entendimento, as partes recebem as opiniões, recomendações e/ou decisões de especialistas habituados com o que se passa nos limites dos canteiros de obras, como aqueles momentos difíceis que as partes enfrentam, mas cujos acordos têm altíssimo índice de cumprimento espontâneo pelas partes, permitindo que elas coexistam pacificamente, prosperem e se perpetuem no mundo empresarial.

Nas ADRs, tudo se inicia no domínio das ADRs *negociações*, diretas e assistidas, que é sempre o passo inicial para solução consensual de divergências, já que a negociação é a melhor e mais barata solução empresarial, e que além de manter os laços comerciais, permite ter percepção da expressão verbal, paraverbal e não verbal da(s) outra(s) parte(s). Mas se a negociação direta entre as partes não evoluir satisfatoriamente, alternativamente, é usual abrir uma negociação assistida por um terceiro independente e imparcial, objetivando facilitar as negociações, o que possibilita uma nova abordagem, de extremo valor, e que é usual entre as nações, governos e entre empresários, industriais e/ou comerciantes, e no dia a dia, e que acabou gerando a teoria da negociação, bem como a teoria do conflito, que pode assumir uma grande variedade de formas, táticas, tipos e estilos.

Há que se distinguir inicialmente a negociação posicional ou distributiva da integrativa, baseada em princípios ou interesses, correspondendo a negociação posicional ou distributiva, que é aquela que se faz sobre posições negociais (e que, em geral, corresponde a negociação com resultado “ganha-perde”, que corresponde à figuração de uma única torta, onde o ganho de uma parte corresponde à perda sofrida pela outra parte. Já a negociação integrativa (baseada em princípios ou interesses), pressupõe um grau avançado de cooperação e de confiança entre as partes, que pode envolver uma abordagem criativa que leve a atingir ganhos mútuos que correspondem a um resultado “ganha-ganha”.

A *arbitragem* é a mais tradicional e difundida modalidade de ADR, e pode ser institucional ou administrada por entidades ou *ad hoc*, na qual a decisão do conflito é terceirizada ao(s) árbitro(s), tem como objeto a decisão em disputas

domésticas e internacionais, de caráter final vinculante, passível de imediata exequibilidade, nas quais se possibilita a escolha de especialistas como árbitros, mediadores e membros de *dispute boards*, que, em regra, aparecem usualmente envolvidas diferentes nacionalidades, idiomas, arcabouços legais e contratuais diferentes, grandes distâncias, confidencialidade, privacidade e não utilização indevida de informações, nela as partes têm maior flexibilidade, maior controle e a capacitação e experiência de membros de *Dispute Boards*, mediadores e árbitros, que irão produzir uma solução da disputa, em que uma das partes sairá bem e outra não, mas onde *ambas*, uma, outra ou até as duas, ou seja, ambas, podem ter suas expectativas frustradas, por exemplo, por uma sentença ou laudo técnico imprestável.

A arbitragem foi amplamente debatida nos meios diplomáticos a partir de 1890, tendo sido utilizada para solução pacífica em disputa entre os Estados Unidos e o Reino Unido a propósito da Venezuela, em 1895, movimento em meio ao qual sobrevém o Olney-Pauncefote Treaty 1897, que foi, no entanto, rejeitado pelo Senado norte-americano, nunca tendo, assim, entrado em vigor. A arbitragem retorna à cena pelas mãos do Secretário de Estado norte-americano William Jennings Bryan, que, antes da eclosão da Primeira Grande Guerra Mundial, celebra 28 tratados prevendo solução de disputas por meio da arbitragem.

Em 1883, é instituída a Court of Common Council of the City of London, que mais tarde se transformará na London Court of International Arbitration (LCIA); em 1915, em meio à Primeira Grande Guerra, tem lugar a fundação do Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), no Reino Unido; em 1919 é fundada a Liga das Nações, e nasce a Câmara Internacional de Comércio, a International Chamber of Commerce (ICC), em Paris, na França, que em 1923 institui a Corte internacional de Arbitragem e propõe a arbitragem como método alternativo de solução de divergências no mundo dos negócios, para fazer frente a um século cheio de conflitos.

Também em 1923 ocorre a 1ª Conferência de Paz, e é criada a Corte Permanente de Arbitragem, em Haia, na Holanda, sobrevivendo a celebração do Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem. Em 1925, nos Estados Unidos, é editado o Federal Arbitration Act (FAA); em 1927, dá-se a celebração da Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada no Brasil através do Decreto Federal nº 4.311, de 20.7.2002.

Em 1945, as Nações Unidas sucedem a Liga das Nações. Em 1958, dá-se a celebração da Convenção de Nova Iorque para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras; em 1961, dá-se a celebração da Convenção de Haia relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Atos Judiciais e

Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, através do International Centre for Settlement of Investments Disputes (ICSID), integrante do Grupo do Banco Mundial.

Em 1965, é promulgada a Convenção de Washington para a Resolução de Diferenças Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados e Cidadãos de Outros Estados, consolidando globalmente a utilização da arbitragem, daí resultando instituições profissionais de arbitragens administradas ou institucionais, que se contrapõem às arbitragens *ad hoc*, ou seja, sem participação de nenhuma entidade administrando o procedimento.¹¹

Atualmente, a ICC dispõe das seguintes normas relacionadas à arbitragem: (i) Rules of ICC as Appointing Authority 2004, (ii) Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure 1990, que tem como objeto medidas extremas objeto de ações cautelares, (iii) as ICC Rules of Arbitration 2012, que se processam ante a Secretaria da International Court of Arbitration, cabendo notar que a ICC não disponibiliza lista dos profissionais inscritos na ICC.¹²

Embora comportando variações de um sistema legal de um país para outro, a jurisdição arbitral permite a formulação de sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, determinando fazer ou se abster de fazer algo, indenizar, execução específica de contratos, e embora não sendo aqui frequentes, cabe lembrar que no exterior há arbitragens e mediações vinculantes¹³ exigíveis e não vinculantes,^{14 15} inclusive as cláusulas escalonadas como Arb-Med, Med-Arb,¹⁶

¹¹ CPR – International Institute for Conflict Prevention & Resolution. CPR Global Rules for Non-Administered Arbitration of International Disputes.

¹² JAYNES, Gordon L. ICC Dispute Board Member Selection. *DRBF Forum*, Volume 13, Issue 3, August 2009. p. 6.

¹³ ICC – International Chamber of Commerce. Há ICC Arbitration Rules 2012 e a ICC Expertise Rules 2003. A ICC não divulga lista de profissionais nela inscritos. Por outro lado, a ICC revisa as decisões de seus árbitros, mediadores, peritos e dos dispute boards, antes de disponibilizá-la às partes.

¹⁴ CHERN, Cyril. International Commercial Mediation. London, Informa Law, 2008, p. 21, comenta o movimento existente atualmente em direção a ter na mediação em outros ADRs um procedimento vinculante (“binding and enforceable”).

¹⁵ AAA – American Arbitration Association. *AAA Non-Binding Arbitration Rules*.

¹⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas Escalonadas, p. 173-4, esclarece que as cláusulas escalonadas *Arb-Med* e *Med-Arb* “são estipulações que prevêm a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios”, p.ex., entre mediação e arbitragem com várias nuances e possibilidades, e que “a experiência tem demonstrado que esses mecanismos são usualmente aplicados em contratos complexos, de longa duração e de execução continuada, notadamente da construção civil, de infraestrutura e de recursos energéticos e visam, sobretudo, a manutenção dos vínculos comerciais entre as partes, por meio da construção de soluções periódicas e amigáveis para os conflitos que vão surgindo durante a execução das prestações contratuais e de acordo com os benefícios oferecidos por cada mecanismo em separado”.

baseball arbitration, também conhecida “*por last offer*”, “*pendulum arbitration*”,¹⁷ MEDALOA¹⁸ e “*bracketed arbitration*” (“*high-low*”).¹⁹

Há a *non-binding arbitration* (arbitragem não vinculante) método de baixa adversariedade, onde o terceiro funciona como facilitador da negociação, atuando da mesma forma que na arbitragem vinculante, exceto pela manifestação, que se consubstancia por meio de uma recomendação, para alguém que tenha restrições à arbitragem, sendo um incentivo para evitar uma arbitragem ou um litígio judicial.²⁰

^{21 22} Há a *court-annexed non-binding arbitration*, que tem uso corrente nos Estados

¹⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas Escalonadas, p. 120, lembra a propósito da *baseball arbitration*, *last offer* ou *pendulum arbitration*, que “recebeu essa denominação por ser relacionada aos contratos esportivos dos mediadores. Esse modelo funciona da seguinte maneira: as partes elegem um terceiro, o árbitro, e fazem ofertas em envelopes selados. O árbitro julgará a controvérsia escolhendo um dos valores apresentados que mais se aproximar do veredicto que daria. Uma variação desse modelo é o *night baseball arbitration*, que também prevê a entrega pelas partes das ofertas em envelopes fechados, só que neste caso, o árbitro procede ao julgamento da controvérsia de maneira convencional e, com a sentença em mãos, abre os envelopes e verifica qual das ofertas é mais próxima da sua decisão, sendo então essa proferida. O interessante desse modelo é que as partes evitam fazer ofertas além do que verdadeiramente seria justo para ambas as partes, e para que haja essa mensuração é necessário que as duas partes tenham acesso a todos os fatos”.

¹⁸ MEDALOA hybrid processes (Mediation followed by Last Offer Arbitration).

¹⁹ Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc. – JAMS, assim explicita bracketed arbitration (“*high-low*”) occurs when the parties structure an agreement to “bracket” or limit the possible range of outcomes. The parties may agree that the arbitrator: (i) will decide only the issue of liability with predetermined sums to be paid by the defendant or plaintiff accordingly, (ii) delivers a verdict on liability and damages while agreeing in advance on minimum and maximum payment sums, (iii) is not told the bracketed range, in effect creating “blind bracketed” arbitration”.

²⁰ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, p. 183.

²¹ World Bank, Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011, p. 09, a propósito da arbitragem, esclarece que “frequently used for large value, international disputes, arbitration is not defined either in international conventions or in the UNCITRAL Model Laws, and rarely in domestic legislations. Its main characteristics are: (i) its consensual nature – arbitration is a mechanism for the resolution of disputes in which parties must agree to settle their differences; (ii) it is a private procedure – the decision makers are not governmental and the procedure is not part of the state court system; (iii) it is a flexible procedure – the parties agree on the procedural rules, and (iv) it is a binding award – arbitration leads to a final and binding determination of the rights and obligations of the parties”.

²² World Bank, Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011, p. 11, esclarece o seguinte acerca da *arbitragem*: “the main advantages of arbitration over the litigation or other types of ADR are the confidentiality and flexibility of the arbitration proceedings, selection of arbitrators, and enforceability of the arbitration awards. Arbitration permits the parties to choose persons with specialized knowledge to their dispute. Judges in state courts are less likely to acquire the same degree of expertise in the technical aspects of the transactions that come before them as lawyers who represent the parties and who may later serve as arbitrators in similar transactions. For example, in construction engineers or architects as well as lawyers may serve as arbitrators. Another advantage is the fact that arbitration awards are generally not subject to appeal on the merits. This ensures a speedier and less costly process to reach a final decision, but it can be impossible to amend errors made by the arbitrators in the application of the law. Arbitration is also considered to be a faster and cheaper dispute resolution mechanism compared to the litigation, although this largely depends on the complexity of the particular dispute and the willingness of the parties to cooperate in the process. There are limitations to arbitration as well. It can become highly complex and may therefore require interim measures against a party. Arbitration also depends on the courts for enforcement and in some jurisdictions it may be difficult to enforce an arbitration”.

Unidos, na qual o laudo do árbitro converte-se em ordem judicial se nenhuma das partes solicitar novo julgamento.^{23 24}

A propósito das ADRs, a UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law formatou algumas leis-modelos, como as Arbitration Rules de 1976, 1982, 1985, 1996, 2006, 2010 e 2012, e as Conciliation Rules, que abrangem conciliação, mediação e outros métodos, de 1980 e 2002.

Nas arbitragens internacionais é possível a “deslocalização”, que permite optar por outra lei aplicável à relação contratual, assim como a adoção do cognome de *soft law*, como é o caso das normas referenciais editadas, por exemplo, pela International Bar Association (IBA), como é o caso do IBA Rules of Ethics for International Arbitration 1987,²⁵ no IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration 2004.²⁶ Seus efeitos aparecem mensurados no IBA Conflicts Guidelines 2007,²⁷ no IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses 2010,²⁸ do IBA Guidelines on the Taking Evidence in International Arbitration 2010,²⁹ no IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration 2013,³⁰ entre outros.

Numa *conciliação* (que, no idioma inglês, por vezes é utilizado como sinônimo de mediação, como, por exemplo, a lei modelo da UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation de 2002 (também modalidade de *soft law*), em princípio sem caráter vinculante, mas com toda a amplitude que tem o vocábulo, onde o conciliador não decide pelas partes, mas poderá ter um papel até ativo, mas que diante das limitações de tempo, quase que fatalmente ficará restrito a uma única reunião, que precede as audiências, onde assistirá as partes em uma negociação, até fazendo sugestões e propostas, mas onde, em virtude do pouco tempo disponível, far-se-á dentro de posições negociais fechadas, sendo que uma das partes irá perder e a outra ganhar, como ocorre no judiciário.

A conciliação pode ocorrer pontualmente, por exemplo, num acidente de trânsito, enquanto a maior parte dos ADRs se propõe em direção oposta, tendo em vista os contratos relacionais. No Brasil, as conciliações se popularizam como uma etapa que abre e antecede as audiências judiciais. Nos Estados Unidos, a conciliação tem um significado diverso daqui, mais amplo, na medida em que o

²³ Designing Buildings Wiki – Alternative Dispute Resolution for Construction.

²⁴ CPR – International Institute for Conflict Prevention & Resolution. CPR Global Rules for Accelerated Commercial Arbitration.

²⁵ IBA International Rule of Ethics for International Arbitrators 1987.

²⁶ IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration 2004.

²⁷ IBA Conflicts Guidelines 2007.

²⁸ IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses 2010.

²⁹ IBA Guidelines on the Taking Evidence in International Arbitration 2010.

³⁰ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration 2013.

conciliador deve dispor da especialização sobre o tema em discussão, podendo fazer sugestões e aconselhar sobre como o caso pode ser solucionado, valendo-se o conciliador do seu papel para encorajar, de forma objetiva e neutra as partes no sentido das soluções, devendo em certos casos fornecer orientação jurídica.³¹

Na *mediação* tem-se um método com técnicas e ferramentas próprias, de índole não adversarial, consensual e voluntário, no qual o mediador atua como facilitador, estimulando a comunicação entre as partes, mas não decide por elas, pois as partes, assessoradas por seus advogados e outros assessores técnicos, sabem o que é melhor para elas próprias. Não é, em princípio, vinculante e, em regra, sujeita-se a confidencialidade, sendo as informações recebidas dos mediados confidenciais e privilegiadas, devendo o mediador buscar os interesses que motivam as partes.

Cyril Chern conta que a mediação se reporta às culturas antigas, como a Fenícia (1.200 AC- 900), Babilônia, Grécia Antiga, Roma Antiga no período de Justiniano (530 a 533) [Código Justiniano, o “Digesto”], nos quais os mediadores eram vistos como sendo uma figura sacra, dispondo, com poderes análogos aos chefes dos clãs, que recebiam uma variedade de nomes como *conciliator*, *intercessor*, *internuncius*, *interlocutor*, *interpolator*, *interpre*, *philantropus*, e, finalmente, como *medium*. Na União Europeia, passa a dispor de alguma literatura em torno de 1680, quando Johann Wolfgang Textor primeiro descreve os *sandards* internacionais essenciais aplicáveis à mediação. Nos Estados Unidos, os nativos adotam a sua própria forma de mediação, e os navajos tinham também sua própria forma de ADR, pela prática do *Hozhooji Naat’aanii*, até que os Estado Unidos impusessem o seu sistema legal aos navajos em 1829.³²

O autor também menciona que na China antiga encontram-se informes detalhados que dão conta de mediações há 2.700 anos. Wu You, oficial que viveu na dinastia Han, entre 206 a.C. e 24 d.C., que sempre iniciava seus dias refletindo se haveria alguma culpa sua em ensinar ao povo a ética, objetivando persuadi-los a saber se reconciliar; ou então Lu Jiouyuan, funcionário local de orientação confuciana, na dinastia Song (960-1127), que sempre tentou manter juntas as partes em uma disputa, dentro da moralidade confuciana. Essas formas

³¹ World Bank, Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011, p. 14, faz a seguinte referência a propósito de *conciliation*: “appearing frequently in labor and family-dispute contexts, the terms conciliation and mediation are sometimes used interchangeably. It has been argued that the two are variations of the same process, with conciliation being more evaluative than facilitative cousin, mediation. Although both process involve the neutral in convening meetings of the parties to help them agree on a resolution, in conciliation, unlike in mediation, the conciliator is free to make recommendations to the parties on possible ways to settle the dispute. Conciliation is well-suited for situations where there is a conflict in expert opinion or evidence but the parties want confidentiality and advice on possible settlement options”.

³² CHERN, Cyril. International Commercial Mediation, p. 2.

iniciais de mediação se fundam na ética e nos contratos relacionais, tornam-se populares com vista à harmonia e à não beligerância enquanto ideais da ordem social, considerando-se os ensinamentos de Confúcio.³³ Na dinastia Ming houve inclusive uma forma de mediação entre as famílias e clãs que constavam de um código oficial, exortando a cada vila que dispusesse de alguma forma de autocomposição, fundada em razões claras, gerenciadas por mediadores e juizes que assistissem as partes na busca de uma solução pacífica voltada para as famílias e para sua reputação.

Na dinastia Ming, passou-se a se compelir a população a resolver voluntariamente os conflitos por uma “mediação em três estágios”. Assim, se as partes se encontrassem em um conflito e apresentassem seus protestos às autoridades locais, os funcionários públicos lembravam a elas que deveriam que se submeter voluntariamente à decisão, que o intercessor encorajaria as partes a um acordo antes do início da audiência judicial, e que diversos relatórios detalhados dão conta das habilidades necessárias a esses intercessores. Um exemplo disso foi o caso de uma viúva na localidade de Huang Chun, que acionou o governo local objetivando que lhe fosse adjudicada a titularidade de um terreno de seu finado marido; porém, um primo dele informa ao chefe do clã a existência de uma hipoteca sobre o terreno proveniente de um empréstimo feito ao primo, solicitando uma solução consensual, sendo, então, iniciada uma investigação, que confirma a existência da hipoteca, por um lado, e que poucos bens que haviam sobrado para a viúva e o órfão. Assim, o primo considerou o sentimento de parentesco existente, a situação da viúva, e os laços de consanguinidade no clã, tendo concordado voluntariamente em dá-lo à viúva, o que foi testemunhado pelos demais familiares, que assim viram a harmonia mantida no clã, tendo o intercessor indicado em sua decisão que o caso fora mediado por familiares, e que, assim sendo, ele aprovava o encerramento do processo, em atendimento dos anseios dos familiares.

O segundo estágio da mediação tradicional na China na dinastia Qing se dá após a burocracia local informar ao chefe do vilarejo que prosseguisse com a mediação, para solução de pequenas disputas ou ofensas ao direito de vizinhança; em casos mais sérios, ele desencorajava litígios, exortando aos funcionários públicos a decidirem apenas nos casos onde não fosse possível o acordo. No terceiro estágio, tem-se o caso de um processo formal de mediação protagonizado pelo chefe do governo local, que dispõe de um relatório escrito por Kuai Zifan, que informa que um camponês que processou sua tia por haver batido nele por ele

³³ CHERN, Cyril. *International Commercial Mediation*, p. 3: “although I listen to the cases as other judges do, I must make my best effort to instruct the people to live without litigation”.

ter recusado um empréstimo, tendo o funcionário decidido que ele deveria ajudar, já que a tia tinha menos recursos do que ele, explicando que se houvesse um processo, ambos iriam gastar muito dinheiro e tempo e perder o plantio, e, assim, o funcionário deu a ele recursos, para composição amigável do litígio.

Nos Estados Unidos, George Washington se valeu de uma cláusula como forma de solucionar conflitos entre ele e Abraham Lincoln, e a Secretaria do Trabalho foi uma das pioneiras no uso de Commissioners of Conciliation em 1913, depois veio a criação da Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS) em 1946, com foco no direito trabalhista, onde se observam melhores resultados do que o sistema com práticas adversariais. Então, no início da década de 1970, sopra um vento de mudança, e aparece o primeiro caso de mediação, que é entendida como uma extensão do sistema legal, na Roscoe Pound Conference em 1976,³⁴ sendo seguido da Multi-door Courthouse,³⁵ concebida pelo Prof. Frank Sander, sendo reconhecido o conceito de Neig Roscoe Pound Conference em 1976, dando ensejo aos Neighbourhood Justice Centres,³⁶ onde a mediação passa a ser entendida como parte orgânica do sistema judicial, diante da norma enunciada Rule 16 do US Federal Rules of Civil Procedure, que reconhece a mediação como uma prática valiosa.³⁷

Já no Reino Unido, a mediação, os ADR, a designação de “*amicable dispute resolution*” pela CCI, são conceitos que se desenvolvem a partir da década de 1980, geralmente querendo significar procedimento consensual, conciliação e mediação, inicialmente em disputas familiares, mas que depois se desenvolve, abrangendo a área comercial, em geral, e em especial os contratos de construção, a partir da década de 1990, sob as normas do novo Civil Procedures Rules,³⁸ agora informado pelos princípios das ADR, da não adversidade. No Reino Unido, também há que se considerar a incidência do Unfair Contract Terms Act 1977.³⁹

Então aparece o caso *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*,⁴⁰ no qual o autor havia proposto diversas vezes o recurso a mediação, antes e depois de ser interposta ação contra a seguradora, tendo o réu declarado que não tinha condição de nela participar, porque não tinha condições de arcar com os altos custos daí resultantes. A Court of Appeal se recusa a proferir uma sentença contra o réu, mas aproveita para deixar claro que o mediador dispunha de poder para fazê-lo, além de esclarecer algumas outras diretrizes de como as cortes e

³⁴ Pound Civil Justice Institute. Roscoe Pound Conference.

³⁵ Multi-door Courthouse.

³⁶ Neighborhood Justice Centre.

³⁷ Cornell University Law of School. US Federal of Civil Procedure.

³⁸ UK Civil Procedures Rules.

³⁹ Unfair Contract Terms Act 1977.

⁴⁰ British and Irish Legal Information Institute – BAILII, case *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*.

os advogados deveriam considerar em casos de mediação levados ao judiciário, inclusive sobre custos e quando o réu alegasse não dispor de recursos para fazer face aos custos do procedimento, inclusive através de ADR Ordens provenientes do poder judiciário, ante as cortes comerciais, na forma estabelecida nos casos *Kinstreet v Balmargo*⁴¹ e *Shirayama Shokusan Company Ltd. v Danovo Ltd.*,⁴² tendo ficado assentado que se alguém se recusasse a mediar depois de uma recomendação judicial, isso, por si só, já justificava a responsabilização do infrator com a aplicação de sanções pelo judiciário; isso ocorre por ocasião dos casos *Susan Dunnett v Railtrack*,⁴³ acrescido dos comentários de Lightman J. no caso *Hurst v Leeming*.⁴⁴

A partir daí a regra de comportamento passou a conter uma determinação aos advogados de incorporar à sua rotina o dever de prestar esclarecimentos sobre a mediação aos clientes, sem que fosse necessário compeli-los a isso, mas no sentido de encorajar as partes à adoção da mediação, através de um roteiro que incluísse seis fatores: (i) natureza da disputa, (ii) avaliação sobre o mérito do caso, (iii) a extensão em que acreditava que esse método fosse adequando à solução do caso, (iv) indicação de custos existentes nessa modalidade de procedimento, (v) indicação de que se houvesse algum atraso na adoção desse método iria impactar negativamente o caso, e (vi) indicação da obtenção de sucesso para permitir posterior levantamento estatístico, tendo sido perceptível o grau de avanços obtidos, inclusive com a criação de appointing bodies, como o Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb).

Kazuo Watanabe lembra que o CPC em vigor (arts. 125, IV, 331, 447-449, 599) adotou a *conciliação* sem distingui-la da *mediação*, mas que é evidente que o vocábulo foi utilizado em acepção ampla, no sentido que nosso direito sempre tem dado ao vocábulo *conciliação*, e que quando entrou em vigor, em 1973, a conciliação era facultativa, a critério de juiz, e que após 1995, ela passa a ser obrigatória e preliminar (arts. 277 e 331); “porém, a mentalidade dos operadores do direito, formalista e presa às práticas do passado, procurou relativizar a obrigatoriedade da tentativa de conciliação, levando alguns juízes, com aplauso dos advogados, a buscarem quase que exclusivamente a solução sentenciada, consolidando-se assim, de modo assustador e prejudicial à correta política de administração da justiça, a ‘cultura da sentença’, em detrimento da ‘cultura da pacificação’”.⁴⁵ Assim, ele propõe o Pacto de Mediação, já aceito pela FIESP.

⁴¹ Mediation World. Case *Kinstreet v Balmargo*.

⁴² Mediation World. case *Shirayama Shokusan Company Ltd and Others v Danovo Ltd*.

⁴³ British and Irish Legal Information Institute – BAILII, case *Susan Dunnett v Railtrack Plc*.

⁴⁴ British and Irish Legal Information Institute – BAILII. Case *Hurst v Leeming*.

⁴⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Meios Consensuais de Solução de Conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; HERNANDES CRESPO, Mariana (Org.). *Tribunal Multipostas*, p. 90 e segs.

São esperadas do mediador algumas qualidades e habilidades, por exemplo, como ser diligente, ter credibilidade e atuar através de uma agenda, e que as práticas aplicadas traduzam boa-fé e lealdade, para que ofereçam segurança jurídica, equilíbrio de participação, igualdade de oportunidades, de informação e decisório entre as partes e as relações sociais. Abrange aspectos relacionais, emocionais, legais, entre outros, e áreas tão distintas como conflitos entre indivíduos, civis, familiares (abrange divórcio colaborativo, lei colaborativa, terapia familiar), escolares, entre pares, trabalhistas, vizinhanças, comunidades, empresariais, comerciais internacionais, havendo inclusive a mediação penal, sendo capazes de abranger assuntos sentimentos e emoções que o ambiente judicial inibe, havendo um casamento interessante entre negociação e mediação.

Como aqui o que está em jogo é o relacionamento entre as partes, que pode ter a duração de décadas, é por demais importante que o terceiro investigue as partes e sua relação mais profundamente, para que coordene de modo imparcial e independente, apto e diligente. Carece um diálogo pacífico e cooperativo em reuniões separadas e conjuntas com as partes, onde as ajudará a gerir o conflito. Para isso, a mediação certamente demanda mais de uma ou duas reuniões.

Em seguida, tenta-se propiciar momentos de criatividade objetivando ampliar significativamente o universo de opções disponíveis, e aqui o acordo deixa de ser a meta, mas passa a ser a consequência lógica de um bom trabalho de cooperação, que, ao final, é aferido objetivamente pelo BATNA num extremo, e pelo WATNA, no outro.^{46 47} O mediador está ciente de que nada sabe sobre a realidade dos mediados, por isso sua atuação está centrada no respeito por todos, o que permite caminhar através de acordos parciais sucessivos.⁴⁸ Eventuais sugestões

⁴⁶ BATNA – Best Alternative to a Negotiated Agreement, que representa a melhor possibilidade de acordo possível, e que foi desenvolvido por Roger Fisher e William Ury no âmbito do Harvard Negotiation Project, e que, conjuntamente com o WATNA – Worst Alternative to a Negotiated Agreement, permite às partes mensurar objetivamente as opções de fato disponíveis.

⁴⁷ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to Yes*. Penguin Books, New York, 2011, p. 97, para avaliar a amplitude do que é negociável, sugere o estabelecer a melhor possibilidade (BATNA) e a pior (WATNA), até mesmo como uma forma de proteção, nos seguintes termos: “when you are trying to catch an airplane your goal may seem tremendously important; looking back on it, you see you could have caught the next plane. Negotiation will often present you with a similar situation. You will worry, for instance, about failing to reach an agreement on an important business deal in which you have invested a great deal of yourself. Under these conditions, a major danger is that you will be too accommodating to the views of the other side – to quick to go along. The siren song of ‘Let’s all agree and put an end to this’ become persuasive. You may end up with a great deal you should have rejected”.

⁴⁸ World Bank, *Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011*, p. 13, assim pontua a questão da exequibilidade do acordo, o que também é válido para as demais modalidades de ADRs, inclusive os DBs (*enforcement*): “the interest-based” nature of the mediation, manifested in the settlement agreement, makes enforcement in most cases necessary. If the parties have agreed on an outcome that they think will work, they are more likely to stick to the terms of their agreement. If a party does refuse to comply with the terms of the settlement, there are two ways to enforce a mediation agreement: (i) a settlement agreement is legally a contract. Any party can file a motion in court to make the other party perform its duties under this contract. The court will decide, however, how much weight to give the contract. An additional test of legality may need to be carried out; (ii) if mediation took place upon a court referral, the referring court can

por parte do mediador não são recomendáveis, havendo uma rígida disciplina respeito da ética.⁴⁹

Durante o procedimento, o mediador deve se pautar pelos princípios da autonomia da vontade, imparcialidade, igualdade, independência, competência, confidencialidade, diligência, transparência, respeito e informalidade.⁵⁰ Para levar a mediação a bom termo, o mediador se vale de diversas ferramentas como a comediação, método de solução no qual são empregados mediadores com formação e experiência complementares, no qual são utilizadas perguntas de caráter informativo, fechadas, abertas, circulares e reflexivas, ou recontextualizantes, que delimitam e permitem tratar o conflito, abandonando-se posições, e, antes de tudo, os interesses e motivações, que objetivam trazer reflexão pelas partes, separando-se as pessoas dos problemas, e as posições dos interesses, o que demanda escuta ativa e atenta às várias formas de comunicação existente entre os mediados (verbal, paraverbal e não verbal), pois são justamente as dificuldades

turn the settlement into a court order, which can then be enforced directly through the court; (iii) a law that guarantees enforceability”.

⁴⁹ World Bank, Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011, p. 12, pondera o seguinte: “*mediation*: very frequently used to resolve various types of disputes, mediation is a flexible process, conducted in confidentiality, in which a neutral person actively assists parties in working towards a negotiated agreement of dispute a difference. Ever-evolving, mediation owes much of its recent use within traditional court frameworks to Access Justice ..., generally acknowledged as a catalyst for the renaissance of ADR in civil procedures in UK and many common-law countries. Mediation is one of the most frequently used ADR mechanisms worldwide”.

“Mediation may be the appropriate process when a matter is complex or likely to be length and the parties want to keep the dispute confidential. While this is also true for a number of ADR process, mediation relies particularly on the willingness of the parties to engage in negotiation. When the issue at stake involves more than the parties and commercial considerations are important, mediation can provide a solution. Mediation also allows extra-legal aspects to play a role in resolving the dispute, so, for example, when an apology, concession, or explanation from one party could further resolution or when otherwise flexible options beyond the reach of a judgment to need to be explored.

Mediation is counter-indicated where there is no ability to negotiate or the conflict has escalated too much. (The latter, however, is a point that easily can be misjudged.) When mediator has failed previously, or there is an impending lapse of limitation from a formal legal perspective, mediation will not move a case further to resolution. In jurisdictions where mediation is part of the procedural code, the applicable law will set out referral criteria for eligibility for mediation. Among them are the level of contention in dispute, the need for final decision, and whether a matter is of public interest in principle. ... Parties select mediators for their specific qualities and skills based on a particular dispute: whether it is international or domestic, and whether it is related to a particular area/sector such as insolvency, construction, or intellectual property. Mediators are often senior lawyers, trusted members of a given date or community elders. The mediator usually acts as a *facilitator* who helps parties to overcome their differences, guiding them in identifying issues, engaging in joint problem-solving, and exploring creative settlement alternatives. Depending on the nature of the dispute, parties may require the mediator to go beyond this role and act as an *evaluative mediator*, providing factual and even legal evaluation of the case; yet, parties retain full control of the decision to settle and the terms of resolution.”

⁵⁰ Código de Ética do Fórum Nacional de Mediação – FONAME.

provocadas pelo desgaste emocional, subjetivas que acabam dificultando a gestão objetiva do conflito.^{51 52 53 54}

Daí a importância de se necessitar de alguém imparcial e independente, e sem conflitos de interesses, que promova a gestão do conflito, acolhendo as emoções dos mediados, e formulando um calendário de reuniões conjuntas e isoladas (*Caucos*, termo pelo qual tribos norte-americanas designavam encontros individuais), as forma de questionamento, os *brainstorms* (“tempestade de ideias”), a objetivação do processo pela formação de uma agenda de temas, o parafraseamento, os enfoques pacificadores, os resumos e confirmações, as reformulações ou ressignificações, as legitimações, a internalização do protagonismo, as transformações, as conotações positivas e as negativas, as recontextualizações ou reenquadramentos, as equipes reflexivas, as reuniões de *feedback*, os testes de realidade, as pausas técnicas e suspensões, mas sempre atribuindo a decisão às partes protagonistas, assegurando as condições do cumprimento do acordo, dentre outras.⁵⁵

O mediador é impedido de atuar em procedimentos subsequentes à mediação, não podendo revelar a terceiros, ser chamados a testemunhar ou compelidos a revelar fatos, propostas e quaisquer outras relevantes obtidas durante a mediação, não podendo o mediador ser responsabilizado por qualquer

⁵¹ World Bank, *Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011*, p. 22, traz interessante consideração a propósito da *mediação obrigatória*, como Argentina e Itália: “the courts can order mediation. Of course, nobody can force disputing parties to come to a binding resolution. As with ADR, settlements are quintessentially voluntary. In mandatory mediation, a settlement cannot be forced upon the parties. However, the attempt to resolve a dispute amicably can be made a prerequisite to official court proceedings. Mandatory mediation is distinguished from judicial conciliation, in which the competent judge will attempt a negotiated settlement between parties, often in a so-called procedure in chamber, i.e., outside of the public forum. In mediation, however, the judge refuses himself from discussions between the parties. This way, parties do not have to fear that information disclosed in mediation could be used against them, should mediation fail and the dispute need to be adjudicated.

Mandatory mediation is either court-annexed or court-connected: while some jurisdictions leave the choice of mediation to the court, others let the parties choose from a roster of court-approved mediators or private mediators. While countries like Argentina or Brazil require for certain disputes all filings to exhaust the possibility of mediation before the case can be formally admitted in court; other jurisdictions, like those in Taiwan, have tied mediation to a minimum claim value. Mediation can also be made mandatory for certain type of disputes. To moderate the consequences of mortgage defaults, several jurisdictions in the United States require that mediation between banks and homeowners to avoid having foreclosure be automatic. The decision to order parties to mediation can also be left with the judge – who will typically base his decision on specific referral criteria – and can also give him or her the prerogative to order costs for parties that refuses to attempt mediation”.

⁵² Argentina Mediation and Conciliation Law: Law No. 26.589/2010.

⁵³ Italian Mediation Law: Law No. 69/2009 and Legislative Decree 28/2010.

⁵⁴ A mediação e a conciliação se fundam nos princípios da autonomia, competência, confidencialidade, decisão informada, empoderamento, imparcialidade, independência, respeito à lei e à ordem pública, e validação, e cujo procedimento permita o engajamento dos envolvidos, com vistas à pacificação e ao comprometimento com eventual acordo. Para tanto, cabe ao profissional se pautar em atenção à autonomia da vontade, ausência de obrigação de resultado, compreensão, desvinculação da profissão de origem e informação.

⁵⁵ Dispute Board Federation, *Fast Track Mediation Clause*.

das partes e por terceiros, por atos e/ou omissões relacionados com a mediação conduzida de acordo com as normas éticas e acordadas com as partes, podem ser informais ou constituírem-se títulos executivos extrajudiciais, onde devem constar as assinaturas de ambas as partes, e de duas testemunhas, que homologados judicialmente, se convertem em títulos executivos judiciais.⁵⁶

Relevantes autores lembram que a prática da mediação tem enfoques diferentes, ainda que apenas para fins didáticos, de forma que se pode falar em modelo tradicional, referindo-se à escola de Harvard, associado a Bruce Patton, Roger Fisher e William Ury, que põe foco em interesses, e não em posições, separando os problemas das pessoas, e onde se deve buscar primeiro fazer o bolo crescer, para depois reparti-lo entre as partes, permitindo alcançar soluções onde se buscam opções que propiciem ganhos mútuos, onde ambos os lados saem satisfeitos; assim como se fala no modelo transformativo de Robert A. Baruch Bush e Joseph F. Folger ou no modelo circular-narrativo de Sara Cobb e Marinés Suares, voltado para a mediação familiar, o que não quer dizer que um seja melhor do que o outro, que oferecem uma visão diferenciada do conflito, que pode contribuir com a solução, levando sempre as partes a refletir, pois na prática esses modelos se interagem e se complementam.^{57 58 59}

Há ainda a mediação *online*, que emprega os meios de TI, fornecendo um acesso que de outra forma não estaria disponível, em virtude da distância geográfica, ou quando as partes não disponham de poder aquisitivo para um procedimento presencial, ou apenas com presença parcial.

⁵⁶ Arts. 13º a 20º do Regulamento-Modelo de Mediação do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.

⁵⁷ CASTALDI SAMPAIO, Lia Regina; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação?*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 22 a 25.

⁵⁸ International Chamber of Commerce – ICC, ICC Mediation Rules 2014 e ICC Mediation Guidance Notes 2014.

⁵⁹ FOLEGO, Thais. Consórcio de Jirau retira processo contra seguradoras. *Valor Econômico*, São Paulo, 04.out. 2013. p. C12, informa que o Consórcio Energia Sustentável do Brasil, Camargo Corrêa e Enesa, em maio de 2011, em razão de atos de vandalismo no canteiro, sofreu paralisação da construção, além de danos, acionou as seguradora em razão de apólice liderada pela SulAmérica, com participação de Aliança do Brasil (hoje BB Seguridade), Allianz, Itaú, Mapfre e Zurich, e na apólice de resseguro, liderada por Swiss Re, com participação de 20 seguradoras internacionais, e desde o início houve um impasse, com os segurados ingressando o processo na Justiça de São Paulo, pleiteando danos materiais sofridos pelo consórcio, estimados entre R\$ 100 e 400 milhões, provocados pelo atraso da obra, já que o consórcio, em virtude desse atraso, não terá condições de dispor de geração de energia na data prevista, obrigando-se a adquiri-la no mercado livre, usualmente mais caro que o mercado regulado à vista, tendo que arcar com o diferencial, que pode somar mais de R\$ 1 bilhão, enquanto as seguradoras e resseguradoras abriram uma arbitragem em Londres. O acordo consistiu na retirada do processo que estava em tramitação no Brasil, contra o pagamento de R\$ 100 milhões, tendo prosseguimento a arbitragem em Londres, ficando-se com a impressão de que o acordo foi celebrado em virtude de uma mediação.

Há a “*rights-based mediation*”,⁶⁰ abordagem metodológica que pressupõe um papel mais proativo do mediador, para assegurar que o acordo reflita adequadamente a lei e as disposições contratuais vigentes.

Há ainda a Michigan mediation, que, como sugere o nome, é praticada nesse estado norte-americano, em casos civis, quando a solução é de natureza monetária, onde o juiz designado pode prosseguir com o processo. Aqui, o termo mediação é um tanto inadequado, sendo mais propriamente descrito como um processo de avaliação do caso. Depois de concluída a divulgação do caso, as partes podem se reunir com um painel de três advogados imparciais e independentes, que, após uma apresentação de 15 minutos de cada parte, proferem uma avaliação não vinculante do caso.⁶¹

Quanto à exequibilidade e efetividade do acordo, consubstanciado no termo de mediação, uma vez assinado pelas partes e pelo mediador, constitui título executivo extrajudicial, e a pedido de qualquer interessado, se homologado pelo juiz, se converte em título executivo extrajudicial.⁶²

Em termos de ADRs, têm-se ainda:

Adjudication (adjudicação): método no qual o conflito é apresentado a um terceiro imparcial e independente, ou formal ou informalmente, por inspeção no canteiro de obras, onde, em regra, é dada uma decisão em regra vinculante, embora não necessariamente final, com base meramente obrigacional (*non-statutory*)⁶³ ou meramente legal (*statutory*);⁶⁴ ⁶⁵ em realidade, a adjudicação

⁶⁰ CEDR – Centre for Effective Dispute Resolution. Glossary of Terms.

⁶¹ U.S. Department of Transportation – Federal Highway Administration, Contract Administration: The Michigan Experience.

⁶² Resolução nº 125, de 29.11.2010 e Emenda nº 1, de 31.1.2013, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

⁶³ BROWN, David. Understanding Dispute Boards, p. 8, lembra que a adjudicação dos contratos do FIDIC é “contractually binding”.

⁶⁴ CHERN, Cyril. Dispute Boards, p. 40-42, “the development of non-statutory adjudication”.

⁶⁵ World Bank, 2011 Alternative Dispute Resolution Guidelines, p. 17, *Adjudication-based*: “in adjudication-based processes, such as arbitration, expert evaluation, or adjudication, the role of the neutral is to make a decision for the parties after some form of hearing or decision-making process. That decision is binding on the parties either by consent or through force of law. Adjudication-based models such as arbitration and adjudication require enabling legislation to allow for an alternative judicatory forum (other than the courts) and to give effect to the decisions, such as arbitral awards. Adjudication-based processes are most suitable when there is a need for finality with a short timeframe, but the parties have no relationship interest or are otherwise unable or unwilling negotiate. Typically, this dispute is related to legal interpretation of an evidentiary or factual issue, and there has already been a complete investigation or and gathering of evidence. *Recommendation-based*: “in these processes, the neutral makes suggestions to the parties on how the dispute should be resolved. Although the parties are free to reject these recommendations, the neutral’s position and influence can be highly persuasive. Examples of recommendation-based processes are conciliation and early neutral evaluation. As the role of the neutral in providing suggestions is more limited in recommendation and facilitation-based process, there may be less need for a legislative framework, depending on the legal system of the subject country. *Facilitation-based*: Mediation and stakeholder dialogue fall in the category of facilitation-based ADR. In these models, the neutral has no formal role in the substantive decision making on how to resolve the dispute as that responsibility rests with the parties themselves (how to resolve the dispute as that responsibility rests with the parties

aparece no âmbito dos DBs, primeiramente com base meramente obrigacional (*non-statutory*), como arquitetado pelo FIDIC e os MDBs (*multilateral development banks*), e que, depois, ganha base legal (*statutory*), no Reino Unido,⁶⁶ através do Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGRA ou the Construction Act), sendo seguido pela Austrália, Cingapura, Hong Kong, Ilha de Man, Malásia, Nova Zelândia e Tasmânia.⁶⁷

Court settlement process, heads of agreement (negociação de acordo em processo judicial): método híbrido no qual se observa uma combinação de “*early neutral evaluation*” (avaliação neutra) e mediação, como concebido em 2006 pela Technology and Construction Court (TCC), no Reino Unido, para situações em que o mediador tenha percepção de que uma das partes está usando indevidamente a mediação apenas para ganhar tempo, o mediador deverá encerrar o procedimento.⁶⁸

Dispute boards (comitê de solução de controvérsias):⁶⁹ são conselhos, comitês ou juntas de revisão ou de resolução de controvérsias, usualmente compostos de três profissionais experientes da indústria de engenharia e construção, especialistas naquele determinado tipo de obra, versados em contratos de construção e na interpretação dos documentos contratuais, imparciais, independentes e respeitados, que agem objetivamente, em consonância com o contrato trilateral firmado com as partes, e com o contrato entre elas firmado, fornecendo campo neutro para solução de divergências, sendo fluentes no idioma

themselves). The neutral role is to set up the process, merely facilitating the parties communication and decision making. This is also the case with dispute resolution boards, and ombuds processes, although these are of a more dual nature, combining facilitation and adjudication processes.”

⁶⁶ GOULD, Nicholas. The Use of Dispute Boards in Europe – Expectations Concerns, Experiences esclarece que a Institution of Chemical Engineering (“IChemE”), do Reino Unido tem se valido da adjudicação.

⁶⁷ World Bank, 2011 Alternative Dispute Resolution Guidelines, p. 14, assim aborda a *adjudicação*: “adjudication is similar to arbitration in that the neutral makes a binding determination for the parties. Frequently used for industry-specific disputes, for example construction disputes, the main differences are that adjudication proceedings tend to be less formal, have fewer procedural rules, and are designed to deliver quick decisions”

⁶⁸ Designing Buildings Wiki – Alternative Dispute Resolution for Construction.

⁶⁹ World Bank, 2011 Alternative Dispute Resolution Guidelines, p. 16, assim aborda os *Dispute Resolution Boards*: “used infrequently, mainly in the construction sector, dispute resolution boards (DRBs) are panels of impartial professionals formed at the beginning of the project to follow the construction progress, encourage the avoidance of disputes, and assist in their resolution for the duration of the project. DRBs usually consist of three experienced, respected, and independent adjudicators. The term DRB is used to include dispute adjudication boards, dispute review boards and panels, and dispute conciliation boards. While mainly based on adjudicative process, the board may facilitate the parties in negotiating a resolution to their dispute. Decisions by DRBs are not final, but statistics from the Dispute Resolution Board Foundation indicate that 98 percent of the disputes are resolved at the board level. Standing dispute boards, from the outset, routinely provide the benefit of the dispute avoidance, but there are also ad-hoc boards formed only when the disputes arise. Examples of DRBs can currently be found in a wide range of projects, in numerous countries: dams/hydroelectric plants in Brazil, Canada, China, Egypt, Ethiopia, Ghana, Iceland, India, Lesotho, Maldives, Pakistan, and Uganda; airports in Athens and Hong Kong; road plans in Ireland, Kazakhstan, and Romania; rails in The Netherlands; waste treatment in St. Lucia; tunnels in Switzerland and Turkey; and public works in Vietnam”.

contratual, usuais nos contratos de construção civil pesada e naval, fornecimento de equipamentos e serviços sob encomenda, financiamento, seguros e *bonds*.⁷⁰

Dispute review expert (DRE) (especialista revisor de divergências): introduzido pelo Banco Mundial nos DBs, método de solução de divergências calcado na experiência dos Dispute Review Experts (DRE), os Dispute Review Boards passaram a se intitular como Dispute Resolution Boards, objetivando também abarcar os Dispute Adjudication Boards (DAB), de onde resultarão soluções não vinculantes [como *advisory arbitration*, *early neutral evaluation* (ENE), *a expert non-binding evaluation*, *a mediação e o mini-trial*], e há as soluções vinculantes (como *adjudication*, *arbitration*, *expert determination*, *private judge e litigation*).^{71 72}

Early neutral evaluation (ENE) (avaliação neutra): realizada por um ou mais especialista(s) independente(s) em questões técnicas, de fato e de Direito, na aplicação da lei, ou de onde resulte alteração contratual.^{73 74 75 76}

Escalation (“escalação”): método que se opera quando as partes escalam uma divergência às hierarquias superiores de ambas as empresas, às gerências, depois ao Presidente ou ao Presidente do Conselho de Administração, e assim sucessivamente.

Executive tribunal/mini-trial (tribunal sumário): método no qual há um painel composto por alguém neutro, que facilita a comunicação entre as partes, as quais não devem, porém, estar presentes, mas apenas representadas, cada uma por um

⁷⁰ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, Dispute Review Board, p. 180-183.

⁷¹ OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. *Dispute Boards: Procedures and Practices*, p. 140, a propósito do *Dispute Review Expert* esclarece que: “the DRE may be an individual or a board. The terminology here is one used by the World Bank in its procurement procedure relating to FIDIC forms of contract. Specifically, the DRE appear to have little responsibility to undertake a monitoring role which will reduce the conflict relating to issues which have not yet arisen into dispute. Practitioners are however encouraged by the World Bank to take on a greater role and be proactive in conflict reduction. The system is particularly useful where employers and possibly also contractor are unfamiliar with any system of dispute resolution other than arbitration and litigation but have a need to ensure projects are completed within an agreed framework”.

⁷² DOW, James. *Dispute Prevention – The Role of the DB and Other Factors* [The Importance of Being Expert], lembra que “the term Dispute Resolution Expert (DRE) is also used to describe this procedure which seeks a greater interplay between the DRE and the disputing parties in the hope that a speedier, more efficient and less costly end to the dispute can be achieved. In effect the DRE is an attempt to get dispute resolution back to the earlier form of commercial arbitration”.

⁷³ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, p. 176.

⁷⁴ World Bank, 2011 Alternative Dispute Resolution Guidelines, p. 14-15, assim caracteriza *Early Neutral Evaluation*: “early neutral evaluation is a primary assessment of facts, evidence, or legal merits where parties agree on the nature and impact of the issue and would like to see them evaluated. In the case of documents this can be done without requiring the presence of the parties. Due to its specific technical nature, it is rather infrequently used. This process is designed to serve as a basis for further and fuller negotiations, or at the very last, to help parties avoid further unnecessary stages in litigation. The parties appoint an independent person, often a senior lawyer or retired judge, who expresses an opinion on the merits of the issues specified by the parties. Although the opinion is non-binding, it proves an unbiased evaluation of the relative positions and guidance as to likely outcome should the case be heard in court”.

⁷⁵ American Arbitration Association – AAA, *Early Neutral Evaluation – ENE*.

⁷⁶ Centre for Effective Dispute Resolution – CEDR. *Early Neutral Evaluation*.

gerente não diretamente envolvido na disputa, mas dotado de poderes bastantes para validamente vinculá-las. Cada parte apresenta seu posicionamento a esse painel de maneira concisa e resumida, e, em seguida, o painel escolhe a solução mais aceitável ou fornece opinião sobre a posição de cada uma, em princípio sendo dotado de efeito vinculante.^{77 78 79}

Expert certification/determination/instruction, opinion/valuation (certificação/determinação/opinião/valoração por especialista): método de solução de divergências onde o *expert* investiga e fornece um relatório, vinculante ou não, como estabelecem as partes, e que na ausência de um acordo, pode ser utilizado como prova em um futuro procedimento, mas que pode sofrer impugnação pela outra parte, em virtude de circunstâncias, como fraude e não observância das instruções fornecidas pelas partes.^{80 81 82 83 84} Assim, por exemplo, as partes podem se valer de uma *expert determination*, de acordo com o item 5.2 das regras do contato da Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) (instituição arbitral germânica) para sanar uma divergência, através de advogado especialista em arbitragem para ser Presidente de painel ou como árbitro único.

Facilitation (facilitação): método utilizado para designar alguém com conhecimento e experiência em dinâmica de grupos, metas comuns e procedimentos com a função primária de dar suporte a decisões, trazer soluções novas, resolver divergências, e que tenha bom conhecimento do tema tratado.⁸⁵

Facilitated negotiation (negociação facilitada): procedimento que tem por propósito auxiliar as partes numa negociação progressiva, que se efetiva através de uma análise do mérito da causa, onde o facilitador assiste as partes, sem, entretanto, fornecer opinião, sendo um método adequado para a solução multipartes, onde seja difícil negociar e coordenar opiniões distintas sem apoio do facilitador.⁸⁶

⁷⁷ CHERN, Cyril. Dispute Boards. p. 08.

⁷⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, p. 179.

⁷⁹ ICC Guide to ICC ADR 2001.

⁸⁰ World Bank, 2011 Alternative Dispute Resolution Guidelines, p. 14, anota a seguinte definição para *expert determination*: "rarely used, expert determination relies solely on evidence by a technical expert. It involves a process in which an independent third party, acting as an expert, rather than a judge or arbitrator, is appointed to decide the dispute. There is no right of appeal and the expert determination is final and binding on the parties. Expert determination is particular suite to disputes of valuation or those of a purely technical nature across a range of sectors".

⁸¹ CHERN, Cyril. Dispute Boards, p. 07.

⁸² GOULD, Nicholas. The Use of Dispute Boards in Europe – Expectations Concerns, Experiences, esclarece que a Institution of Chemical Engineering ("IChemE"), do Reino Unido, também se vale de *expert determination*.

⁸³ Chartered Institute of Arbitrators – CI Arb, Independent Expert Determination.

⁸⁴ Centre for Effective Dispute Resolution – CEDR. Expert Determination Guidance Notes.

⁸⁵ ADR Resources, Facilitation.

⁸⁶ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, p. 177.

Judicial appraisal/private judging/rent-a-judge (juiz privado/alocado para aquele caso): procedimento pelo qual as partes elegem um terceiro especialista, que substitui o juiz estatal a pedido das partes em um determinado processo, por exemplo, um juiz aposentado ou um advogado de reputação, no qual as partes confiam e para o qual são transferidos os poderes do juiz, de modo limitado àquela demanda, que pode, então, determinar produção de provas, designar audiências, ordenar a condução forçada de testemunhas, e praticando os atos que caberiam ao juiz estatal.⁸⁷ (Avaliação judicial): procedimento no qual as partes apresentam suas posições a um juiz, que fornece uma avaliação, que pode ou não ser vinculante, com base na qual as partes irão ou não estabelecer um contencioso judicial (*litigation*).⁸⁸

Judicial mini-trial (julgamento judicial sumário): que é o procedimento híbrido que ocorre no juízo estatal, quando um litígio está em curso, ante um terceiro neutro e imparcial que propõe um *mini-trial*, e se as partes o aceitam, segue-se uma apresentação sumária de suas posições a esse terceiro, que sugere uma decisão não vinculante, sendo que em qualquer caso permanecerá confidencial. Caso as partes aceitem o acordo, o caso está resolvido, e caso não, tem prosseguimento o processo ante o juiz estatal do processo, que deve ser distinto do terceiro neutro e imparcial.⁸⁹

Neutral fact finding (investigação neutra dos fatos): método similar à expert determination, no qual há um painel de advogados, que atuam imparcial e independentemente, em geral, em contratados por órgãos públicos e grandes organizações, para esclarecer fatos e oferecer respostas claras, já que nas controvérsias costumam existir divergências que dificultam a obtenção de consenso, mas específico àquela questão, em regra não sendo vinculante.⁹⁰

Non-binding expert appraisal (avaliação pericial não vinculante): procedimento pelo qual é solicitada uma avaliação de méritos a um terceiro neutro para solução de divergência, na qual as partes têm especial dificuldade de comunicação e podem acabar se “entrincheirando” em suas posições, com vista a avaliar pontos fortes e fracos de suas posições, e que é usualmente seguida de negociação direta ou facilitada.⁹¹

Ombudsman (ouvidor): profissional contratado por instituição que tem a função de receber críticas, sugestões, denúncias, reclamações, e que deve agir imparcialmente, e que historicamente provém de um cargo na Suécia criado

⁸⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas Escalonadas, p. 118.

⁸⁸ CHERN, Cyril. Dispute Boards. p. 07.

⁸⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas Escalonadas, p. 121.

⁹⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. op. cit., p. 122-3.

⁹¹ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, p. 178.

em 1809, para atuar como agente parlamentar de justiça, inclusive limitando os poderes do rei.^{92 93}

Perícias (expertises): método de natureza técnica, jurídica e financeira. A *expertise* técnica aproxima-se do *referee* e demanda regulamentação adequada, onde a solução incumbe a um perito/*expert*. Há o ICC International Centre of Expertise, que se pauta pela ICC Rules of Expertise (2003), e que inclusive contém sugestão de modelo de cláusulas *standards* para inclusão no contrato, assim como o Instituto de Engenharia dispõe do Corpo de Especialistas e Técnicos.^{94 95}

^{96 97 98 99}

Review of technical disputes by independent experts [revisão de divergências técnicas por especialista(s) independente(s)]: método no qual as partes atribuem a um especialista imparcial e independente que avalie, por exemplo, se os trabalhos executados observaram as especificações técnicas e contratuais, para discutir e aprovar um projeto alternativo, ou para fornecer valoração de uma variação, etc.¹⁰⁰

⁹² World Bank, Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011, p. 16, faz a seguinte consideração sobre os *Ombuds Processes*: “frequently used within organizations in the public sector (national as well as supra-national), and in the industry for internal complaints from employees or citizens. Although each ombuds regime operates under slight different rules, in general an ombudsperson does not consider a complaint unless the organization, business, or professional standards body concerned has first been given a reasonable opportunity to deal with it. If the ombudsperson decides to conduct a formal investigation, a written report will be issued that cites the evidence considered and offers proposal for resolving the dispute. If a complaint is upheld, the ombudsperson will expect the subject organization to provide a suitable remedy. Often mediation is offered as part of the resolution process. Ombuds services are usually focused around a particular industry, sector, organization, or type of dispute”.

⁹³ British and Irish Ombudsman Association.

⁹⁴ Instituto de Engenharia – IE. Corpo de Especialistas e Técnicos.

⁹⁵ HOHNS, H. Murray. Preventing and Solving Construction Contracts Disputes. New York: Van Nostrand Reinhold, 1979, p. 108, a propósito do perito/*expert*, anota: “it is the rare construction dispute which does not involve at least one expert witness on each side. The purpose of an expert is to give opinionative testimony which will assist the trier of facts to understand the evidence or to determine a fact at issue. ... The location of good experts is somewhat similar to that for counsel”.

⁹⁶ ICC – International Chamber of Commerce. ICC Expertise Rules 2003.

⁹⁷ BLACK’S Law Dictionary. cit., p. 578, assim conceitua *Expert*: “One who is knowledge in specialized field, that knowledge being obtained from either education or personal experience. ... One who by reason of education or special experience has knowledge respecting a subject matter about which persons having no particular training are incapable of forming an accurate opinion or making a correct deduction ... One who by habits of life and business has peculiar skill in forming opinion on subject in dispute.”

⁹⁸ BLACK’S Law Dictionary. cit., p. 578, assim qualifica *Expert testimony*: “Opinion evidence of some person who possesses special skill or knowledge in some science, profession or business which is not common to the average man and which is possessed by the expert by reason of his special study or experience. ... Testimony given in relation to some scientific, technical or professional matter by experts, i. e., persons qualified to speak authoritatively by reason of their special training, skill, or familiarity with the subject. Evidence of persons who are skilled in some art, science, profession, or business, which skill or knowledge is not common to their fellow men, and which has come to such experts by reason of special study and experience in such art, science, profession or business. If scientific, technology, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise”.

⁹⁹ ICC Rules of Expertise 2003.

¹⁰⁰ DRS Panel of Experts.

Senior executive appraisal (avaliação por executivo sênior): similar ao mini-trial, porém menos adversarial, conduzida por um facilitador da comunicação entre as partes. Adota abordagem orientada para o consenso, funda-se na apresentação de petição das partes contendo suas posições, seguidas de resposta e negociação com suporte do facilitador, com vista a uma composição amigável.¹⁰¹

Stakeholder dialogue (diálogo com pessoas e/ou grupos interessados): negociação assistida no intuito de gerenciar legítimos interesses de terceiros no âmbito daquele projeto de engenharia, em especial daqueles que possam oferecer resistência ao regular andamento do projeto.¹⁰²

Summary jury trial (juízo expedito sumário): procedimento desenvolvido a partir do mini-trial, consistente na exposição do caso por advogados a um júri simulado, sem poderes, e cujo veredicto não é vinculante, mas que ajuda as partes a melhor entender seu caso e encoraja ao acordo.¹⁰³

Shuttle diplomacy (diplomacia a jato): foi a denominação dada, na diplomacia internacional, ao procedimento de intervenção de um terceiro, no caso do Secretário de Estado norte-americano, Henry Kissinger, em 1973, para cessação das hostilidades que se seguiram à guerra do Yom Kippur, sem que houvesse um processo de negociações direta entre as partes, demandando, assim, a forma indireta, de sucessivas viagens para que progredissem as negociações. E, recentemente, em 2011, por ocasião da negociação envolvendo a troca de prisioneiros entre Israel e o Hamas, surgiu uma forma similar, o *proximity talks* (negociações próximas), onde as negociações foram feitas estando ambas as partes em um único local, no caso, a cidade do Cairo, mas onde igualmente não havia contatos diretos entre as partes, dependendo igualmente de um emissário.

Utility regulators (reguladores de serviços públicos): método em que os reguladores fiscalizam a qualidade dos serviços delegados a particulares, pelo gerenciamento das reclamações dos usuários.¹⁰⁴

Parcerias

Alliances (alianças): integra a categoria das parcerias, que não são propriamente ADRs, mas formas não adversariais de atuar negocialmente, de

¹⁰¹ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, p. 179.

¹⁰² World Bank, Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011, p. 15, assim pontua o *stakeholders dialogue*: “this process could be considered a subset of mediation, in that it is a facilitated process of decision making and view seeking. ... Frequently used in disputes with large number of interested parties, its distinguishing factors are: (i) the views of a number of different parties (stakeholders) are sought; (ii) it often occurs when large-scale infrastructure are planned, to help minimize the number of disputes; and (iii) it is also in the areas of corporate social responsibility and environmental protection”.

¹⁰³ New York State Unified Court System. Rules and Procedures, Summary Jury Trial.

¹⁰⁴ Designing Buildings Wiki – Alternative Dispute Resolution for Construction.

caráter transitório, que aparecem a partir das provocações contidas no Latham Report, de Sir Michael Latham, de 1994, no Reino Unido, limitadas caso a caso, por constituírem uma opção de *public procurement*, consubstanciando um método de *dispute avoidance*, no qual as partes, Estado ou empresa por ele controlada e um particular, assumem uma abordagem de cooperação, mútua confiança, eficácia e trabalho de equipe, ao invés de se lançarem na tradicional guerra de *claims* e *counter-claims*, que, historicamente, sempre dominou os contratos de construção, concentrando-se em administrá-lo conjunta e eficazmente, otimizando os resultados do contrato que, depois, são partilhados entre as partes e seus colaboradores.

Parcerias público-privadas (public-private partnerships [PPPs]): método de solução que também se verificam caso a caso, uma vez que constituem uma opção de *public procurement*, que objetivam suprir conhecidas deficiências da área estatal, como recursos financeiros, e que por isso emergiram como um modelo viável, repartindo riscos¹⁰⁵ e resultados do empreendimento.¹⁰⁶

Partnerings (parcerias estratégicas): método de *dispute avoidance* pelo qual as partes assumem uma abordagem estratégica de cooperação, de mútua confiança, de eficácia e de trabalho de equipe, ao invés de se lançarem na tradicional guerra de *claims* e *counter-claims* que domina os contratos de construção. Concentram-se em administrá-lo adequada e conjuntamente, otimizando os resultados do contrato, que, depois, são partilhados entre as partes e seus colaboradores. Nessa modalidade, tudo deve ser resolvido no âmbito do projeto, de modo que escalar a solução de um problema para quem está fora do projeto é a última

¹⁰⁵ COELHO, Christianne C. S. Reinisch; DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz; GOMES, Luis Alberto; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turnkey*. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 42, entendem que entender os riscos e montar estratégias é necessário para levar a bom termo um empreendimento. Alguns riscos podem ser antecipados, outros são difíceis de prever, mas aparecem em ocasiões bem definidas, como em fases iniciais dos empreendimentos (construção de túneis, explosões etc.), conclusão de obras (atrasos, dados garantidos, mas não atingidos etc.) e operação dos empreendimentos (previsões iniciais de demanda muito otimistas, preços mínimos de venda muito menores etc.), entre outros. Uma característica dos grandes projetos de engenharia é o fato de apresentarem riscos. Exemplos de riscos incluem, dentre outras, incertezas sobre o funcionamento da tecnologia proposta como planejado, se o consórcio de fornecedores conseguirá executar o empreendimento, se os custos serão superiores aos estimados, se as condições naturais encontradas na obra são diferentes das esperadas, se a demanda prevista não é a desejada, se as exigências do órgão regulador mudam no período mudaram no período de construção do projeto, mudanças nas legislações ambientais e trabalhistas etc.

¹⁰⁶ STOCKER, Albert. Dispute Resolution – The Financial Institutions' Point of View, lembra que os DBs são plenamente aplicáveis aos projetos com PPPs, e recomenda ao DRBF: "DRBF could consider promoting more actively the inclusion of DRB in complex projects".

possibilidade a ser cogitada. As *partnering* têm aplicabilidade em uso conjunto com os *Dispute Boards*.^{107 108 109 110}

Private financial investment (PFIs, financiamento pela iniciativa privada): primeira forma de parceria, implementada em 1992, tornando-se popular a partir de 1997, e que objetiva financiar a construção e operação de projetos na área pública, como, por exemplo, escolas, hospitais, prisões e investimentos na área da infraestrutura.

Como se nota, dos três métodos de solução de divergências inicialmente existentes (conciliação, mediação e arbitragem), hoje somam mais de 30 métodos existentes e em uso. O horizonte das ADRs se ampliou significativamente nos últimos tempos, e o crescimento de novos métodos, em sua ampla maioria, de índole não adversarial, funda-se na persuasão, na colaboração e cooperação entre as partes, o que ainda pode se ampliar mais com a combinação das técnicas desses métodos, ou ainda das ADRs *on-line*, sem esquecer os procedimentos híbridos.¹¹¹

Nos contratos do FIDIC, por exemplo, podemos encontrar três desses métodos: (i) no primeiro nível, durante a execução das obras, a função de prevenção e solução de conflitos é exercida pelos *dispute boards*, (ii) no segundo nível, há uma prazo no qual é usual a mediação, que em geral constitui condição precedente para ingresso no terceiro nível; e, se as divergências não forem

¹⁰⁷ Partnering Fact Sheet – Constructing Excellence.

¹⁰⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, p. 177.

¹⁰⁹ BOWER, Denise; SKOUNTZOS, Fotis. Partnering, Benchmarking and Incentive Contracts. In: TURNER, J. Rodney. *Contracting for Project Management*. p. 81-104.

¹¹⁰ DETTMAN, Kurt L. Optimizing the Use of Partnering and DRBs on Projects, Can Partnering and DRBs Co-exist on a Project? *DRBF Forum*, Volume 17, Issue 1 March 2013, p. 9, a respeito do *uso conjunto de DRBs e partnering*, esclarece o seguinte: “Partnering and DRBs can Co-exist as long as the parties understand and accept the differing, but often complementary, roles of partnering and DRBs. For example, partnering can be used effectively to set up collaborative and successful management teams (and manage day-to-day project management issues as they come up). DRBs can be used to address potential disputes in the Board’s regular meetings and/or through the advisory opinion process, and, of course, be available for authoritative third part opinions on claims if that is what is needed to assist the parties in resolving disputes throughout further negotiation”.

¹¹¹ World Bank, Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011, p. 16-17, faz a seguinte menção a propósito dos *mechanisms hybrids*: “mediation-arbitration/adjudication process (called ‘med-arb/adj’ among practitioners), combine mediation with arbitration or adjudication, while ‘con-arb’ processes combine conciliation and arbitration. Typically, the neutral begins by attempting to assist the parties in resolving their disputes by mutual agreement. If this is unsuccessful, the neutral makes a bind determination. Such hybrid models incorporate two different holes for the neutral. In complex disputes with different technical issues relating to law and facts, it is possible to divide the dispute so that, for example, certain aspects are dealt with by mediation and others by arbitration or litigation. A possible downside is the diminished chance for negotiation some hybrids carry. Even where different persons act as neutral in non-binding and binding parts of the process, parties will be more hesitant to offer concessions as their risk being bound by the disclosed threshold of negotiation in an ensuring binding decision. This makes the process more suitable for disputes with little factual contention”.

todas sanadas, então, (iii) tem lugar a arbitragem,¹¹² de modo que os escritórios de advocacia, para disporem de resposta adequada às necessidades de seus Clientes da construção, devem ter especialistas ao menos nesses três métodos.

2 *Dispute Boards*

Agora pondo foco nos *Dispute Boards*, como vimos, são conselhos, comitês ou juntas, usualmente compostos de um, três ou mais¹¹³ profissionais experientes da indústria de construção, especialistas naquele tipo de obra, versados em contratos de construção e na interpretação dos documentos contratuais, fluentes no idioma contratual, habilitados a atuar com métodos consensuais de solução de conflitos, imparciais, independentes e respeitados, que atuem objetivamente, nos quais as partes tenham respeito e confiança, em consonância com o contrato trilateral e com os contratos de construção firmados, fornecendo campo neutro para solução de divergências, escolhidos por mútuo acordo entre as partes, que podem estar vinculados a uma instituição especializada e a seu regulamento, que também pode indicar os membros dos DBs para atuar no caso, ou estar vinculados a uma instituição especializada e a seu regulamento, que também pode indicar os membros dos DBs para atuar no caso ou o DB pode atuar autonomamente (*ad hoc*).¹¹⁴

Os DBs têm natureza não adversarial e proativa, possibilitando perfeito controle do procedimento informal pelas partes, tendo por missão principal *prevenir* o surgimento de conflitos entre as partes,¹¹⁵ e resolvendo-os quando aparecem, sendo o único dos ADRs que é constituído e fica operacional antes que haja qualquer controvérsia entre as partes,¹¹⁶ ou quando elas ainda estão numa fase embrionária e têm grandes chances de serem resolvidas pelo diálogo. Evitam, assim, que as questões incidentes resvalém para o conflito, constituindo o método mais efetivo na solução de conflitos da indústria construção. Consequentemente,

¹¹² No exterior, é frequente o uso da adjudicação no terceiro nível, como se dá no Reino Unido, através do Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 ("HGCR").

¹¹³ Embora, em princípio, os DBs sejam compostos de três membros, o item 2.11.3.1 do User Guide, ao tratar da implementação de DBs, explicita a possibilidade de, em projetos de grande dimensão e complexidade, existir um "Five Member DRB", para abrigar um maior contingente de especialidades da engenharia.

¹¹⁴ DBF – Dispute Board Federation, Ad hoc Dispute Board Rules.

¹¹⁵ LANCARANJAN, Marius. Dispute Boards and Disputes Prevention, assim sumariza as vantagens do procedimento dos DBs: "flexible to suit the requirements of the dispute, allow parties to control the procedure, provide the parties with an opportunity to clarify/understand, provides the support of a neutral third party to facilitate the resolution of the dispute, provide a support for management decisions, help to maintain working relationships, reduce duration and costs, and remain confidential to the extent agreed by the parties".

¹¹⁶ JAYNES, Gordon. Dispute Avoidance: What Does the DB Process Offer.

os contratos trilaterais^{117 118} entre os membros do DB, o dono da obra e o contratado principal devem ser firmados concomitantemente com o contrato de construção, de sorte que o DB possa acompanhar a execução desse contrato, desde o início até o fim (que é o que se passou a designar de “standing DB” ou “full-term DB”, em contraposição aos *ad hoc*).^{119 120}

Nesse contexto, interessa salientar que constituem instrumentos de prevenção de disputas: (i) preparar adequadamente o *procurement* do contrato, (ii) utilizar contratos balanceados (iii) em conjunto com contratos de cooperação (*alliances* e *partnerings*), (iv) conhecer, interpretar e aplicar assertivamente as normas previstas nesse contrato, (v) ter uma boa equipe gerindo o contrato, (vi) manter boa comunicação no canteiro de obras, (vii) ter um bom Dispute Board operando ao longo de todo o prazo do contrato (“*standing DB*” ou “*full-term DB*”).^{121 122}

Assim, o DB conhecerá o contrato, o cronograma físico-financeiro, o caminho crítico, os projetos, os planos, as plantas, as especificações contratuais, estará familiarizado com os participantes do projeto, será abastecido com os relatórios gerenciais atualizados sobre o progresso da obra, cronograma físico-financeiro

¹¹⁷ GOULD, Nicholas. Dispute Boards from a Practical Perspective: Dispute Board Costs, item 2, lembra que nos contratos trilaterais, é usual que o dono da obra e o contratado principal sejam conjunta e solidariamente responsáveis ante os membros do DB.

¹¹⁸ DETTMAN, Kurt; MIERS, Christopher. Dispute Review Boards and Dispute Adjudication Boards: Comparison and Commentary, lembram o seguinte: “indeed, the FIDIC tri-partite agreement provides for severe financial sanctions for a DAB member who fails to act in accordance with the terms of the agreement”.

¹¹⁹ BOLCLY, Jean-François. The Different Types of Dispute Boards, enfatiza: “the standard documentation strongly recommends that the parties set up the DB from the very beginning of the project, even if, at this early stage, there is no disagreement or dispute, in order for the DB to become familiar with the project right from the outset, follow its performance step by step and be immediately operational in case a dispute arises. As soon as DB is set up, the parties must provide the DB with regular information. In particular, the parties must communicate to the DB the essential part of their correspondence, the progress reports issued and the minutes of meetings. They must facilitate periodical site visits by the members of DB. Finally, the parties must inform the DB as soon as possible of any current or potential disagreement”.

¹²⁰ BROWN, David. Understanding Dispute Boards, p. 2, Dispute Prevention.

¹²¹ OPREA, Alinea. Dispute Prevention.

¹²² BERCHI, Boiana. The role of balanced contracts in Preventing Disputes, a propósito dos contratos balanceados, lembra o seguinte: “the contracting parties have presumably the best knowledge of their interest and equity: so they are best placed to organise the balance of their contract. Balance must exist in the moment of the conclusion of the contract *and* during all of the period of performance. Balance is distinctive only for a mutually binding and commutative contract. If there is an obvious imbalance between the performances of the parties, it is clear that one party is going to suffer a prejudice. If the disproportion is valuable in money and exists at the moment of concluding the contract, this may be a cause of injury of contract. If there was a balance in the contract at the conclusion, *but* during the performance there are changes due to some economic or unpredictable circumstances, this leads to: *unpredictability theory*; Injury will encourage rebalancing of the contract, as it may lead to the re-negotiation of the contract. Each contracting party is motivated to conclude the contract because he expects a result which achieves his interests. But what is a party's interest? Defining the interest – the object of the contract – for each contracting party is not an easy task. In a mutually binding contract, the interest consists of rights and obligations for the parties. In these contracts, the parties are dependent each other to achieve their individual interest. Opposition between the interest of contracting parties was considered as the best guarantee that their respective obligations are assumed on the basis of *respect of a balanced which responds to each party's interest*”.

atualizado, atas de reunião, anotações no livro diário de obras, correspondências e outros documentos relevantes, reunir-se-á periodicamente (a cada trimestre ou bimestre, ou mensalmente nos grandes projetos), sempre antes que elas assumam posições adversariais, evitando-se, assim, conflitos desnecessários, mais do que meramente os resolvendo por provocação das partes.¹²³

Tudo isso em *real time* (tempo real), concomitantemente com o desenvolvimento da construção, e antes de quaisquer conflitos entre as partes, e não anos depois, e sendo fruto da avaliação de especialistas em construção, tem maiores chances de ser mais adequado, assertivo e tempestivo, e, portanto, mais justo, além de menos custoso.¹²⁴

Além disso, as tratativas e negociações são confidenciais, e o DB pode fornecer recomendações não vinculantes (como é a regra nos Estados Unidos, onde nascem os DBs), que as partes podem livremente aceitar ou rejeitar, mas que, em regra, servem de base para negociação direta de uma solução, bem como decisões vinculantes (como é a regra no resto do mundo),¹²⁵ fundadas em fatos, na lei e no contrato, passíveis de serem aceitas em uma futura arbitragem ou processo judicial.¹²⁶

Já os Dispute Adjudication Boards (doravante DAB), aparecem em 1995, fora do contexto dos Estados Unidos, contemporaneamente com as publicações do FIDIC fazendo expressa opção pela arbitragem institucional, na International Chamber of Commerce (ICC), de Paris, cabendo lembrar que a adjudicação pode ter base meramente contratual (*non-statutory*)¹²⁷ ou legal (*statutory*), tendo DABs

¹²³ TISAKA, Maçahico. Como evitar prejuízos em obras de construção civil: *Construction Claim*, p. 85, como explicita o autor, “trata-se de um instrumento de grande utilidade para contratantes e contratadas para evitar que mais tarde venha a ter conflitos que possam gerar complicados e penosos pleitos na justiça comum ou no tribunal arbitral. Um conselho de opinião como o DRB é composto por três profissionais experientes, respeitados e imparciais, que intervêm em todos os casos em que há uma disputa sobre a base de determinados fatos, faz recomendação de soluções e alternativas dentro das competências próprias do conselho e ajuda a evitar conflitos entre as partes antes que eles ocorram. Pode fazer vistorias aos locais da obra e realizar contatos diretamente com os profissionais envolvidos. Essa tendência de ‘ação preventiva’ vem sendo adotada em todo o mundo, poupando tempo, custos do projeto e honorários advocatícios”.

¹²⁴ CLARK, Wayne. *Effective Use of Dispute Boards in Construction Contracts*.

¹²⁵ GRIFFITHS, Derek. *The Merits of DRBs over DABs Revisited*. Publicado no August 2011 *DRBF Forum*, Volume 15, Issue 1, p. 5, faz a seguinte menção sobre a natureza dos DRBs, “it is reasonable to infer that the reason for the wide gulf in growth has something to do with the mediatory nature of DRBs, compared with the adjudicatory, or judgmental, nature of DABs,” para, mais adiante, concluir: “on the other hand, as its faction is limited to making recommendations (with the added advantage of having some foreknowledge of the project), the DRB procedure is mediatory in nature”.

¹²⁶ HÖK, Götz-Sebastian. *Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method?* August 2011 *DRBF Forum*, Volume 15, Issue 3.

¹²⁷ CHARRETT, Donald. *Adjudication and Dispute Review Boards – the Next Wave in ADR*, informa como a adjudicação contratual tem sido conduzida na Austrália: “although statutory adjudication in Australia is confined to a certain class of payment disputes, the benefits of adjudication of other types of disputes arising out of or in connection with a construction contract can be achieved by contractual means. Contractual adjudication is a method of ADR in which the parties agree in the contract (or in a separate contract) for an independent Adjudicator to resolve a dispute by providing a provisionally binding determination of

se originado com natureza meramente convencional. Nesse mesmo ano, o Banco Mundial edita *Standard Bidding Documents for Procurement of Works*, na Section XIII Dispute Settlement Procedure, com previsão de duas versões, Dispute Review Experts (DRE) e Dispute Review Boards (DRB), conforme o valor do contrato.¹²⁸

Kurt Dettman e Christopher Miers lembram que os DABs têm extrema aplicabilidade, por exemplo, em projetos internacionais, na hipótese de licitantes estrangeiros que abordem aquele mercado como um mercado de oportunidade, em caráter meramente transitório, onde possivelmente inexisterão outras contratações que se renovem de tempos em tempos a lastrear as relações, gerando oportunidade para que o licitante estrangeiro possa se sentir tentado a sumariamente desconsiderar recomendações de um DRB, caso elas não sejam vinculantes.¹²⁹ Neste ponto, é conveniente lembrar que houve uma ampla cooperação entre o FIDIC e os MDBs (*multilateral development banks*, dentre os quais o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID), já que estes costumam utilizar os “*books do FIDIC*” na conformação dos seus editais de licitação para construção de projetos de engenharia, inicialmente o Red Book, e a partir de 2010, o Pink Book – Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer MDB Harmonised Edition.

Quanto à adjudicação legal (*statutory*), somente em 1996, em virtude das recomendações do Lathan Report de 1994,¹³⁰ é que ela passa a existir na

the parties' contractual rights, following an impartial assessment of the parties' submissions and other evidence. Care needs to be exercised in proper drafting of the adjudication provisions to avoid prohibited “contracting out” of any applicable Security of Payment legislation. The above definition of contractual adjudication suggests that the process is essentially that of expert determination, carried out within a strictly limited time period. The efficacy and acceptance of this process is based on the stature and competence of the Adjudicator; the parties will be more likely to accept the Adjudicator's determination if they have been party to his/her selection on the basis of the skills and experience necessary for resolution of the particular issue or dispute”.

¹²⁸ Outra norma usual em mediações, arbitragem e outros ADR Services é a London Court of International Arbitration – LCIA.

¹²⁹ DETTMAN, Kurt; MIERS, Christopher. Dispute Review Board and Dispute Adjudication Boards: Comparison and Commentary. November 2007 *DRBF Forum*, Volume 11, Issue 4, assim explicita o *adjudication process*: “adjudications are a statutory process adopted in the United Kingdom by the Housing Grants Constructions and Regeneration Act 1966 for obtaining a low cost, a rapid decision in construction disputes. The use of adjudication has become well-established in UK construction industry since the act was implemented in May 1998 and similar processes have now been introduced in other jurisdictions such as New Zealand and parts of Australia.” E, mais adiante eles detalham: Within the UK adjudication process, the adjudicator can be a single person selected by agreement between the parties before the start of the project, although more commonly he is selected after the dispute occurs by a ‘nominating body’ which typically will be one of the main professional institutions. The typical adjudicator is either an experienced construction professional with some legal training or a lawyer with construction expertise” publicado no *DRBF Forum* May 2012, p. 15-16.

¹³⁰ Síntese das principais conclusões do *Latham Report*: (i) the government should commit itself to being a best practice client; (ii) the private sector should get together to establish a construction clients forum; (iii) the Construction Industry Council (CII) should issue a guide to briefing for clients; (iv) the Department for Environment, Food and Rural Affairs DoE should publish a simply worded construction strategy code of practice; (v) a checklist of design responsibilities should be prepared; (vi) the use of coordinated project information should be a contractual requirement; (vii) the responsibilities for building services design

construção, quando o Reino Unido edita o Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGCRA), promulgado para implementar uma nova diretriz nos contratos de construção, no intuito de reduzir custos transacionais.¹³¹ Assim, a adjudicação no Reino Unido constitui uma opção das partes, de levar sua reivindicação a um adjudicador, que já era utilizado no setor de seguros, para a emissão de uma decisão no prazo de 28 dias do registro do pleito (a não ser que as partes ajustem prazo distinto), em caráter final e vinculante,^{132 133} tendo sido seguido pela Austrália, Cingapura, Malásia, Nova Zelândia e Tasmânia.

Também em 1996, surge a Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), em Seattle, nos Estados Unidos, em 2000 é a American Arbitration Association (AAA) que lança Dispute Resolution Board (DRB), em 2004 é a vez da International Chamber of Commerce (ICC) lançar as Dispute Board Rules, em 2005 é a vez de a Institution of Civil Engineers (ICE), do Reino Unido, lançar o Dispute Resolution Board Procedure, em 2009 é criada a Dispute Board Federation (DBF), na Suíça. Em 2012, dá-se o lançamento dos DBs na Ásia, pela Japan International Cooperation Agency (JICA), em 2013, o Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb) põe em visitaç o pública a Dispute Board Rule, que tenciona publicar proximamente, e em 7 e 8 de

should be clearly defined; (viii) a set of basic principles is required on which modern contract should be based; (ix) a complete family of interlocking contractual documents is required; (x) a target should be set for 33% of government funded projects starting over the next four years to use the New Engineering Contract, which will exist from 2006, the "NEC3"; (xi) the role and duties of project managers requires to be more clearly defined; (xii) the Department for Environment, Food and Rural Affairs – DoE should develop quality registers of approved contractors, sub-contractors and consultants; (xiii) guidance should be issued on rationalising tender list arrangements and on partnering; (xiv) the specific efforts of BS5750 (the International Organization for Standardization ISO 9000) in the construction process requires further investigation; and (xv) adjudication should be the normal form of dispute resolution.

¹³¹ DETTMAN, Kurt; MIERS, Christopher. The Use of "Adjudication DRBs" Where Parties Are Subject to Adjudication or Arbitration Processes. November 2007 *DRBF Forum*, Volume 11, Issue 4, assim explicita o "adjudication process: "The adjudication process is available as an option for a party (usually the contractor) with a construction dispute to bring its claim to an 'adjudicator' for a decision to be issued within 28 days after filing the claim. The parties are bound by that decision unless/until it is overturned by a latter process of litigation or arbitration. In the vast majority of disputes, the parties accept the adjudicator's decision and do not pursue a latter court or arbitral appeal, so the adjudication process results in what is tantamount to a binding decision. Adjudicator's decisions have also met with full support from the judiciary in enforcement actions, and as such parties have very little scope for non-payment of any award made by the adjudicator."

¹³² BLACK'S Law Dictionary, cit., p. 42, *Adjudication*: "the legal process of resolving a dispute. The formal giving or pronouncing a judgment or a decree in a court procedure; also the judgment or decision given. The entering of a decree by a court in respect to the parties in a case. Samuel Goldwyn, Inc. v. United Artists Corporation, C.C.A.Del., 113 F.2d 703, 706. It implies a hearing by a court, after notice, of legal evidence on the factual issue(s) involved. ... The equivalent of a 'determination."

¹³³ RAJOO, Sandra. Dispute Boards in Malaysia – Recent Changes in the Dispute Resolution Framework, p. 15-20, *DRBF Forum* de May 2012, informa que além do Reino Unido, os seguintes países editaram leis prevendo o processo de adjudica o: (i) Austrália – Building and Construction Industry Security of Payment Act 1999, com altera es em 2002; (ii) Cingapura – Building and Construction Industry Security of Payment Act 2004, (iii) Malásia – Construction Industry Payment and Adjudication Bill 2011 e (iv) Nova Zelândia – Construction Contracts Act 2002.

agosto 2014 será o lançamento internacional dos Dispute Boards no Brasil, pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia (CMA – IE).¹³⁴

Antecedentes

Para melhor entender os DBs, primeiro é necessário lembrar que, em 1818, dá-se a fundação da Institution of Civil Engineering (ICE). Em 1834, é a vez do Royal Institute of British Architects (RIBA), e na onda da Revolução Industrial, os contratos de construção ingleses aparecem centrados nas figuras do arquiteto, que elabora o projeto e supervisiona a execução do projeto, e do engenheiro, que, além de executar o projeto do empreendimento, “arbitrava” os conflitos surgidos entre o dono da obra e o contratado principal, respectivamente. Neles, tanto o arquiteto, como o engenheiro são “agentes” do dono da obra, derivando seus poderes do instituto do “agency,”¹³⁵ dispondo eles, assim, de alguns poderes implícitos, enquanto outros devem derivar obrigatoriamente de disposição expressa das partes, não podendo ser presumida sua existência.

Tanto o arquiteto, como o engenheiro ganham rápida proeminência no cenário industrial, ao mesmo tempo que os tribunais se veem às voltas com várias cláusulas versando sobre a resolução de disputas, onde o primeiro precedente se dá em 1850, referido ao engenheiro I. K. Brunel, tendo o autor da ação alegado ter o engenheiro agido arbitrariamente, como se árbitro ou juiz fosse. Todavia, a partir daí, para desfortúnio do autor, cristaliza-se a jurisprudência, ratificando os poderes do engenheiro, e uma solução das disputas em dois estágios: (i) num primeiro estágio, há a decisão do arquiteto ou engenheiro, que no sistema da *common law*, ao exercitarem seus poderes com base num contrato, tem o dever de agir imparcialmente; no segundo estágio tinha lugar uma decisão arbitral.

¹³⁴ Instituto de Engenharia – IE. Regulamento do Comitê de Solução de Controvérsias.

¹³⁵ BLACK'S Law Dictionary, p. 62, assim pontua *Agency*: “a relation between two persons, by agreement or otherwise, where one (the agent) may act on behalf of the other (the principal) and bind the principal by words and actions. Relations in which one person acts for or represents another by latter's authority, either in relation of principal and agent, master and servant, or employer or proprietor and independent contractor. *Gorton v. Doty*, 57 Idaho 792, 69 P.2d 136, 139. It also designates a place at which business of the company or individual is transacted by an agent. *Johnson Freight Lines v. Davis*, ... The relation created by expressed or implied contract or by law, whereby one party delegates the transaction of some lawful business with more or less discretionary power to another, who undertakes to manage the affair and render to him an account thereof. *State ex rel. Cities Services Gas Co. o. v. Public Service Commission*, 337 Mo. 809, 85 S. W.2d 890, 894. Or relationship where one person confides the management of some affair, to be transacted on his account, to other party. Or where one party is authorized to certain acts for, or in relation to the rights or property of the other. But means more than tacit permission, and involves requests, instruction, or command. The consensual relation existing between two persons, by virtue of which one is subject to others control. Agency is the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act”.

Os projetos e obras vão-se complexificando, e em 1861, esse entendimento é posteriormente ampliado por outro julgado, uma vez que, por força de contrato, a cláusula de resolução de disputas também confiou ao engenheiro a condição de árbitro, concluindo o tribunal que assistia ao engenheiro grande discricionariedade, razão pela qual, para que fosse ele justo com ambas as partes, teria que ser imparcial, detendo ele, assim, poderes de “*quasi-arbitrators*”.¹³⁶ Isso se dava porque, na *common law*, tanto o arquiteto como o engenheiro são contratados pelo dono da obra, atuam em seu favor e dele recebem sua remuneração.

Ora, sob o prisma da *civil law*, porém, há aí um sensível conflito de interesses, de modo que, embora o dono da obra ganhasse a disputa administrativamente, pelas mãos do engenheiro, essa decisão depois acabava revertida, e o dono da obra acabava tendo perda de causa, e o resultado é que o projeto acabava significativamente encarecendo, ao passo em que o engenheiro perde o papel de desempataador de divergências, por não dispor da imparcialidade e independência necessárias.

Nos Estados Unidos, passa a ser corrente o “*package deal*” (“pacote negocial”), pelo qual se delega ao empreiteiro a construção de toda uma obra civil, que repousa sobre a ideia de “*general contracting*”,¹³⁷ e onde as obrigações assumidas pelo *general contractor*, desde o desenho do projeto até a conclusão empreendimento, são por este repassadas a seus subcontratados,¹³⁸ em regime *back-to-back*.

Pouco depois, chega-se à conclusão de que não é interessante adquirir apenas um mero projeto de engenharia, que em sua implementação evidencia defeitos, acarretando acréscimos significativos nos custos finais do projeto, passando a ser usual alocar ao contratado principal também a responsabilidade (e os riscos) pelo projeto de engenharia, assim, tendo ensejo a primeira forma de contrato *turnkey*: o *design-build turnkey*.¹³⁹

Depois da metade do século passado, a escola de gerenciamento de projetos começa a marcar presença. Com os ensinamentos de Frederick Winslow Taylor

¹³⁶ CHERN, Cyril. Dispute Boards, p. 41.

¹³⁷ MURDOCH, John; HUGUES, Will. Construction Contracts – Law and Management, p. 25, a propósito do “general contracting”, lembra que: “general contracting has been around since 1897, when Cubitts in London first began to offer the services of a general contractor (Spiers 1983). Before that time building work tended to be procured either as a series of direct contracts between client and trade contractors (...), or as a lump-sum designed and build package. General contracting was a response to the increasing sophistication of the construction technology during the Industrial Revolution. As techniques and materials proliferated, coordination problems on building sites became more complex. At the same time, the crafts and trades associated with construction were becoming more formalized”.

¹³⁸ No Reino Unido, no contexto contratual, também há que se considerar o Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, que regula situações em que as partes não tenham relações diretas, como é o caso do dono da obra e dos subcontratados do contratado principal, ou dos garantidores destes junto ao dono da obra.

¹³⁹ MURDOCH, John; HUGUES, Will. Construction Contracts – Law and Management, p. 4.1. Background.

sobre ferramentas de gerenciamento de projetos, fazem eco em seus discípulos, com Henry Gantt, sobre técnicas de planejamento e controle, e com Henri Fayol, sobre gerenciamento de projetos e programas, e com o cronograma de barras (“*bar chart*”) sendo revolucionado pelos sistemas CPM (Critical Path Method) e PERT (Program Evaluation and Review Technique), sendo a American Association of Cost Engineers – AACE International¹⁴⁰ fundada em 1956, a International Project Management Association (IPMA)¹⁴¹ fundada em 1966 e o Project Management Institute (PMI)¹⁴² fundado em 1969.

Na própria *common law* inglesa, porém, a Casa dos Lordes, a mais alta corte da Grã-Bretanha, irá impor sucessivas restrições aos poderes do Engenheiro, em 1974, 1986 e 1998, seja (i) para autorizar a sua responsabilização pelo dono da obra em caso de inadimplemento, (ii) ou pelo contratado na mesma hipótese, ou, ainda, (iii) deixando ao arbítrio das partes estipular se a ele forneceria uma decisão final e vinculante ou não, erodindo, assim, progressivamente os poderes do engenheiro. Acaba, assim, o engenheiro substituído pela arbitragem, que proporciona decisões imparciais e justas, e cujos custos eram, em regra, repartidos igualmente entre as partes.¹⁴³

Então, na década de 1960 surgem os DBs, no projeto da Boundary Dam, em Washington, nos Estados Unidos, sob a designação de “Joint Consulting Board”. Em 1972, o National Committee on Tunneling Technology promove estudo para aprimorar boas práticas contratuais, daí se originando a publicação *Better Contracting for Underground Construction*, em 1974, que destaca o círculo vicioso existente entre reivindicações, disputas e litígios.

Em 1975, é adotado um Dispute Review Board ou “DRB” no grandioso projeto do Eisenhower Tunnel, Colorado, nos Estados Unidos. E na década de 1980, dá-se a coroação dos DBs no plano internacional, na construção da hidrelétrica El Cajon, em Honduras, dotada da mais alta barragem de usina hidrelétrica na América Latina, por iniciativa do Banco Mundial. Nesse projeto, todos os conflitos surgidos ao longo da construção são equacionados amigavelmente, de sorte que, ao término do projeto, nenhuma pendência ou reivindicação (“*claim*” em idioma

¹⁴⁰ American Association of Cost Engineers – AACE International, representada no Brasil pela Associação para o Desenvolvimento da Engenharia de Custos – AACE Brasil.

¹⁴¹ A International Project Management Association – IPMA está representada no Brasil pela International Project Management Association – IPMA Brasil.

¹⁴² Mais tradicional no Brasil, o Project Management Institute, com sede na Filadélfia, nos Estados Unidos, e mais de 260.000 membros em 170 países, havendo aqui um capítulo geral Brasil, o PMI-Brasil, e 13 Capítulos nos Estados de Amazonas, Ceará, Pernambuco, Bahia, Goiás, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Distrito Federal, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

¹⁴³ ROSENER, Wolfgang; DORNER, Gerhard. German. In: KNUTSON, Robert (Coord.). *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts. An Analysis of International Contracting Contracts*. Netherlands: Kluwer Law International and International Bar Association, 2005, p. 96.

inglês) ficou sem solução, o que foi decisivo para que o Banco Mundial incluísse os DBs em projetos por ele financiados.

Note-se, a propósito do caráter de “recomendação” com que nascem as manifestações dos *Dispute Boards*, que elas derivam de projetos de construção onde havia construtores e empregados de jurisdições, sistemas legais distintos e práticas diferentes, e quando as disputas sobrevinham, a intenção maior era não julgar, decidir quem estava certo ou errado, mas de ter o suporte de profissionais experientes em construção e em contratos de construção, que entendessem as dificuldades vividas no canteiro de obras, e pudessem ofertar uma recomendação de como resolver o conflito entre o dono da obra e o contratado principal. Assim, não haveria por que as partes terem medo dos DBs.

Em 1994, ocorre uma reunião anual do Banco Mundial em Madri, onde afloram questões e críticas sobre a qualidade das operações e necessidade de reformas, levando o Banco Mundial e as cinco instituições que integram o grupo (International Development Association – IDA, International Finance Corporation – IFC, Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA e International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID), concentram esforços no aumento de eficiência interno e externo, daí resultando uma maior aproximação com o FIDIC, que também se encontra num momento de efervescência.

Mas a arbitragem, por suas características, é um processo reativo, que ocorre depois de consumados os fatos, e na construção, anos depois, alterando substancialmente os custos de oportunidade e de transação do projeto, não sendo a ferramenta adequada para o primeiro nível. Assim, a indústria de construção buscou uma solução mais preventiva, proativa, em *real time* (em tempo real), e vem, então, a fase dos DBs, na qual os engenheiros continuam prestigiados, já que tudo se desenrola nos limites do canteiro de obras, solução que é progressivamente adotada por diversos contratos-tipo, primeiro nos Estados Unidos, depois em países da *common law*, e finalmente, por países da *civil law*.

Isso porque as respostas no primeiro nível devem estar fundamentadas nas melhores práticas na construção pesada e estar direcionadas para facilitar a gestão do projeto, havendo a possibilidade. Em contratos do FIDIC, em geral, no segundo nível é usual um prazo para mediação, no intuito de solucionar, ou ao menos reduzir as pendências eventualmente existentes. E no terceiro nível, há a arbitragem, que assegura certeza quanto à exequibilidade do que foi negociado diretamente pelas partes, com suporte do DB ou na mediação.

Rafael Mariangelo e Lukás Klee lembram que devido à evolução constante nos diversos segmentos empresariais, o direito dos comerciantes nacionais subdivide-se de modo a criar ramos individuais e específicos, e que se tomem como exemplo os debates técnicos no ramo do comércio como da *lex petroli*

(para o ramo do comércio com petróleo e gás), *lex informatica* (para o ramo de tecnologia de informação e justamente a *lex constructionis* (para o ramo de construção), cujos princípios básicos do direito de costumes devem ser balizados pela *lex mercatoria*. E os costumes da *lex mercatória*, cabe lembrar, na indústria de construção, se materializam através das melhores práticas da indústria da construção.¹⁴⁴

Em 1995, o Banco Mundial inclui os DBs no January 1995 Standard Bidding Documents for Procurement of Works, que primeiro adota um Dispute Review Boards (DRBs),¹⁴⁵ com competência para decidir em primeira instância disputas, com um conselho de um DRE, três especialistas designados por “Dispute Review Board”, Sub-Clausula XIII – “Disputes Settlement Procedure”, instituído no início do contrato, e que, consoante a Subcláusula 9ª, se nenhuma das partes objetar nos 14 dias subsequentes, a recomendação se torna vinculante e deve ser acatada por ambas as partes; caso contrário, sendo apresentada uma objeção por qualquer das partes, a recomendação não se torna vinculante, o que não impede que as partes continuem a negociando em boa-fé.

Em 1996, aparece nos Estados Unidos a Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), sediada em Seattle. Nesse mesmo ano, surge o Supplement to 4th. Edition 1987 of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction reprinted 1992, que retira do engenheiro as atribuições de arbitrar em primeira instância os litígios surgidos entre o dono da obra e o contratado principal, passando-o a um DAB. Em 2005 a Institution of Civil Engineers (ICE), no Reino Unido, publica seu Dispute Resolution Board Procedure.

Em 2006 surge no Brasil o primeiro Dispute Boards na Cia. do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, no grandioso e complexo projeto da Linha 4 – Amarela,

¹⁴⁴ MARIANGELO, Rafael; KLEE, Lukás. Recomendações FIDIC para orientação de Contratos de Projetos e Obras: International Federation of Consulting Engineers, p. 69.

¹⁴⁵ Nesse SBD for Procurement of Works do Banco Mundial, os DBs encontram-se na Section XIII, onde as disposições atinentes ao *Dispute Settlement Procedure* estão distribuídas em 12 itens: 1. regula a inexistência de conflitos de interesse por parte dos membros do DB, em moldes a permitir uma atuação imparcial e independente; 2. o dono da obra, o contratado e o engenheiro, quando houver, se comprometem a não contatar conselho ou consultoria de nenhum dos membros do DB; 3. o contratado se obriga a fornecer todos os documentos necessários, e os solicitados pelo DB, e cooperar e cooperar com o dono da obra nas visitas do DB ao canteiro de obras, inclusive no que diz respeito às dependências para o DB e os serviços de secretária, cópias, etc.; 4. os membros do DB devem iniciar suas atividades assim que tiverem firmado declaração de aceitação, que terão fim quando iniciado o período da garantia, o contrato for rescindido ou quando o DB tiver emitido sua recomendação final; 5. os membros do DB não podem ceder e transferir, delegar ou subcontratar no todo ou em parte as obrigações a seu cargo; 6. os membros do DB são contratados independentes e não agentes ou empregados das partes; 7. remuneração, reajuste, despesas do DB, os quais serão suportados pelas partes em partes iguais; 8. reuniões e visitas periódicas do DB ao canteiro de obras; 9. procedimentos para solicitar que o DB se manifeste sobre um conflito e 10. condução de audiências.

cujos integrantes saíram dos quadros do Instituto de Engenharia. E em 2008, aparece o 2º DB, na PPP da Linha F (12 – Safira), da CPTM, em São Paulo.

Assim, a partir do conceito dos DBs, a indústria de construção, que sempre buscou uma decisão mais célere no canteiro de obras, acabou por cunhar os “*single standing neutrals*”, como, por exemplo, o “*Project Neutral*”¹⁴⁶ em relação à Consensus Docs Family 2007,^{147 148} ou do “*Initial Decision Maker*” (IDM) idealizado pelo American Institute of Architects a partir da edição dos (AIA) Documents 2007,¹⁴⁹ ou os “*single standing mediators*”/“*single standing arbitrators*”, que passam a existir em projetos de engenharia, e dos quais sempre são esperadas decisões imparciais, independentes e isentas de conflitos de interesses, experientes em contratos de construção e na sua interpretação, especialistas naquele tipo de obra, que por processos não adversariais, informais e rápidos, previnam litígios, melhorem a comunicação no canteiro, rapidamente encaminhem soluções de divergências, *real time* (em tempo real), enquanto o contrato tem prosseguimento.¹⁵⁰

Assim, evita-se que os problemas só aflorem ao final do contrato, dando-se rápida solução aos incidentes que surgirem durante a execução do contrato, sem suspensões ou paralisações, como alteração das condições de solo e subsolo, reivindicações sem substâncias ou fundamento, suspensão de pagamentos, de emissão e assinatura de aditivos, ao mesmo tempo que se mantêm os prazos e os custos, ou seja, o acordo celebrado pelas partes e o seu equilíbrio econômico-financeiro inicialmente existente,¹⁵¹ de modo dinâmico, sem incorrer em altos

¹⁴⁶ American Arbitration Association. AAA Project Neutrals.

¹⁴⁷ ConsensusDOCS. 240 – Standard Form of Agreement Between Owner and Design Professional ConsensusDocs 240, 2007 Edition, is a document which is coordinated for use with ConsensusDocs 200 series Owner-Constructor agreements. It is intended to form the agreement between the Owner and the Design Professional performing a full range of design and administrative services for the project.

¹⁴⁸ BASTANIELLI III, Adrian. L. The DRB and the New Standard Form Contract Documents, *DRBF Forum*, Volume 12, Issue 3, August 2008, p. 10, esclarece que o ConsensusDOC consubstancia modelo de contrato balanceado por excelência, razão pela qual foi adotado por 20 das mais expressivas organizações norte-americanas, dispondo de dois mecanismos básicos de atuação: (i) o Project Neutral (PN) ou (ii) o Dispute Resolution Board (DRB).

¹⁴⁹ Em 2007 são feitas modificações de grandes proporções na família de contratos A-201 Documents 2007 ed., pelo American Institute of Architects – AIA, dos Estados Unidos, inclusive para incorporação de um “singular standing neutral” entitulado “Inicial Decision Maker” (“IDM”).

¹⁵⁰ CPR – International Institute for Conflict Prevention & Resolution. Dispute Review Boards & Other Standing Neutrals.

¹⁵¹ TISAKA, Maçahico. Como Evitar Prejuízos em Obras de Construção Civil – Construction Claim, p. 89 e seguintes, após haver explicado os elementos essenciais de um projeto de engenharia se detém em explicar como se caracteriza a equação econômico-financeira inicial do contrato e como se diagnostica o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, como se apresentam as reivindicações e como se obtém o reequilíbrio do contrato.

custos de transação e despesas,¹⁵² e sem perda do custo de oportunidade nos investimentos, além de manter as boas relações comerciais entre as partes.¹⁵³

Em 2009, mais de 2.500 projetos já adotaram DBs em mais de 4.000 contratos, totalizando um valor contratual próximo a US\$130 bilhões, seja na África do Sul, Austrália, Bósnia Herzegovina, Bangladesh, Bulgária, Camboja, China, Croácia, Dinamarca, Egito, Estados Unidos, Etiópia, França, Geórgia, Grécia, Hong Kong, Itália, Índia, Maldivas, Nova Zelândia, Paquistão, República Checa, Rússia, Santa Lúcia, Sérvia, Suíça, Turquia, Uganda, Ucrânia e Vietnã. E no Brasil, tem ensejo o 3º DB, na PPP Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, Minas Gerais.

Em 2010, é a vez do 4º DB, na PPP da Rodovia MG-050, em Minas Gerais, do 5º DB, PPP da Arena Fonte Nova, em Salvador, Bahia. Em 2011, a DRBF realiza sua 11ª Conferência Anual aqui em São Paulo. Surge o 6º DB, na PPP da Areia das Dunas, em Natal, Rio Grande do Norte. Em 2012, é a vez do 7º DB, no projeto do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, em Pernambuco. Em 2012, é o 8º DB, na PPP das Águas Claras, em Minas Gerais, e em 2013, surge no Brasil o 9º DB, em São Paulo, no trecho Norte do Rodoanel.

Conceito

O DB é o único ADR que objetiva prevenir disputas na construção, por um painel de três profissionais experientes da indústria da construção, especialistas naquele tipo de obra, que conheçam bem contratos de construção, interpretação de documentos contratuais que dominem o idioma contratual. Esses profissionais devem estar habilitados a atuar com métodos consensuais de solução de conflitos, e na condução de seus deveres devem ser imparciais, independentes e sem conflitos de interesses, além de ter a confiança das partes. Os DBs se manifestam em *real time* (em tempo real), podendo emitir uma recomendação não vinculante, ou uma decisão vinculante, e suas recomendações podem influenciar positivamente o gerenciamento do projeto.

¹⁵² GEBKEN, Richard J. Ph.D thesis, Quantification of Transactional Dispute Resolution Costs for the U.S. Construction Industry, analisa os *custos de transação* diretos e indiretos envolvidos na solução de litígios por negociação, mediação e arbitragem (p.ex., com gerenciamento, advogados internos, consultores externos, expert witness, taxas e emolumentos forenses e outras despesas e custos), (i) no estágio de *Prevenção e Cooperação*: alocação de riscos realista, incentivos à cooperação, Disputes Potential Index e Partnering; (ii) em *Dispute Control*: negociação direta e negociação por "multisteps" e utilização de "standing neutrals": DRB, Individual Standing Neutral, Inicial Decisions Maker, Project Neutral, Standing Mediator/Standing Arbitrator (binding); (iii) em *Facilitated Resolution*: Non-Binding Resolution: mediação, mini-trial, advisory opinion, advisory arbitration (non-binding); (iv) em *Binding Resolution*: Private Binding Resolution: Arbitration (binding), Private Judge e Litigation: Judge/Jury/Special Master/Court-Annexed Alternative Dispute Resolution.

¹⁵³ DOW, James. Dispute Prevention – The Role of the DB and Other Factors.

Os DBs estão previstos em contratos de construção, como os padrões do FIDIC,¹⁵⁴ que são utilizados pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, na conformação dos editais de concorrências, e têm como meta não apenas solucionar disputas, mas, antes, preveni-las. Para isso, é necessário que seus membros sejam escolhidos concomitantemente com a adjudicação do contrato, para que o DB esteja instalado e em operação antes do início da construção e antes de qualquer conflito entre as partes.^{155 156}

Os membros do DB passam, então, a conhecer o contrato, o projeto e seu escopo, os planos, desenhos, as especificações jurídicas, técnicas e financeiras, o cronograma físico-financeiro, o caminho crítico, a sequência construtiva e as pessoas-chave do projeto. E é abastecido pelas partes com informações relevantes sobre o progresso da obra, relatórios gerenciais, atas de reunião, anotações no livro diário de obras, correspondências e outros documentos pertinentes e relevantes, os fatos e as circunstâncias relacionadas.

Na primeira reunião é estabelecido o procedimento operacional do DB,¹⁵⁷ que deve ser simples para permitir que os membros do DB se concentrem no

¹⁵⁴ FIDIC – Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, órgão mundial do engenheiro consultor, com sede em Genebra, Suíça, onde há previsão do DB no primeiro nível, três desses métodos: (i) no primeiro nível, durante a execução das obras, a função de prevenção e solução de conflitos é exercida pelos dispute boards; (ii) no segundo nível, em geral, há um prazo e, embora não esteja previsto, as partes têm se valido da mediação, em geral como condição precedente para ingresso no terceiro nível, no intuito de reduzir o número e valor das disputas; e, se as divergências não forem sanadas, então, (iii) no terceiro nível há a arbitragem, assegurando a certeza quanto à exequibilidade do que foi acordado/negociado.

¹⁵⁵ DRBF Practices and Procedures, User Guide, item 2.2.1, When to Establish the DRB, estabeleça o seguinte: “Board members should be selected and the DRB established before site work commences. Success of the DRB process depends in part on the parties and the Board members developing rapport, and getting to know and trust each other takes time. The first DRB meeting should be set as soon as possible after site work begins. Early Board member selection and DRB startup cannot be over-emphasized. Many times the relationship between the parties becomes strained soon after award of the contract, when issues relating to submittals, site preparation and utilities are discovered. It is important that the DRB be activated as soon as possible after award of the contract to be available as a resource to facilitate communications and resolve issues based on contemporaneous knowledge of the circumstances of the dispute”.

¹⁵⁶ ICC Dispute Board Rules 2004, Preamble, em seu preâmbulo, estabelece o seguinte: “the Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce govern the creation and operation of standing bodies known as Dispute Boards, which are generally set up at the beginning of a contract to assist parties in resolving disagreements and disputes as and when they arise during the performance of the contract. ... Operation of the Dispute Board, Article 14: Beginning and End of the DB’s Activities, The DB shall begin its activities after every DB Member and the Parties have signed the DB Member Agreement(s)”.

¹⁵⁷ CLARK, Wayne. Effective Use of Dispute Boards in Construction Contracts, após dar uma visão panorâmica sobre o procedimento dos DBs, faz as seguintes considerações sobre a efetividade dos DBs “as has been mentioned a few times in this paper, the primary objective of Dispute Boards in construction projects is to help the parties find solutions, to help them settle their differences/disputes without resorting to the time consuming, costly and potentially damaging arbitration or litigation processes. If used effectively, Dispute Boards provide an ideal opportunity for the parties to find amicable solutions to their differences and full advantage should be taken of this opportunity. Dispute Board members have a duty to manage the process to maximum effect. That said, the parties should not rely on the Board members alone, the parties should themselves be proactive in obtaining the maximum benefit from the process – the parties should be proactive in working with the Dispute Board to find solutions to their problems. For Dispute Boards to be effective, Board members should: (i) practice flexibility when managing the process:

mérito da disputa. A partir daí o DB passa a se reunir periodicamente no canteiro com a equipe do projeto, mesmo que não haja disputas, onde irão revisar o andamento das obras. Se o DB percebe algum problema potencial, irá encorajar o dono da obra¹⁵⁸ a considerar reivindicações apresentadas, e, realisticamente, as expectativas do contratado, no sentido de que potenciais disputas sejam evitadas, pela negociação de uma solução amigável, nos limites do canteiro de obra, sem escalá-los à administração superior.¹⁵⁹ Para tanto, e com foco no procedimento, numa abordagem de senso comum, o DB pode se valer de um parecer (*informal advisory opinion*) ou de uma audiência, dependendo do que ficou estabelecido no procedimento operacional.

O parecer se materializa em reunião informal, onde cada parte apresenta seu posicionamento, seguindo-se uma reunião individual com cada parte (Cáucus). Encerrada a reunião, o DB se reúne apartado e delibera colegiadamente, apresentando às partes sua opinião falada ou escrita, sem que seja necessária uma audiência (e sem os custos que dela resultam).

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

Como os DBs se manifestam *real time* (em tempo real), isso permite que o projeto se beneficie positivamente das recomendações e decisões, devendo o relatório conter uma avaliação dos fatos, indicação das disposições contratuais

a mediation-style approach to managing the Dispute Board process can be (and usually is) most effective in helping the parties resolve their differences; (ii) Try to create a relaxed atmosphere: This will help the parties think more clearly and to think objectively; (iii) encourage communication: the parties should be encouraged to talk to the Dispute Board – but more important, the parties should be encouraged to talk to each other. The more often parties meet and talk to each other, the better the chances they have of finding the right solutions”.

¹⁵⁸ IRMAK, Levent, *The Employer's View*, faz interessantes considerações: “(i) parties are hesitant to refer disputes to Arbitration or Courts during the course of a project; prefer to wait until the end; Disputes remain unresolved. The corollary of this is that the Contractor files numerous claims (even for very minor issues) and that the Employer rejects them all; (ii) trust between the Parties diminishes; (iii) the tension escalates, the relations get strained; (iv) because the Parties take adversarial position, disputes that could be easily resolved would never get resolved; (v) in the case of a DRB, a recommendation (with detailed reasons) gives Parties an opportunity to re-evaluate their positions, thus increases the possibility of an amicable resolution ... (vi) in the case of a DAB, disputes get resolved shortly after they have arisen, thus leaving no reason for the Parties to take adversarial position against each other. Even if there is disagreement with a DAB decision, the Parties still have an option to take it to Arbitration or Court; (vii) DBs help in maintaining a good relationship between the Parties, thus contributing to successful progress of the projects”.

¹⁵⁹ DRBF Practices and Procedures 2007, item 3.5.2.

e legais relevantes relacionadas, e as razões que levaram o DB a recomendar a adoção dessa alternativa.

A confiança das partes e a aceitação das manifestações do DB são frutos de capacitação dos integrantes, em sua especialidade técnica, experiência, do proveito prático que pode atrair para o projeto com suas recomendações e decisões e, antes de tudo, da imparcialidade, independência e inexistência de conflitos de interesses, que permitam considerar a atuação do DB como sendo consistente. A mera existência do DB e sua pronta disponibilidade para se manifestar a pedido de qualquer das partes, rapidamente, *real time* (em tempo real), e de maneira franca, tendem a desencorajar jogos, táticas dilatórias e a adoção de posições extremas, diversamente dos procedimentos cuja solução demora um longo tempo, minimiza, quando não elimina completamente as disputas, em comparação com qualquer modalidade de ADRs.

Os DBs têm natureza não adversarial e constituem um ferramental único para prevenir e solucionar litígios (*dispute avoidance & conflict prevention*),¹⁶⁰ e para solucioná-los, através de decisões rápidas e assertivas, em *real time* (em tempo real), sem que haja inadimplementos, suspensões e/ou paralisações no projeto, permitindo que os trabalhos se desenvolvam com um mínimo de interferências técnicas e jurídicas, de um lado, enquanto do outro se assegura a efetivação dos pagamentos devidos.

É frequente a sua celebração conjunta com parcerias, transitórias e estratégicas (*alliances & partnering*),^{161 162 163} assentadas em bases não adversariais, como preconizado pelo Latham Report, em 1994, no Reino Unido, de Sir Michael Latham, sendo que o Mr. Grove Report,^{164 165} de 2000, elaborado por Jesse B. Grove III, nos Estados Unidos, para a Hong Kong Special Administrative Region, também enfatiza a prevenção e solução de conflitos a cargo dos DBs.

¹⁶⁰ DOW, James. Dispute Prevention – The Role of the DB and Other Factors.

¹⁶¹ BOWER, Denise; SKOUNTZOS, Fotis. Partnering, Benchmarking and Incentive Contracts. In: TURNER, J. Rodney (Ed.) Contracting for Project Management. Burlington: Gower Publishing Company, 2003, p. 82, destacam que: “therefore the main objective of a partnering is to encourage all parties to a contract to change their relationships from adversarial to cooperative. This change in relationships requires changes in attitudes to achieve mutual trust, respect and open communications among all parties involved”, esclarecendo que “cost savings of 40 per cent can be achieved”.

¹⁶² Partnering – Construction Excellence.

¹⁶³ State High Administration Center Mediation & Conflict Resolution, Construction Industry Institute, In Search of Partnering Excellence, Special Publication 17-1 University of Texas, 1991.

¹⁶⁴ The Grove Report: Consultant’s Report on Review of the General Conditions of Contract for Construction Works for the Government of the Hong Kong Special Administrative Region, de 06.11.2000, indica que a prática internacional consagrou o uso ADRs como Dispute Review Boards, Dispute Review Advisers (“DRA”), mediação e parcerias.

¹⁶⁵ The Grove Report: the Background to the Conference on Whose Risk?

Causas mais comuns de conflitos em contratos de construção

Note-se que muitos dos litígios na construção ocorrem em virtude de algumas causas precisas. Primeiro, porque têm base documental extensa e complexa, se devidamente considerados o projeto básico, a documentação técnica, normas técnicas e reguladoras, edital de concessão, o escopo do projeto mal definido, as responsabilidades a cargo do dono da obra e do contratado principal, o contrato e o regulamento do consórcio, os projetos detalhados e projetos complementares específicos de implantação, arquitetônico, instalações elétricas e hidráulicas, suas aprovações e revisões de desenhos, com ou sem comentários, as respectivas licenças (ambientais, financeiras e construtivas), os contratos de construção, fornecimento de equipamentos e serviços,¹⁶⁶ e seus anexos, o memorial descritivo, as normas técnicas, as especificações técnicas, econômicas e jurídicas, os esclarecimentos na fase licitatória, os métodos construtivos, as planilhas de quantitativos e preços de serviços, os orçamentos estimativo e global, a composição do BDI, a rede de subcontratos e subfornecedores, garantias e *bonds* que se agregam ao contratado principal, *nominated subcontractors*, relatórios de andamento das obras, atas de reuniões, correspondências, documentação essa que é bastante extensa (e, muitas vezes, divergente e conflitante entre si mesma em diversos pontos), o cronograma físico-financeiros da obra, e as atualizações em PERT-CPM,^{167 168} os aditivos, cabendo lembrar ainda que muitos desses projetos são usualmente financiados por *project finance* ou *corporate finance*, o que agrava ainda mais esse quadro.

Isso tudo pode desembocar em gastos de extrema relevância, não previstos originalmente, nem tratados pela base documental existente, “convidando” as partes a assumir uma posição adversarial de confronto, que apenas irá agravar mais ainda a relação com aquele cliente.

¹⁶⁶ BEALE, H. G. *Chitty on Contracts*. 28th. ed. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 1.094, lembra que, no Reino Unido, os fornecimentos de equipamentos e serviços foram originalmente regulados pelo Sale of Goods Act 1893, depois substituído pelo Sale of Goods Act 1979, alterado em 1994 e 1995, que primeiro permitiram a limitação da responsabilidade do fornecedor à reparação dos danos diretos, estando daí excluídos os danos indiretos, lucro cessante e outros conceitos análogos, e que, depois, termina por ensejar a United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“CISG”) de 1980, ao qual o Brasil está aderindo atualmente.

¹⁶⁷ Critical Path Method (CPM), ou seja, Método do Caminho Crítico, que se vale de cálculos determinísticos, enquanto PERT significa Program Evaluation and Review Technique, cuja tradução seria Técnica de Avaliação e Controle de Programas, que se baseia em cálculos probabilísticos, concebidos como parte do programa de mísseis Polaris para submarinos, dando origem à denominada rede PERT-CPM.

¹⁶⁸ TISAKA, Maçahico. Como evitar prejuízos em obras de construção civil: Construction Claim, p. 175, item 6.5, lembra que, independentemente de ser exigido pela contratante, o cronograma PERT-CPM é uma ferramenta muito útil na administração do contrato, pois pode mostrar o caminho crítico inicial da obra com as alterações havidas no decurso da execução que levaram a essas mudanças.

Em segundo lugar, durante o prazo da construção,¹⁶⁹ é frequente que questões sejam aventadas por ambas as partes, por exemplo, devido à entrega tardia dos locais dos trabalhos, por atraso nas desapropriações, especificação errônea ou inadequada dos produtos e/ou serviços, perfil de sondagem geológica pobre ou em frequência insuficiente para oferecer uma visão acurada das condições do solo e subsolo, alteração de projetos, projetos incompletos, deficientes, incoerentes, mal definidos e/ou a existência de erros nos desenhos, incoerência com as cotas ou dimensões, memorial descritivo em desacordo com normas técnicas, desenhos de detalhe inexistentes ou sem encaixe na planta geral, divergências na documentação contratual, a superveniência de situações e eventos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, alterações na composição do solo, subsolo ou lençol freático, falta de indicação de obstáculos introduzidos pelo ser humano, alterações nos projetos, prazo excessivamente curto ante a complexidade do projeto, casos fortuitos, força maior, fatos do príncipe e da administração, atrasos, acelerações ou reduções no ritmo dos trabalhos, paralisações, falta de planejamento, supervisão e controle, *disruption*, atrasos na logística, nos fornecimentos, nos serviços e nos importados, serviços sem correspondência com as especificações ou com os processos construtivos, atrasos ou suspensões nos pagamentos, etc.

Tudo isso pode dar margem a disputas com valores expressivos e não previstos nos custos do projeto, e a conflitos e divergências interpessoais entre as partes, seus representantes, parceiros, subfornecedores, subcontratados, banqueiros e financiadores, seguradoras e corretoras, bolsa de valores e *commodities*, etc. Dificilmente essas questões encontram solução negociada em tempo hábil, e vão se acumulando, e quando os advogados e consultores são chamados, não há muito mais a fazer, senão iniciar um litígio judicial, que dura anos, até que, ao final, só há lembrança dos valores, honorários e custas de enorme magnitude.

Em terceiro, na indústria de construção a produção demanda a participação e a colaboração de diversas pessoas, dono da obra, projetista, gerenciadora, construtora, fornecedores, montadora, instaladora, prestadores de serviços, consultores, bancos, financiadores, seguradoras, fundos de investimentos,

¹⁶⁹ HOHNS, H. Murray. Preventing and Solving Construction Contracts Disputes, p. 43, historia caso, nos idos de 1979, onde o contratado principal, após obter que lhe fosse adjudicado o contrato no procedimento licitatório, descobre que o prazo foi meramente “estimado” pelo dono da obra: “on a recent project involving US\$ 20 million monumental buildings with 650 days completion specified, about two weeks after the contract was signed the successful general contractor casually and politely asked the owner to help with the Schedule. ‘How did you calculated this 650 days?’ was the query. The owner did not calculate it, nor did the designer. It turned out to be a gust and a bad guess by 250 days. Who paid? The owner who had set the time without any thought to reasonable paid, the contractor unquestionably had relied on 650 days. The adjustment was just over US\$ 1.6 million”.

agências de classificação de risco de crédito (agências de *rating*), distribuidoras e corretoras de títulos e valores, bolsas de valores e *commodities*, etc., todas dotadas de conhecimentos com alto teor técnico, produzindo e trocando diversos documentos, e gerando uma série de atos e fatos encadeados, trazendo implícita a possibilidade de desaguar em um potencial litígio de alta complexidade e valor, com reflexos em toda a cadeia de suprimentos.

Em quarto lugar, na indústria de construção a produção não é contínua, como numa linha de montagem de produtos seriados, e seu processo produtivo está sujeito a uma ampla variedade de fatores imprevisíveis e imprevisíveis (os chamados *unforeseen*,¹⁷⁰ que em princípio abrangem (i) condições inesperadas de solo e subsolo, que não antevistos pelos informes geológicos e geotécnicos relacionados à mecânica dos solos e rochas, (ii) condições inesperadas de água e lençol freático, (iii) casos fortuitos e de força maior, fatos do príncipe e da administração, alheios ao razoável controle das partes, inclusive falta de materiais e/ou mão de obra, e que varia em função do tamanho do projeto, número de participantes, condições no local da obra, do emprego de diversos materiais, equipamentos, operadores e métodos, sujeitos às intempéries, ao sol e à seca, às chuvas, inundações, tempestades, nevascas, terremotos, furacões, tufões, ciclones, obstáculos naturais e introduzidos pelo homem, no solo e subsolo, a realização de trabalhos abaixo do lençol freático, etc., havendo, assim, um maior risco de não performance, tornando necessária uma alocação adequada dos riscos e responsabilidades¹⁷¹ aos participante do projeto,^{172 173 174} demandando

¹⁷⁰ BLACK'S Law Dictionary, p. 1530, assim conceitua *unforeseen*: "Not foreseen, not expected".

¹⁷¹ Em 1980, a American Society of Civil Engineers, nos Estados Unidos publica a obra Construction Risks and Liability Sharing, que contempla os princípios básicos da alocação de riscos ("risk sharing"), que, em resumo, são os seguintes: (i) que os riscos em um projeto estão inevitavelmente associados a um custo, que alguém deve por ele se responsabilizar, (ii) que, em consequência, o risco deve pertencer à parte que tenha melhores condições de avaliá-lo, controlá-lo, suportar o seu custo e se beneficiar da assunção do risco, (iii) que há mais eficácia quando os riscos e responsabilidade são diluídos entre os diversos participantes do projeto, (iv) que estudos realizados pelo Construction Industry Institute – CII levam à conclusão de que os custos associados são otimizados quando o risco é alocado a quem tenha melhores condições de gerenciar e de minimizar os riscos, e que, como os riscos variam de um projeto para o outro, cada risco deve ser individualmente identificado e alocado de modo a reduzir os custos do projeto. Em 1986, o mesmo instituto lança a obra Impact of Various Construction Contract Types and Clauses on Project Performance, que propõe uma alocação realista. Posteriormente, o mesmo instituto sugere que da alocação realista pode resultar, ao menos, em 3% em contingência ou prêmio no valor contratual, se realisticamente alocados os riscos. Também em 1986, o mesmo CII publica a obra Construction Risk Allocation and Cost Effectiveness, que estima que dessa prática pode resultar uma economia de 5% no custo final do projeto. Em 1988, diversas organizações, inclusive o CII, editam a publicação Contracting to Appropriate Allocate Risks, e em 2006, o CII edita Equitable Risk Allocation, e o mesmo CII sugere que desse procedimento pode resultar, pelo menos, em 3% em contingência ou prêmio no valor contratual, se forem realisticamente alocados os riscos. Por fim, em 2007, o mesmo CII publica Contracting to Appropriate Allocation of Risks, que se detém em analisar disposições contratuais que, mais frequentemente, alocam irrealisticamente os riscos, dentre elas as cláusulas relativas a condições diferentes no local da obra, força maior, "no damages for delay", danos consequentes, indenizações ao dono da obra, com critérios de aceitação ambíguos, tecnologias novas ou não usuais, e relacionadas à aceleração do cronograma.

um gerenciamento intensivo desses fatores, riscos¹⁷⁵ e responsabilidades,¹⁷⁶ a fim de assegurar o cumprimento das obrigações contratadas.

Em quinto lugar, dentre as causas mais frequentes de disputas na construção, além das acima indicadas, estão: (i) cultura empresarial, (ii) comportamento das partes, (iii) objetivos diferentes, (iv) alocação de riscos e responsabilidades irrealistas,¹⁷⁷ (v) condições no canteiro de obras, (vi) complexidade do projeto, (vii) erros de projeto, (viii) procedimento licitatório e fase de esclarecimentos, (ix) atrasos, (x) serviços adicionais, (xi) serviços adicionais ou extras, (xii) coordenação das interfaces, (xiii) aceleração no cronograma, (xiv) variações, (xv) qualidade e mão de obra e (xvi) *value engineering*.¹⁷⁸

¹⁷² Assim, p.ex., num projeto de geração de energia hídrica, podem ser divisados ao menos os seguintes riscos: (i) de conclusão, (ii) risco regulatório, (iii) risco hidrológico, (iv) risco concessão, (v) risco econômico, (vi) risco financeiro, (vii) risco cambial, (viii) risco mercado, (ix) risco construtivo, (x) risco tecnológico, (xi) risco matéria-prima, (xii) risco operacional, (xiii) risco ambiental, (xiv) risco força maior, (xv) risco alteração das leis, (xvi) risco social, (xvii) risco político e (xviii) risco residual.

¹⁷³ DELMON, Jeffrey. *BOO/BOT Projects: A Commercial and Contractual Guide*. London: Sweet and Maxwell, 2000, p. 41, assim aborda a questão da alocação de riscos no contrato de construção: *Allocation of Risk*. In most conventionally financed projects, it is accepted that certain risks (such as market risk, certain political risks and completion risk) will be allocated by the grantor to the project company in relation to the role the project company plays in the project. For bearing these risks, the project company is compensated by the return on its investment. However, in a project financed by project financed BOO/BOT project, financing is obtained primarily through the lenders, rather than the investment or liability of the shareholders. The project company, as a special purpose vehicle, must avoid taking on risks which the lenders are not prepared to assume. The lenders will be compensated for their financing of the project in the form of a rate of interest appropriate to lending and will not benefit from project revenues which are higher than forecast”.

¹⁷⁴ STOCKER, Albert. *The Finance Institutions Point of View, risk allocation in project finance*, “successful project financing structuring rests on the project itself. Identifying the project’s risk and then analyzing, allocating, and mitigating them are essentials to project financing. Including adequate physical and pricing contingencies in the project costs. This is quite different from a public sector project like e.g. the Gotthard Tunnel”.

¹⁷⁵ PMI – Project Management Institute. *O Guia PMBOK*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53-55, 63 e 273-311, sobre *riscos no projeto*, lembra que, dentre as melhores práticas da indústria de construção, está a de planejar o gerenciamento dos riscos cuja alocação foi negociada, para o que é necessário ter os riscos adequadamente identificados, realizar análises quantitativa e qualitativa a respeito dos riscos, planejando respostas gerenciais, acompanhar, monitorar e controlar esses riscos, identificando e avaliando novos riscos durante o projeto e valendo-se das melhores ferramentas e técnicas disponíveis.

¹⁷⁶ BUNNI, Nael G. *The FIDIC Forms of Contract*. 3rd. ed. Oxford: Blackwell publishing Ltd., 2005, p. 100, a propósito da *alocação de riscos* em contratos de construção e seu gerenciamento, assim pontua: “when desirable or undesirable events are identified, assessed and analysed, their management must be allocated to the various parties in order to keep these events under control, prevent the occurrence of harmful consequences or mitigate any undesirable consequences should they evaluate. By such management, it is intended to reduce the risk of harm and enhance the risk of gain. Allocation of the management role the risk management process, where the party to whom a certain event and the associated risks are allocated should be selected in accordance with certain rules rather than haphazardly”.

¹⁷⁷ ROSENER, Wolfgang; DORNER, Gerhard. German. In KNUTSON, Robert (Coord.). *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*. An Analysis of International Contracting Contracts, p. 117.

¹⁷⁸ GENTON, Pierre M. *Critical Issues in Dispute Boards*, tem como sendo aspectos mais críticos em matéria de DBs: (i) Selection of the type of DB, (ii) Selection of the DB Members, (iii) Additional Procedural Rules, (iv) Spirit of DB Procedure, (v) Informal/Formal Referrals, (vi) Notice of Dissatisfaction, Referral to Arbitration/Litigation, (vii) Non-Compliance with the DB Decision e (viii) Subsequent mediation, Conciliation.

Cyril Chern lembra que a indústria da construção tem reputação em ser propensa a disputas, e cita a Austrália como exemplo, onde 50% dos custos de todos os custos legais estão associados a disputas, e que em quase 10% dos projetos de engenharia, entre 8 e 10% têm o mesmo destino, totalizando uma enorme cifra anual que não traduz com clareza a realidade aí existente: o dano à reputação do contratado principal e às suas relações comerciais.¹⁷⁹

Tudo isso, ao final, acaba relacionando-se com a cláusula de limitação da responsabilidade civil contratual, que, por seu turno, gravita em torno do Sale of Goods Act 1893,^{180 181} que primeiro possibilitou por lei a limitação da responsabilidade civil contratual ao valor do bem, ao qual usualmente se adiciona a exclusão de danos indiretos ou consequentes.^{182 183} Ora, isso não ocorre com as outras modalidades de contratos que são avaliados nos tribunais judiciais.

Em face disso, no exterior passou a ser muito usual estipular disposição contratual prevendo, tanto métodos de prevenção (*dispute identification and prevention*)^{184 185} e de solução consensual de conflitos (*dispute resolution: negotiated settlement and third party determination/resolution*),¹⁸⁶ bastante comuns nos Estados Unidos, na União Europeia, no Leste Europeu, na Austrália,

¹⁷⁹ CHERN, Cyril. Dispute Boards, p. 03.

¹⁸⁰ Alterado pelo Sale of Goods Act 1979, que entrou em vigor em 1º.4.1980, e depois pelo Sale of Goods (amendment) Act 1994 e pelo Sale of Goods (amendment) Act 1995.

¹⁸¹ No plano internacional houve a celebração da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias em 1980 ("CISG ou CVIM"), à qual o Brasil está aderindo presentemente.

¹⁸² CPR – International Institute for Conflict Prevention & Resolution & Construction Briefing: Realistic Risk Allocation, de assim define consequential damages: "many construction projects have the potential to produce high indirect or special damages, commonly referred to as consequential damages, which are frequently associated with delay. Consequential damages for an owner include loss of business reputation, loss of revenue, and loss of beneficial occupancy that can arise from delay. Consequential damages for a contractor include loss of business reputation, loss of potential business, and loss of advantageous weather conditions in which to perform construction work. Many owners feel that contractors have a low incentive to perform in a timely manner if the contract waives the owner's right to its consequential damages. In contrast, many contractors feel that it is inequitable for owners to attempt to hold the contractor responsible for consequential damages that could reach excessive amounts and drive the contractor out of business".

¹⁸³ No Brasil, p.ex., a Lei nº 6.453, de 17.10.1977, limitou a responsabilidade do operador pela reparação do dano nuclear, em cada acidente, ao valor correspondente a um 1.500.000 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

¹⁸⁴ Dependendo do Book do FIDIC, o DAB, antes de solucionar um conflito, o DB, deve primeiro evitá-los.

¹⁸⁵ As ICC Dispute Board Rules prevêm em seu Artigo 16, assistência informal do DB no caso de desentendimentos: "*Informal Assistance with Disagreements*".

¹⁸⁶ WALLIS, Shani. DRBs in North America – Knowing and Playing by the Rules, p. 4, lembra que "perhaps, auspiciously DRBs were conceived for tunneling, and still apply today to a large majority to tunneling contracts. Application to other engineering contracts, including bridge and dam construction, highrise developments, and highway and rail projects has increased in recent years, but the geological unpredictably and uncertainty and the consequences on the terms of a contract, make tunnels particularly prone to claims and disputes. It was on the Eisenhower road tunnel in Colorado in 1974 that a DRB was first convened in the US. It heard three disputes, all of which were resolved amicably. There are today more DRBs in North-America than internationally, were non-binding DRBs are often substituted with binding DABs (Disputes Adjudication Boards), but this is growing rapidly and intentional application may soon overtake application in North-America".

na Nova Zelândia e na África, a serem buscados conjuntamente pelas partes, sob o suporte do DB, durante todo o prazo contratual, dentro de um ambiente positivo de colaboração, que terá como tarefa prevenir litígios, neutralizar desgastes, gerenciar riscos e mitigar problemas, onde é necessário ter domínio das melhores práticas da indústria de construção¹⁸⁷ para poder recomendar soluções amigáveis, tempestivas, adequadas e eficazes para o projeto, podendo o DB ofertar uma opinião, uma recomendação não vinculante ou decisão vinculante.

Como se nota, na indústria da construção não basta conhecer bem o Direito para entender e julgar assertivamente. Ela carece de especialistas experientes que necessariamente tenham vivenciado a realidade do canteiro de obras para entender o que aí se passa. Tudo isso a evidenciar a natureza complexa dos contratos de construção,¹⁸⁸ levando à necessidade de negociar a dispersão dos riscos daquele projeto entre os seus participantes, sob o princípio do *risk sharing*.^{189 190} Essa dispersão dos riscos aos diversos partícipes do projeto, e seu ulterior gerenciamento intensivo, constituem parte relevante dessa modalidade de contrato, uma vez que, em havendo custos adicionais, isso certamente levará a cogitar quem deverá arcar com os tais eventuais sobrecustos.

Esse grau de assertividade e compreensão dificilmente se pode esperar de um juiz togado e do perito judicial, que, embora sendo imparciais e independentes, em sua ampla maioria, nunca estiveram num canteiro de obras, não têm a experiência nem a especialidade requeridas na construção pesada, não estão habituados aos complexos contratos de construção de obras de infraestrutura, em sua maior parte não estão habituados ao idioma estrangeiro, nem ao jargão jurídico existente nesses contratos de obras de infraestrutura, indústria de base e de plantas industriais – e não vai aí nenhuma crítica, já que o judiciário não foi treinado, não tem a especialização nem a experiência necessárias, até porque o seu foco está centrado em priorizar as causas públicas, os interesses e anseios da própria sociedade.

Scott L. Hoffman lembra ainda que nos contratos de construção em projetos financiados sob a modalidade do *project finance*, a maior parte dos riscos se situa na fase do *start-up*.¹⁹¹ O Eng. Rui Arruda Camargo esclarece ainda que,

¹⁸⁷ CARR, Frank. CPR Dispute Prevention Briefing: Construction – Partnering, p. 21 e seguintes, elucida o porquê da utilização das melhores práticas.

¹⁸⁸ ADRIANSE, John. *Construction contract law*. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 01.

¹⁸⁹ HAGGINS, James R. DRBs Using Non-Binding Recommendations in the Public Sector, p. 12.

¹⁹⁰ KIYOSHI KOBAYASHI, Toshihiko Omoto; ONISHI, Masamitsu. Risk-Sharing Rule in Project Contracts.

¹⁹¹ HOFFMAN, Scott L. *The Law of Business of International Project Finance*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 29, assim se posiciona a propósito da conclusão da construção: “*start-up* of a project is the most important risk-shifting phase of a project financing because of achievement of the performance guarantees through performance test signals the end of the contractor risk period and the beginning of the risk period for the operator and project company. Until this time, the contractor is responsible for almost all construction risks, pursuant to the turnkey construction contract. At start-up, permanent lender and

em países como os Estados Unidos, não só as grandes obras de infraestrutura, mas obras de porte médio, como prédios comerciais ou mesmo residenciais com custo a partir de R\$20 milhões têm-se valido de DBs, o que implica um custo que corresponde a algo como 0,5% do valor da obra, sendo que nas grandes obras esse custo tende a ser menor.

Note-se também que os contratos de construção de obras de infraestrutura da antiga geração, por exemplo, como os da Eletrobras, tinham em torno de 15 páginas, ficando todo o restante acomodado em anexos, enquanto os contratos de construção atuais, como os contratos do FIDIC, tendem a superar as 100 páginas. A diferença entre um e outro são as contribuições da escola de gerenciamento de projetos, que passaram a adotar “melhores práticas da indústria de construção” como fator de governança contratual, que acabaram consolidadas em muitos desses novos padrões contratuais. Assim, qualquer eventual alteração de sua estrutura deve ser pensada com muito critério para não suprimir ou mutilar alguma estrutura ou disposição essencial, sob pena de mostrar-se pernicioso à sistemática do contrato, e prejudique a execução do contrato futuramente.

Por sua vez, o custo dos DBs é mínimo, se comparado aos procedimentos mais adversariais, além de conferir às partes melhor controle do procedimento, em cotejo com a solução dos procedimentos adversariais. Além disso, as decisões dos DBs ocorrem em *real time* (em tempo real), contemporaneamente com a execução das obras, em momento oportuno para alteração dos rumos contratuais, impedindo, assim, que sejam gerados prejuízos, perdas e danos, e penalidades, etc., tendo-se em consideração que a sentença arbitral, nesses casos, possivelmente não será emitida antes de 3,5/4 anos, sendo boa parte do tempo gasto na produção de robustas provas e laudos, e depois para sua leitura, e em conseguir espaço na agenda dos árbitros que atuam em procedimentos relacionados à construção pesada, e caso a opção recaia sobre a solução judicial, além da demora em décadas aguardando solução dos tribunais. E, como consequência previsível, o resultado tenderia a ser menos preciso, menos adequado e menos justo, quando não uma sentença imprestável. Além disso, no processo judicial inexistente a proteção da confidencialidade.

equity investors, including the sponsor, require the contract to prove that the project can operate a level of performance necessary to service debt and pay operating costs”.

3 Composição e operação

3.1 Onde utilizar

Os DBs têm sido utilizados em projetos de engenharia e construção civil e militar pesada (por exemplo, construção para a execução de túneis,¹⁹² canais,¹⁹³ autoestradas, energia¹⁹⁴ e processo), construção naval, equipamentos pesados sob encomenda, financiamento, *bonds* e seguros, tendo fundamento nos princípios da voluntariedade, autodeterminação, cooperação e colaboração, confidencialidade, respeito e confiança, em moldes a permitir a solução do conflito, notabilizando-se como um órgão de assessoria da gerência do projeto. Os membros dos DBs devem pautar sua atuação pelas normas contratuais e legais, inexistindo decisão por equidade em matéria de DBs. A competência do DB pode também alcançar os subcontratos, dentro do conceito de multipartes, mas, para isso, são necessários alguns arranjos.

3.2 Modalidades

As principais modalidades de DB são: Dispute Review Experts (DRE), Dispute Review Boards e os Dispute Resolution Boards (DRBs) emissores de recomendações não vinculantes; os Dispute Adjudication Boards (DABs)¹⁹⁵ emitem decisões

¹⁹² Dentre as obras realizadas com suporte em DBs está o Saint Gotthard Base Tunnel (SGBT), na Suíça, da concessionária AlpTransit Gotthard AG (ATG), o mais longo túnel do mundo, com 57 km de comprimento e um total de 153,5 km de túneis, poços e passagens, superando o Seikan Tunnel, no Japão, cuja construção teve início em 1998, estando o seu término previsto para 2016.

¹⁹³ GENTON, Pierre M. Panama Canal Project 2001. Outra obra realizada com suporte de DBs é a ampliação do Canal do Panamá, devolvido pelos Estados Unidos ao Panamá em 1999. Após mais de 100 estudos abordando sua viabilidade econômica, na engenharia e de impacto ambiental, após o que foi objeto de referendo em 2006, e após regular licitação, os primeiros contratos foram adjudicados em 2007, e os principais em 2009, com orçamento inicial de US\$ 5,5 bilhões. A Notice to Proceed foi emitida em agosto de 2009 e a data de conclusão foi prevista inicialmente em setembro de 2004.

¹⁹⁴ DETTMAN, Kurt; MACKAY, Duncan Ross. The Use of DRBs in the Energy Industry, *DRBF Forum*, Volume 14, Issue 2, May 2010, no âmbito de projetos do Renewable Portfolio Standards (RPS) e Regional Greenhouse Gas Initiatives (RGGI) norte-americanos, permitem alinhar como vantagens no uso dos DBs as seguintes: "Power plant and transmission line projects share the common features with large civil construction projects, on which DRBs have been used successfully for years: (i) Lengthy projects (permitting to commercial operations can take many years); (ii) Multiple parties (owner, designer, engineer, CM, GC, Subs, and Suppliers); (iii) Complex Engineering and coordination challenges; (iv) Cost/schedule pressures to get to commercial operation; (v) Involvement of outside stakeholders (funding entities, regulators, customers)".

¹⁹⁵ DETTMAN, Kurt; MIERS, Christopher. *DRBF Forum*, Volume 11, Issue 4, November 2007, The Use of 'Adjudication DRBs' Where Parties are Subject to Adjudication or Arbitration Process, p. 1,12e 13, extraem as seguintes conclusões: "the adjudication and arbitration processes are well-established in the construction history. These processes, however, have their limitations in terms of timeliness and cost – and ultimately the party's satisfaction with and acceptance of the outcome. The authors propose that for most projects on which the parties are already subject to a binding dispute resolution process, the preferred dispute resolution organism would be to combine the concept of a standing DRB with the concept of the UK adjudication/US arbitration processes. The use of 'Adjudication DRBs' presents the opportunity to combine the best features of a DRB with the best features of the adjudication/arbitration processes".

vinculantes e os Combined Dispute Review Boards (CDBs) – preferencialmente emitem recomendações, mas podem emitir decisões vinculantes, conforme for solicitado e adequado, estando a modalidade CDB, que até o momento foi regulado unicamente pela ICC.¹⁹⁶

Há também os Dispute Boards *ad hoc*, que são menos custosos, mas incomensuravelmente menos eficazes. *Ad hoc*, em princípio, significaria procedimento não administrado, mas não nesse caso. *Ad hoc*, nesse caso, tem um significado bem diferente, uma vez que o DB inexistente até que apareça uma disputa, quando ele é, então, construído. Assim, o DB não poderá prevenir disputas, nem atuar em *real time* (em tempo real), ou seja, ele simplesmente não tem os principais atributos, nem a eficácia de um DB, e como ele será constituído quando houver uma disputa, ele poderá atrasar significativamente o andamento do projeto, uma vez que seus membros não estão familiarizados com o projeto, e as partes podem até já estar em posições adversariais, ou, pior, pode nem mesmo existir, se uma das partes simplesmente elidir a sua criação.

Na verdade, em minha opinião, o DB *ad hoc* não é adequado nem mesmo no caso do Yellow Book, que cogita da fabricação de equipamentos sob encomenda. É que a fabricação de equipamentos pesados sob encomenda, por exemplo, de uma plataforma de petróleo, embora sendo mais singela que a construção, também é bastante complexa, com discussões intensas na fase de projeto e execução, com trabalho intenso em caldearia pesada, logística complexa, com grandes parcelas de importações, crédito documentário, contrato de afretamento (*charter party*, inclusive arcando com um *demurrage* altíssimo), desembaraço alfandegário, desembarque, capatazia, estiva, pagamento de impostos, isso quando o equipamento não é totalmente importado e necessita de inspeções de embarque no exterior e de desembarque no destino, para liberação dos pagamentos, onde, para que seja factível ao DB atuar preventivamente e proativamente,¹⁹⁷ é necessário que ele acompanhe as inspeções em fábrica, tenha acesso às reuniões gerenciais, testemunhe a fase do *startup* (testes de entrega e rendimento, comissionamento, partida experimental e entrada em operação comercial), para que o DB esteja em condições de prontamente dar uma opinião ou realizar uma audiência, ou para manifestar-se em *real time* (em tempo real).

Assim, de um lado, o FIDIC criou essa figura exótica e esdrúxula de DB *ad hoc*, que não se enquadra no conceito de DB, nem no de *ad hoc* (“feito para essa finalidade”), que apenas o FIDIC segue, mas que não é preventivo, não é proativo,

¹⁹⁶ Além das principais formas de DB, há diversas variações, como: (i) os disputes management boards, (ii) os five-members boards, (iii) os interlocking board members, (iv) os consolidated dispute boards, (v) os regional dispute boards, is pelos departamentos de transporte estaduais nos Estados Unidos, como o Florida Department of Transportation – FDOT, (vi) subcontractor chain dispute boards, dentre outras.

¹⁹⁷ ALBERTINI, Antony. Procedure – How Proactive Should a DB Be to Find the Truth.

e muito menos permite que o DB se manifeste em *real time*. Especialmente se considerarmos que uma arbitragem no setor da construção, hoje, no Brasil, não demanda menos de 3,5/4 anos. Assim, de um lado, são 84 dias, enquanto do outro são 3,5/4 anos, o que não é razoável para a indústria de construção.^{198 199}

200 201 202 203

¹⁹⁸ Dispute Resolution Board Foundation DRBF. DRBF Practices and Procedures – Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards & Dispute Adjudication Boards. 3rd. ed. Florida, 2007, Section 2 – Chapter 2, p. 1 of 7, item 2.2.1 *When to Establish the DRB*, a propósito desse tema, a DRBF Practice and Procedures 2007 assim se posiciona: “Board members should be selected and the DRB established before site work commences. Success of DRB process depends in part on the parties and the Board members developing rapport, and getting to know and trust each other takes time. The first DRB meeting should be set as soon as possible after site work begins. Early Board member selection and DRB startup cannot be over-emphasized. Many times the relationship between the parties becomes strained soon after award of contract, when issues relating to submittals, site preparation and utilities are discovered. It is important that the DRB be activated as soon as possible after award the contract to be available as a resource to facilitate communications and resolve issues based on contemporaneous knowledge of the circumstances”.

¹⁹⁹ ABBAS, Nabil M. A. DAB Establishment and Responsibilities, assim esclarece o papel que deve incumbir aos DABs: “The benefits of appointing the Dispute Board at the beginning of a project are: (i) its members have the opportunity to gain accumulated and intimate knowledge of the project and of its personnel; (ii) there is continued familiarisation of the site operations through periodic site visits; (iii) the ability to hold discussions regarding progress and any potential conflict; exercising dispute avoidance; enhanced opportunity for Board members to establish rapport and credibility with the parties, which greatly facilitates dispute resolution; and (iv) the opportunity for the Board members to get to know and work with each other before a dispute hearing is held”.

²⁰⁰ ABBAS, Nabil M. A. Effective Use of Dispute Boards for Dispute Avoidance and Resolution on Major Projects, faz a seguinte ponderação sobre DAB ad hoc: “the appointment of an ad hoc DAB is unwise, as it would not achieve one of the main objectives of the prevention of disputes during the course of the works and fall short on the second objective of effective dispute resolution. An ad hoc DAB may appear cheaper, because it saves the cost of the monthly retainer and site visits. However: (i) it is always more difficult to agree on the members of DAB after a dispute has arisen; (ii) there will be a further delay before the DAB can actually consider the dispute: the DAB will charge for the time necessary to mobilise and familiarise itself with the background to the dispute and, perhaps most important; (iii) the parties have lost the potential for the DAB to help to prevent the dispute from arising. These procedure”.

²⁰¹ CHERN, Cyril. *Dispute Boards*, p. 13, assim enfatiza a importância de um appointment dos membros do DB na mobilização do contrato e na realização de visitas regulares no canteiro de obras: “the dispute board should be established at the commencement of construction and should exist throughout the contract period. This is a feature that most differentiates dispute boards from some other forms of adjudication. Some lending institutions make provisions in their loan agreements whereby funds are suspended until the dispute board has been appointed and has commenced its program of regular visits to the project. In some contracts failure to appoint the dispute board (within a certain period) constitutes breach and enables the non-defaulting party to apply for institutional appointments. The establishment of a dispute board should not be left until a dispute has arisen or after the contract has been completed. A dispute board main value is in being part of the project from the outset so that presence can, from the start, influence the attitudes and behavior of all those involved. Early appointment and regular site visits enable the dispute board members to become highly conversant with the project and actually observe the problems on site as they develop. Technical difficulties and their contractual ramifications can readily be appreciated and, should the dispute board be required to make a decision on a dispute, its close knowledge of the project and the issues (and personalities) should permit quick, well-informed, even-handed and consistent responses. If the dispute involves allegations of delay or disruption, or if ground conditions are in issue, even contemporaneous correspondence or photographs can be mislead. By heaving witnessed the technical and physical conditions prevailing at the time, through regular (three or more times per year) visits to the site during construction the difficulties of *ex post facto* determinations are avoided and the expensive task of reconstructing historical events is reduced”.

3.3 Composição e *expertise*

Os DBs podem ser integrados por um (Dispute Review Expert – DRE),²⁰⁴ três (Dispute Review Board – DRBs) ou mais membros,²⁰⁵ conforme os projetos demandem diversas especialidades, naquele tipo de obra, capacitados, com larga experiência em contratos de construção e em sua interpretação, experientes, imparciais, independentes, respeitados e que tenham a confiança das partes. A composição mais usual de um DB é de dois engenheiros e um advogado, e a razão dessa composição é objetivando dotá-lo de capacitação técnica e jurídica, o que facilita o entendimento das condições em campo e das implicações contratuais e legais. Assim, a utilização de um advogado experiente pode ser extremamente benéfica para o projeto, por exemplo, na emissão de *advisory opinions*, na administração do procedimento, de audiências e na redação das recomendações escritas.²⁰⁶

É necessário que os profissionais que atuam em DB tenham cultura em soluções consensuais de solução de conflitos, para que não coloquem as partes

²⁰² OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. *Dispute Boards: Procedures and Practices*, p. 11, assim ponderam os dispute boards ad hoc: “the ad hoc DB, being appointed after the dispute has arisen, does not incur the cost of regular site visits and has the apparent advantage that the member can be selected to suit the particular dispute. This could be beneficial for a specialist technical or legal dispute, but most disputes involve several different issues, requiring a range of experience. The ad hoc DB should also be aware of the likely dates of the hearing and decision-making activities and so can check its availability over this period when deciding whether or not to accept the appointment. This consideration may be particularly important if the time making the decision has been reduced from the standard FIDIC 84 days to, perhaps, only 42 days. In the opinion of authors, the benefits of the full-term DB, particularly its dispute avoidance work during its visits to the site, more than justify the additional expense”.

²⁰³ LANCRANJAN, Marius. *Dispute Boards and Dispute Prevention*, a propósito dos ad hoc DAB, lembra que eles tendem a uma solução “win-lose”, pelos seguintes motivos: “(i) the resolution of a specific dispute(s) is envisaged; (ii) board of 1 or 3 members to be appointed from the beginning or at a commonly agreed stage of the contract (according to the contract documents); (iii) each party can submit his own referral for DAB decision; (iv) referrals should consider the contractual disputes upon which other contractual procedures (like Engineers’ determinations) could not lead to a both party accepted resolution or the parties could not reach to an agreement through direct bilateral negotiation; (v) procedures for site visits, hearings and for submitting data to the DAB instructed by chairperson of the board and agreed by the parties; (vi) the board members have to discuss with both parties during the site visits and hearing (if any) and they have to be provided by both parties with all relevant documents for the case (as parties may consider); (vii) a binding decision for resolution of the dispute”.

²⁰⁴ O Banco Mundial estabeleceu as seguintes faixas de valores: (i) em contratos com valor até US\$ 10 milhões, aponta-se um Dispute Review Expert (“DRE”); (ii) contratos com valor entre US\$ 10 a 50 milhões, tem cabimento um DRB ou um DAB com 3 membros; e, (iii) em contratos com valor acima de US\$ 50 milhões, é obrigatório um DAB com 3 membros.

²⁰⁵ CHERN, Cyril. *Dispute Boards*, p. 11 e 80, respectivamente, lembra que (i) o Túnel do Canal da Mancha Reino Unido-França teve 2 painéis num total de cinco membros, um técnico composto por engenheiros, e um financeiro, (ii) o Aeroporto Internacional Chep Lap Kok, de Hong Kong, teve um Dispute Review Group com 6 membros e um “convenor” (convocador), (iii) uma projeto de um hospital no norte da Inglaterra, financiado por uma PFI, teve um DB com dois membros permanentes, e uma lista em torno de trinta doutores em diversas especialidades como engenharia, finanças e inclusive clínicos, que eram mobilizados para o DB conforma as necessidades, (iv) no projeto Saltend Private Power Plant, no noroeste da Inglaterra, o DB também teve cinco membros, sendo três principais e 2 suplentes.

²⁰⁶ HAFER, Randy. *CPR – International Institute for Conflict Prevention & Construction Briefing: Dispute Review Boards & Other Standing Neutrals, Achieving “Real Time” Resolution and Prevention of Disputes*.

em posição adversarial de confrontação, já que se trata de procedimento que demanda estreita colaboração e cooperação entre as partes. Por outro lado, é conveniente enfatizar a necessidade de ter profissionais já pré-selecionados, para que a indicação, contratação e integração no projeto ocorra no momento adequado. Lastreado nessas considerações, o Instituto de Engenharia formatou o regulamento dos DBs como sendo integrado por dois engenheiros e um advogado, que, preferencialmente, presidirá o CSC (art. 6º, item 6.1).²⁰⁷

Por sua vez, quanto à indicação, (i) cada parte pode indicar um membro do DB, para aprovação da outra parte, e os membros indicados escolhem o terceiro membro, que será o presidente do DB; (ii) as partes indicam os três membros, que entre si escolherão quem será o presidente do DB, (iii) preferencialmente, as partes conjuntamente escolhem os três membros e indicam quem será o presidente, por exemplo, a partir de uma lista de nomes ou indicados por uma instituição especializada, para que o DB esteja instalado e em funcionamento concomitantemente como condição precedente para a mobilização do canteiro e início das obras.²⁰⁸

3.4 Especialidades e experiência

Gwyn e Cyril lembram que as decisões dos membros do DB devem ter experiência relevante naquele tipo de obra, conhecer em detalhe os contratos de construção e interpretação de documentos contratuais, conhecer o idioma contratual, conhecer resolução de conflitos na construção, conhecer o procedimento, ter disponibilidade, prevenir e decidir os conflitos que sobrevenham em *real time* (em tempo real).²⁰⁹

3.5 Imparcialidade e independência

Assim, tem curial importância o papel que cabe às decisões imparciais e independentes do DB, sem conflitos de interesse, como facilitadores do entendimento entre as partes, que com estas assumem protagonizar a solução do conflito.²¹⁰ Por outro lado, os membros do DB, ao atuarem no procedimento, não

²⁰⁷ Instituto de Engenharia – IE. Regulamento do Comitê de Solução de Controvérsias do Instituto de Engenharia é: http://ie.org.br/camara/cma_textos.php?id_sessao=21&id_texto=18&lnk=1.

²⁰⁸ Wikipedia, *Dispute board*: “the significant difference between Dispute Review Boards and most other Alternate Dispute Review techniques (and possibly the reason why or Dispute Review Boards have had such success in recent years DAB com 3 membros; e, em contratos com valor acima de US\$ 50 milhões, é obrigatório um DAB com 3 membros.

²⁰⁹ OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. *Dispute Boards: Procedures and Practices*, p. 26-32.

²¹⁰ É vedado aos membros do DB atuarem, tanto nos casos de impedimento (vedação absoluta) e suspeição (vedação relativa) previstos nos arts. 134 e 135, respectivamente, do Código de Processo Civil, com as consequências nos arts. 136 a 138 e 312 a 314.

o fazem como professores, advogados, consultores, juízes, árbitros, psicólogos. Os membros do DB também não devem declinar nenhuma opinião pessoal,²¹¹ devendo se ater a ouvir as partes *da forma* e com *a intenção com que elas desejam ser ouvidas* (escuta ativa), a fim de que as partes possam expor suas motivações e justificativas. Uma atuação completamente imparcial e independente confere credibilidade e confiança às recomendações do DB.

Nos procedimentos, os membros do DB também devem estar atentos à comunicação verbal, paraverbal e à não verbal, sendo que o acolhimento tem extrema relevância, cabendo ao DB facilitar a comunicação, como guardiões do procedimento e agentes da realidade, assegurando o equilíbrio de poder entre as partes.

3.6 Inexistência de conflitos de interesse

Quanto à inexistência de conflitos de interesses,²¹² cada membro tem obrigação de revelar integralmente, por escrito qualquer conflito de interesse, emprego, consultoria, vínculo financeiro, profissional ou pessoal, a atuação passada em DBs, o que implica que, a menos que as partes disponham diversamente, não podem os membros ser funcionário de qualquer das partes, direta (dono da obra, contratado principal e seus sócios em *joint venture*, parceiros ou consorciados) ou indiretamente envolvidas (projetistas, arquitetos, engenheiros, gerente do projeto, consultores, sócios em *joint venture*, consorciados, subcontratados e subfornecedores). No tocante a ex-funcionário, devem os membros do DB obter prévia autorização da outra parte antes de assumir, estando claro que não deve haver nenhuma espécie de vínculo financeiro com qualquer das partes, direta ou indiretamente envolvidas, e quanto aos vínculos atuais, deve ser sempre integralmente divulgado por escrito antes de assumir.

Não deve haver relações profissionais e/ou pessoais próximas entre os membros do DB e pessoas-chave do projeto, direta e indiretamente envolvidas. Do mesmo modo, os serviços prestados no passado ou no presente como membros de DBs a qualquer das partes, direta ou indiretamente, devem ser previamente divulgados por escrito pelos membros do DB antes de assumir, não se admitindo prévio envolvimento no projeto, para assegurar a lisura do procedimento. Quando

²¹¹ DRBF Practices and Procedures 2007, item 3.6.4, último parágrafo.

²¹² PHILLIPS, James D. Ethics: Separating the Black and White from the Gray, assim alinha os requisitos prioritários para uma prática ética: "complete objective, neutrality, impartiality, freedom from bias, no appearance of conflict of interest. These attributes instill confidence by the parties in the DRB process". O autor também indica as seguintes barreiras a uma prática ética: direct, employment with a party, consulting contracts with a party, financial ties with a party, close personal/professional relationships, behavior that creates suspicions or appearance of conflict of interests or bias".

seja o caso de advogados integrantes de escritórios, a inexistência de conflitos de interesse deve abranger outros membros do escritório, quando aplicável. A obrigação de ser imparcial e independente e de revelar a existência de conflitos de interesses por parte dos membros dos DBs é uma obrigação contínua, que deve ser prontamente informada a qualquer tempo, ao longo de todo o prazo contratual.²¹³

3.7 Seleção, contratação e substituição de membros

As partes devem assegurar pronta seleção dos membros do DB, por exemplo, a partir de lista de nomes preexistentes ao procedimento licitatório, devendo a escolha dos membros do DB ocorrer imediatamente após a adjudicação do contrato, para que o DB esteja instalado e operacional desde o início da execução do contrato, iniciando-se pela seleção dos membros, que deve ocorrer antes da mobilização do contrato das obras.

A escolha de membros pode se dar por uma das seguintes formas: (i) uma parte indica um membro, para aprovação pela outra parte, incumbindo aos dois membros indicar o terceiro membro, o “chairman”, (ii) os três membros são escolhidos, e entre si decidem quem será o *chairman* ou presidente do DB, e (iii) há o método preferencial, no qual as partes em conjunto aprovam todos os membros do DB, o que deve constituir condição precedente para a entrada em vigor do contrato de construção. Em alguns casos, a indicação do presidente do DB provém do contrato de construção. Escolhidos os membros do DB, devem as partes com eles firmar imediatamente os contratos trilaterais entre o dono da obra, o contratado principal e cada membro do DB, conjuntamente com o contrato de construção. Na hipótese de renúncia de membro do DB, por doença ou outra causa, a substituição deve se operar pelo mesmo método empregado na indicação do membro substituído.

3.8 Integração

Uma vez escolhidos e contratados os membros do DB, eles passam a atuar como parte da equipe de gerenciamento do projeto, devendo a ela estar integrados desde a *kick-off meeting* com o cliente.

²¹³ DRBF – Dispute Resolution Board Foundation. DRBF Practices and Procedures Manual, Seattle: 2007, DRBF Code of Ethics.

3.9 Procedimento e calendário de reuniões periódicas

Na primeira reunião, o DB deve acordar com as partes a minuta do procedimento para debate. Uma vez aprovada, as partes se comprometem a aceitar e acordar sobre um calendário de reuniões, na frequência julgada adequada, traçando um plano de trabalho com uma agenda definida com temas e datas, considerando as disposições legais e contratuais aplicáveis, os métodos construtivos empregados nessa construção, a sequência construtiva adotada, devendo ser o DB prontamente acionado para prevenir ou solucionar alguma divergência entre as partes.

Os procedimentos devem ser razoavelmente simples e flexíveis, para que o DB se concentre no mérito da disputa. Durante o andamento do projeto, os membros do DB vão recebendo informações atualizadas que os habilitem a conhecer de perto o andamento dos trabalhos, fabricações, transportes e estocagem, montagem eletromecânica, instalações elétricas, hidráulicas, TI, testes e comissionamento (relatórios de andamento das obras, atas, anotações no livro diário de obras), a fim de que eles estejam em condições de opinar no momento necessário, de forma adequada, oportuna e assertiva. Nas reuniões, o DB se reúne com as partes, percebe em primeira mão o grau de progresso das obras e os problemas existentes, avalia condições diferentes no local da obra, as reivindicações relacionadas à emissão de pagamentos e a celebração de aditivos ao contrato.

Nessa primeira reunião, o DB deve também acordar com as partes um calendário de reuniões no canteiro de obras, onde as partes podem expor adequada e integralmente suas posições sobre o andamento da obra, em campo neutro, a profissionais imparciais, independentes e isentos de conflitos de interesses. Isso é importante, pois é da revelação integral de potenciais conflitos de interesses que advirá a confiança das partes nos membros do DB. Na maior parte dos casos, as reuniões são trimestrais ou bimestrais, sendo que em projetos complexos²¹⁴ ou de rápida maturação (*fast-track projects*) a frequência é mensal.

Os procedimentos do DB podem prever a emissão de um parecer consultivo pelo DB (informal *advisory opinions*) ou uma audiência.²¹⁵

²¹⁴ BURKE, Thomas J. DRB Evaluation of Delays on Large Complex Projects, lembra que em projetos complexos podem haver grandes disputas, com massivos custos excedentes, onde compara os resultados obtidos através das atualizações do cronograma físico-financeiro CPM, em cotejo com o cronograma de desenhos "as built", para o fim de precificar e sancionar os atrasos, e avalia os resultados obtidos.

²¹⁵ A propósito da seriedade com que deve encarado o procedimento, sugerimos ver o depoimento de um ex-Presidente da DRBF, OWEN, Gwyn. Follow the Procedure! *DRBF Forum* Vol. 16 – Issue 2, p. 08-09.

Opiniões (*advisory opinions*)

Assim, quando é suscitada alguma dúvida, o DB pode ser chamado a se manifestar preventivamente, emitindo uma opinião, formal ou informal, ferramenta de caráter preventivo que aparece nos itens 2.4 do Users Guide e 3.5 do Member Guide da DRBF Practices and Procedures Manual de 2007.²¹⁶ A opinião permite economizar os custos que seriam gastos com a realização de uma audiência, sem, entretanto, impedir que no futuro qualquer das partes possa solicitar o agendamento de uma audiência para avaliar esse assunto.

Opiniões têm cabimento para uma rápida solução de divergência, constituindo um método pelo qual as partes demandam uma manifestação informal do DB sobre uma questão específica, por exemplo, sobre divergências na interpretação ou na aplicação de uma disposição contratual ou legal, ou quando eventual disputa esteja num estágio bastante inicial, objetivando uma avaliação neutra sobre a solução de uma disputa fora do sistema formal de audiências. O parecer deve ter lugar antes de qualquer determinação pelo engenheiro/administrador do projeto, não sendo, em princípio, vinculante, seja para as partes ou para o DB.

A opinião deve ter lugar assim que as partes acreditem ter uma disputa potencial, sem protelação, após considerar cuidadosamente os argumentos da outra parte e de com ela manter negociações preliminares, e podem ser realizadas nas visitas periódicas ao canteiro, que são parte essencial desse procedimento, sempre antes de se assumirem posições adversariais, aprofundar-se em divergências e/ou gastar recursos adicionais.

Para obter uma opinião, cada parte deve apresentar resumidamente sua posição, seguida de discussão conjunta e de uma reunião individual do DB de cada parte (Cáucus), concluindo-se com uma apresentação do entendimento do DB, falada ou escrita, sobre a questão proposta, que serve de base para negociação direta de uma solução amigável. Assim, as partes, já tendo antevisto qual pode ser a recomendação do DB, dispõe de forte incentivo para chegar a uma

²¹⁶ HÖK, Götz-Sebastian. Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method? *PDRBF Forum*, Volume 15, Issue 3, ago. 2011, lembra que: "it is very important insight that dispute adjudication does not only serve for dispute resolution, but also for dispute avoidance". E adiante pontua: "under Common Law the principle is that it is generally left to the parties themselves to make bargains. It is therefore left to them sometimes to fail to make bargains or to fail to agree on particular terms. By contrast Civil Law generally provides a remedy for a wrongful conduct produced by an act of bad faith (...). Although there is no general rule about pre-contractual liability, in the Common Law system, the parties shall not engage in unfair conduct at the pre-contractual stage if the parties have signed a letter of intent or a memorandum of understand requiring them expressly and clearly to 'act in good faith' and/or 'to use their best effort to reach an agreement'. A contractual duty to use best endeavours to achieve a defined object is enforceable, whereas an obligation to use best endeavours to achieve an indefinite object is not", e ao final conclui: "Hence dispute avoidance practices do not only depend on the intention to avoid a dispute. Rather the contract and the law require to act in good faith in the endeavour to reach an agreement. Failure to comply with the duties may lead to a breach of contract".

posição comum negociada satisfatória a ambas as partes. Porém, se as partes não conseguirem negociar uma autocomposição da divergência pela negociação direta, as partes têm o direito de solicitar a realização de uma audiência.

Providências prévias às audiências

Previamente às audiências, as partes devem acordar o escopo da disputa, submetendo ao DB petição concisa e sumária com a sua posição, natureza e particularidades da disputa, histórico dos fatos e indicação das disposições legais e contratuais aplicáveis, sendo conveniente que as partes se ponham de acordo sobre um dossiê de documentos a ser apresentado conjuntamente com a petição e a contestação, lista do pessoal diretamente envolvido que deverá comparecer à audiência, em moldes a permitir que ambas as partes tenham oportunidade adequada de se preparar, devendo ser feita encadernação com páginas numeradas e índice, lida preparatoriamente à audiência.

Audiências

O DB, então, em consulta com as partes, fixa a data, hora e local da audiência, devendo todos pautarem-se pelo procedimento operacional estabelecido na primeira reunião, sendo as deliberações do DB colegiadas, apenas em último caso sendo admissível voto em separado, o que enfraquece o DB. Por isso, nenhum dos membros está autorizado a expor suas opiniões pessoais.²¹⁷ As audiências são realizadas em clima de negócio, nelas não inexistindo excesso de formalidades processuais, depoimento juramentado, *cross-examination*,²¹⁸ *direct examination*,²¹⁹ ou *redirect examination*,²²⁰ estenografia, gravação de áudio ou

²¹⁷ DRBF Practices and Procedures 2007, item 3.6.4, ultimo parágrafo.

²¹⁸ BLACK'S Law Dictionary, p. 376, assim define *cross-examination*. "The examination of a witness upon a trial or hearing, or upon taking a deposition, by the party opposed to the one who produced him, upon his evidence given in chief, to test the truth, to further develop it, or for other purposes. The examination of a witness by a party other than the direct examiner upon a matter that is within the scope of the direct examination of the witness. Generally, the scope of examination is limited to matters covered on direct examination and matters affecting the credibility of the witness; though the court may in its discretion permit inquiry into additional matters as if on direct examination".

²¹⁹ BLACK'S Law Dictionary, p. 460, dá a seguinte definição de *direct examination*: "the first interrogation or examination of a witness, on the merits, by the party on whose behalf is called. The first examination of a witness upon a matter that is not within the scope of a previous examination of the witness. Calif. Evid.Code. This is to be distinguished from an examination *in pais*, or on the *voir dire*, which is merely preliminary, and is had when the competency of witness is challenged; from the cross-examination, this is conducted by the adverse party; and the redirect examination is had by the party who first examined the witness".

²²⁰ BLACK'S Law Dictionary, p. 1279, assim define *redirect examination*: "an examination of a witness by the direct examiner subsequent to the cross-examination".

vídeo, celulares, nem são admitidas interrupções, para não atrapalhar a compreensão, admitidas apenas para fornecer esclarecimentos ao DB.

O DB possui poderes inquisitoriais (inquisitorial procedure),²²¹ mas deve se abster de perguntas que pareçam favorecer apenas a uma das partes, cabendo a elas se portar de modo profissional, sem posições adversariais ou confrontações, como as partes pretenderem. É desejável que as partes façam uma abordagem ponto a ponto, para tornar visíveis as diferenças de opiniões existentes. Em geral, as manifestações do DB são recomendações não vinculantes, mas se nenhuma das partes apresentar uma objeção, elas passam a ser finais e vinculantes. O DB decide em *real time* (em tempo real), contemporaneamente com a execução das obras, o que permite que a gerência de projeto se beneficie das deliberações do DB.

Nos procedimentos, os membros do DB também devem estar atentos à comunicação verbal, paraverbal e não verbal dos representantes das partes e testemunhas, sendo que o acolhimento da emoção tem extrema relevância, razão pela qual cabe ao DB facilitar o diálogo e comunicação, como guardião do procedimento e agentes da realidade, assegurando o equilíbrio de poder entre as partes, respeitando o seu passado, mantendo os pés no presente e olhos serenos no futuro da relação das partes.

Uma vez ocorrendo um fato que possa implicar reivindicação, ele deve ser imediatamente noticiado à outra parte, dispondo elas de prazo para negociação direta de um acordo. Não ocorrendo isso, o DB deve ser prontamente acionado. Como a opinião, a audiência deve constituir campo neutro, no qual as partes terão igual oportunidade de apresentar suas posições, argumentos, fundamentos e provas, fornecendo oportunidade para esclarecimento e entendimento, devendo o DB exortar as partes a agir aberta, honesta e informalmente, assistindo-as na negociação. O DB também deve ser ouvido sempre antes de uma das partes chegar a uma “posição final”, cabendo lembrar que o procedimento, em princípio, não constitui um processo de revisão de reivindicações.

A aceitação de uma recomendação dos DRBs nos Estados Unidos é inteiramente voluntária, enquanto fora de lá não o é. Note-se que a aceitação de uma recomendação pelo dono da obra não induz à necessidade de emissão de uma Ordem de Variação, a não ser que isso implique alteração de valores. Como as audiências ante os DBs são realizadas enquanto os fatos ainda são recentes e facilmente há testemunhas com conhecimento dos fatos e disponíveis, não é frequente que se presenciem distorções ou teatralidade na apresentação de testemunhos, como é frequente nos procedimentos que ocorrem anos depois.

²²¹ OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. Dispute Boards: Procedures and Practices, p. 57.

Como as audiências ante o DB se realizam quando os fatos ainda estão recentes e o pessoal do projeto pode rapidamente ser trazido às audiências, isso também desencoraja jogos, táticas dilatórias e a adoção de posições extremas, comuns em procedimentos de natureza adversariais. Outra consequência é que os custos transacionais com audiências do DB são sensivelmente inferiores, sendo que a melhor economia resulta da total inexistência de disputas.

Deliberação e relatório

Caso as partes não logrem um acordo, uma vez concluída a audiência, o DB se reúne apartado, discute, decide internamente, e entrega o relatório claro, preciso e conciso, fundado no contrato, na lei e nos documentos do projeto, fornecendo a linha mestra de como o DB deve decidir, a recomendação de uma solução às partes, que reflita os fatos e argumentos apresentados, abrindo-se, então, prazo para eventuais objeções. Transcorrido o prazo fixado e não havendo objeção alguma, a recomendação torna-se vinculante até que eventual arbitragem a altere. Sob as normas do DRBF,²²² o DB deve se concentrar nas questões suscitadas, objetivando transpor eventuais divergências, sendo perceptível que as discussões amigáveis constituem uma característica importante nos métodos consensuais de solução de disputas, devendo as partes considerar criteriosamente as manifestações da outra parte e as do DB, sendo exitoso o DB no qual não seja necessário realizar nenhuma audiência.

Em princípio, o DB decide sobre o mérito da questão, por unanimidade ou por maioria (neste caso, inclusive, contendo o voto dissidente), mas, se as partes não conseguirem um acordo sobre valores, poderá o DB (i) estabelecer os parâmetros para cálculo pelas partes, (ii) efetuar o seu cálculo ou (se tiver sido acordado ou se for conferido prazo adicional, para obter informações substanciais que o habilitem à determinação dos valores) ou (iii) pode contratar um especialista externo que o faça.

Terminada a audiência, o DB se reúne apartado, vota internamente e entrega a ambas simultaneamente, o relatório, do qual devem constar inventário dos fatos e circunstâncias, disposições contratuais e legais relacionadas, a interpretação e os pedidos das partes (escopo da disputa), os pontos de divergência das partes e as razões que levaram o DB a se inclinar por aquela recomendação. Se ao menos uma das partes discordar da recomendação, nos contratos do FIDIC, em geral, há um período de 56 dias para tentar chegar a um acordo (um *cooling off period*, como condição precedente para iniciar a arbitragem, e embora não haja expressa

²²² Dispute Resolution Board Foundation – DRBF Practices and Procedures, items 3.7.2 a 3.7.5

referência ao método a ser adotado, sabe-se que usualmente tem-se recorrido à mediação), como condição precedente para ingressar com arbitragem ou processo judicial, ficando, entretanto, ambas as partes sujeitas à observância da decisão, até que seja eventualmente revogada em procedimento arbitral ou judicial.

Recomendações não vinculantes ou decisões vinculantes?

Embora nos Estados Unidos tenham sido gerados os Dispute Review Boards emitindo recomendações não vinculantes,^{223 224 225 226 227} fora de lá o padrão rapidamente evoluiu para decisões vinculantes (*interim binding/final and binding*) após certo tempo (nos contratos do FIDIC, em geral, 28 dias da *notice of dissatisfaction*), sem que ao menos uma das partes formule objeção.²²⁸ Esse lapso de tempo serve para as partes se deterem por algum tempo, meditando sobre a recomendação do DB, e, então, em se tratando de uma sugestão viável, poderá converter-se em decisão vinculante e exigível.

Há notícias de que membros do DB podem ser chamados para tarefas individuais, por exemplo, um engenheiro para efetuar cálculos de pequenas reivindicações, ou um advogado para orientar sobre o procedimento, revisar o relatório e a(s) recomendação(ões) dele constante(s).

Confidencialidade e admissibilidade em procedimentos subsequentes

Em se tratando de procedimento confidencial, sob as normas do DRBF, o relatório do DB, tipicamente, é admissível em um procedimento arbitral ou judicial subsequente (DRBF Practices and Procedures 2007, item 1.D do Guide Specification – Appendix 2A). Na maioria dos casos, o contrato prevê que as recomendações são admissíveis em um procedimento arbitral ou judicial, por se

²²³ BROWN, David. Understanding Dispute Boards, p. 6, assim expõe sua opinião: “the DB may act effectively as mediator/facilitator/catalyst”.

²²⁴ BROWN, David. Understanding Dispute Boards, p. 8, a propósito da diferença existente entre DABs e DRBs, tece o seguinte comentário: “whether the decision is contractually binding regardless of notice of dissatisfaction”.

²²⁵ ZUFFEREY, Jean-Baptiste. Dispute Boards and Other ADR – The Legal Context, lembra que, por premissa, os DBs se baseiam numa legislação nacional, e que os entes estatais podem não se sentir confortáveis ante uma adjudicação ou arbitragem. Nesses casos, acrescento eu, talvez seja mais factível o uso de recomendações não vinculantes.

²²⁶ HAGGINS, James R. DRBs Using Non-Binding Recommendations in the Public Sector, p.1-12 a 15.

²²⁷ BROWN, David. Understanding Dispute Boards, p. 11, propõe a seguinte reflexão sobre as recomendações não vinculantes: “given the difficulty of enforcing Decisions in some jurisdictions, why not give Recommendations a chance”, considered as funções preventivas e conciliatórias do DB. Nesta hipótese, a manifestação do DB deve ser admissível em um procedimento arbitral ou judicial, imagino eu.

²²⁸ HUSE, Joseph A. Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts, assim se pronuncia sobre os recursos: “the decision of DAB is binding on both parties and shall be promptly executed unless and until either an amicable settlement or an arbitral award revises the decision”.

considerar que nesses procedimentos é alta a probabilidade de serem aceitas como prova nesses procedimentos. Em outros casos, porém, pode haver um posicionamento no sentido inverso, por exemplo, como a ICC (ICC Dispute Board Rules, item 9.1.3), dispondo que na ausência de acordo, a recomendação não pode ser apresentada em um procedimento arbitral ou judicial no futuro.

Em decorrência da confidencialidade, é vedado ao membro do DB sobre ele depor ou testemunhar, não sendo eles, a ICC, seus empregados e os Comitês Nacionais da ICC serão de modo algum responsáveis por qualquer ato ou omissão conexo com o procedimento [(art. 325 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal); art. 207 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941 (Código de Processo Penal); art. 229, letra (c), inciso I da Lei nº 10.406, de 10.1.2002 (Código Civil); art. 406, inciso I, letra (d) da Lei nº 5.869, de 11.2.1973 (Código de Processo Civil); (art. 40 da ICC Rules of Arbitration 2012), (art. 110.5 da ICC Mediation Rules 2004), (art. 16 da ICC Rules for Expertise 2003), (art. 33 da ICC Dispute Board Rules Rules 2004)].

Recursos

As partes podem aceitar ou não o relatório e as recomendações, sendo que da manifestação do DB cabe pedido de esclarecimentos (*clarifications*) ou de reconsideração (*reconsideration* ou *appel*), limitados a um único caso por disputa por qualquer das partes (DRBF Practices and Procedures, itens 3.7.5 a 3.7.7). Se as partes não solicitarem esclarecimentos ou reconsideração, após o transcurso de determinado prazo, ter-se-á como aceitação pelas partes.

Exequibilidade e efetividade das deliberações

A implementação e exequibilidade das decisões do DB, em princípio, derivam de uma obrigação contratual, de modo que é natural que no contrato haja mecanismos de sanção, a serem aplicados no caso de descumprimento por qualquer das partes. As recomendações do DB de cumprimento espontâneo se esgotam com a sua emissão, podendo as partes aceitá-las ou não, embora elas possam servir de elementos probantes em procedimento arbitral ou judicial subsequente. Já as decisões vinculantes são de cumprimento obrigatório por ambas as partes, demandando algumas considerações. Se o contratado principal inadimplir em implementar a decisão do DB, o dono da obra, com fundamento no item 2.5., pode emitir notificação, e o engenheiro ou administrador do contrato, ao amparo do item 15.1., então noticiará ao contratado a rescisão do contrato de pleno direito, com base no item 15.2 (a).

Por outro lado, cabe lembrar que o engenheiro ou administrador também está vinculado ao contrato, e pode ser chamado a emitir um certificado ou uma ordem de variação, para que possa ser efetuado eventual pagamento. O engenheiro ou administrador, mesmo não concordando, está igualmente vinculado pelo contrato, e, portanto, obrigado à emissão do certificado ou de aditivo, o mesmo se dando quanto à prorrogação do prazo ou quanto à declaração de algo que deve ser implementado. Supondo que ele se abstenha de realizar a obrigação contratual devida, o contratado principal, com fundamento nos contratos do FIDIC, pode sustar a execução do contrato 21 dias após noticiar o fato ao dono da obra, e se a situação perdurar, isso pode ensejar a rescisão do contrato de pleno direito, uma vez notificada.

Em qualquer dos casos, o descumprimento deliberado do contrato é um assunto sério em qualquer jurisdição. Embora os DBs constituam um procedimento relativamente novo na maior parte dos países, o que pode ensejar aos tribunais alguma dúvida, no sentido de ser tratado como mero inadimplemento contratual ou como questão de ordem pública, cabe recordar que, em virtude do item 20.6, o foro adequado para propor qualquer medida é o arbitral, mais habituado com esses temas, e no contrato de arbitragem há renúncia ao recurso ao judiciário.

Nesse contexto, Götz-Sebastian Hök²²⁹ lembra que, na *common law*, não há regra determinando que as partes negociem em boa-fé, embora essa norma, em geral, possa ser achada em diversos países da *civil law* (por exemplo, o art. 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, dentre outros), e, também, que a adjudicação não serve apenas à solução de disputas, mas também à prevenção. O autor esclarece que a lei germânica também desenvolveu normas abrangentes sobre a boa-fé nas negociações, de sorte que as partes contratantes têm como obrigação primária adimplir o contrato, e como obrigação secundária, como essa obrigação deve ser cumprida, de modo que, ante as cortes alemãs, foi reconhecido que, dessa estipulação resulta para as partes obrigação continuada de negociar de maneira justa e em boa-fé com vistas a obter um acordo sobre a questão controversa.

Benefícios

Quando adequadamente utilizado, os DBs trazem os seguintes benefícios:
(i) disponibilizam suporte informal e processo não adversarial entre o dono da

²²⁹ HÖK, Götz-Sebastian. Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method? *DRBF Forum*, Volume 15, Issue 3, August 2011, p. 21.

obra e o contratado principal, (ii) atuação concentrada na prevenção e na solução de conflitos, (iii) ampliam a comunicação no canteiro de obras, (iv) evitam que as reivindicações apareçam somente no fim do contrato, (v) proporcionam rápido equacionamento dos problemas que surgem em direção à solução, (vi) enquanto as partes negociam, a construção prossegue, sem diminuição de ritmo, suspensões e paralisações, (vii) endereçam rápida e adequadamente o aditamento do contrato, quando seja o caso, (viii) têm como parâmetro as melhores práticas da indústria de construção, (ix) nas licitações, tendem a proporcionar queda de preços, na medida em que as construtoras tendem a não inserir encargos de mora embutidos nos preços, (x) estabelecem políticas de governança contratual, (xi) preservam as relações comerciais entre as partes, (xii) para o empregador público, as recomendações dão credibilidade para justificar as escolhas e sobre a celebração de acordos.²³⁰

Remuneração

Os membros do DB recebem remuneração mensal, abrangendo uma taxa diária ou horária, mais *retainer*, que assegura a disponibilidade dos especialistas durante todo o prazo do projeto, e reembolso dos custos e despesas, valores esses que são igualmente repartidos entre as partes, sendo a remuneração e custos distribuídos ao longo do prazo da obra; na verdade não representam um custo, mas um investimento, como é comum no gerenciamento do projeto, uma vez que seu custo acaba sendo suportado folgadoamente pela economia que proporciona, certamente bem superior ao valor nele gasto.²³¹

Em contrapartida, numa obra com DB, há maior proatividade e fluidez, o que implica menores atrasos e paralisações, redução dos custos transacionais, redução de perda de tempo produtivo, menores gastos em processos judiciais, e como os contratados encontram pronta solução, não incluem nos preços encargos de mora, induzindo a preços mais baixos na licitação, ao mesmo passo em que evita que conflitos contratuais se transformem em litígio arbitral ou judicial, e sem o risco de abalar a relação comercial entre as partes.

²³⁰ IRMAK, Levent. Do We Really Need Dispute Boards?, *DRBF Forum*, Volume 14, Issue 2, May 2010, assim aborda o tema: "decision-makers in state or public organizations are usually under strict scrutiny as they are subject to relevant rules and regulations pertaining to their own administrative laws. Because of this, they may be reluctant to make decisions on settlement of disputes and to approve payments where the intention is to avoid or resolve a dispute. A well-reasoned decision or recommendation of a DB consisting of independent, impartial and experienced professionals provides for credible evidence to support the decision of such public decision-makers. An owner with less authority to make decisions on financial matters – because of fear of being audited – may perhaps prefer to have a Dispute Board whose decisions are binding (e.g. Dispute Adjudication Board) whereas another owner with higher authority may prefer to have a DRB (Dispute Review Board) whose decisions are not binding"

²³¹ CAMARGO, Rui de Arruda. *Comitê de solução de controvérsias: nova modalidade de solução para conflitos em obras*, disponível no website do Instituto de Engenharia – IE.

Note-se que, embora o membro de DB ou mediador vá cobrar honorários comparáveis aos de um advogado que tratasse judicialmente o caso, a solução via DB ou mediação será muito mais rápida, consumindo, assim, menos recursos, sendo, em consequência, muito mais barata e eficaz ao final, ao que ainda se agrega o benefício da manutenção do importante cabedal, que são os clientes, de um lado, e a reputação, do outro, os dois mais importantes ativos de uma empresa de engenharia.

Custos diretos e indiretos

Custo direto: outro dado relevante refere-se ao custo dessa solução mais efetiva, que se situa de 0,05% do custo final do contrato de construção, para projetos quase sem disputas, a um máximo de 0,25% em projetos mais difíceis, que envolvam muitas disputas. Levando-se em consideração apenas projetos que apresentam disputas a um DRB, ou que tenham problemas complexos, o custo se situa numa faixa entre 0,4% e 0,26%, *com valor médio de 0,15% do custo final do contrato*, considerando uma média de quatro disputas solucionadas.

Custo indireto: tempo dos funcionários do dono da obra e do contratado principal engajados na transmissão de informações, e na preparação e participação nas reuniões periódicas e audiências com o DB.

Talvez a maior fonte de economia em projetos com DBs seja a total inexistência de reivindicações ou disputas em 60% dos casos, o que se pode aferir por suas estatísticas, e testada nos Estados Unidos, Europa,²³² Ásia, América Latina, e que agora chegam ao Brasil.

Estatísticas de sucesso

Na década de 1990, a American Society of Civil Engineers (ASCE) realizou estudo sobre os DBs, que evidenciou um total de 225 disputas em 166 projetos, envolvendo valores em torno de US\$10,5 bilhões, tendo sido resolvidas 208 disputas, e apenas uma tornou-se um litígio, que acabou em acordo amigável.²³³

Por outro lado, também o Eng. Ralph Ellis, professor da Universidade da Florida, em 2003, teve a oportunidade de realizar um estudo sobre o uso de DBs pelo Florida Department of Transportation (FDOT) envolvendo mais de US\$10 bilhões em projetos de construção, tendo concluído que o uso de DRBs resultou

²³² GOULD, Nicholas. The Use of Dispute Boards in Europe – Expectations Concerns, Experiences, informam que até abril de 2011, os DBs foram utilizados em 2.150 projetos, abrangendo aeroportos, autoestradas, edificações, escolas, estações de tratamento de água, bombeamento e esgotos, estádios, ferrovias, hospitais, metrô, plantas de processamento industrial, pontes e túneis.

²³³ American Society of Civil Engineers – ASCE. Analysis of Construction Dispute Review Boards.

em uma economia igual a 2,7% em valores, e de uma economia de tempo de 15,1%.²³⁴

Também, os dados do próprio Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) são bastante eloquentes quanto à eficácia dos DBs: de 49 projetos que adotaram os DBs em todo mundo em 1994, em 2004, 10 anos depois, eles haviam evoluído para 1.237 projetos obtendo, assim, uma taxa de crescimento virtualmente impressionante: de 2.400%, representando um valor acumulado de contratos superior a US\$89 bilhões, o que corresponde a uma taxa de sucesso de 60% de casos sem *nenhuma disputa*, taxa essa que sobe para 98,7% de casos nos quais *as partes se satisfizeram com as decisões dos DBs*, sem recorrer à arbitragem ou processo judicial.²³⁵

E como os DBs impedem que os contratos saiam da rota originalmente traçada pelas partes, mantendo-se o fluxo de caixa projetado, é de se crer que também têm suporte legal na preservação efetiva do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente existente, em *real time* (em tempo real), como preceitua a letra “d” do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21.6.1993. Impedem, assim, que sobrecustos venham a alterar o custo de oportunidade e o custo de transação do projeto, mantendo a segurança jurídica da relação, dissipando riscos, e estimulando, assim, os investimentos em infraestrutura, e custos mais competitivos.

Com essa racionalidade, devem os contratos relacionados aos DBs ser firmados conjuntamente com o contrato de construção, e com o *partnering*, quando houver, de modo a assegurar que o DB esteja instalado e operacional desde o início da execução do contrato, constituindo-se na única forma eficaz de solução do conflito em contratos de construção, devendo o DB ser acionado antes mesmo de escalá-lo internamente à administração nas empresas, no intuito de manter desobstruída a comunicação, com assertividade e sem litígios que venham a deteriorar as relações empresariais.

Resumindo, o DB mantém a segurança jurídica, dissipa riscos e estimula investimentos em infraestrutura, e custos mais competitivos, mantendo desobstruída a comunicação, com assertividade e sem litígios que venham a deteriorar as relações empresariais.

4 Retrospectiva da legislação sobre as ADRs no ordenamento jurídico brasileiro

Aqui cumpre ter em vista que ao agente do Estado só é dado agir quando expressamente autorizado pela lei. Segue o embasamento jurídico hoje existente:

²³⁴ ELLIS, Ralph. Disputes Review Board & Project Disputes.

²³⁵ Dispute Resolution Board Foundation – DRBF. DRBF’s database.

- (i) *Constituição do Império do Brasil, de 25.3.1824*, em seu art. 160, previa a arbitragem.
- (ii) *Lei de 29.11.1832*, que promulgou o Código do Processo Criminal de primeira instância, no art. 1º de seu título único, cuida da conciliação ante o juízo de Paz;
- (iii) *Decreto nº 3.900, de 26.7.1867*, que regulamentou a Lei nº 1.350, de 14.9.1866, que, por seu turno, revogada a existência de juízo arbitral necessário, no art. 20 do Código Comercial (Lei nº 556, de 25.6.1850), art. 245, que as questões resultantes de contratos de locação mercantil seriam decididas por juízo arbitral.
- (iv) *Código Civil – Lei nº 3.071, de 1.1.1916*, que regulava a arbitragem nos arts. 1.037 a 1.048, todos revogados;
- (v) *Carta das Nações Unidas*, firmada em 26.6.1945, Capítulo VI – Solução Pacífica de Conflitos, art. 33:

1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

- (vi) *Lei nº 5.869, de 11.1.1973*, que instituiu o Código de Processo Civil, e em seus arts. 101, 1.072 e 1.102, o primeiro condicionando sua validade e eficácia à existência de homologação do laudo, o segundo condicionando à existência de compromisso e o terceiro tratando de ação monitória, todos revogados.
- (vii) *Leis Federais nºs. 7.732, de 14.9.1989, 7.862, de 13.10.1989, 8.029, de 12.4.1989 e 8.693, de 03.8.1993*, que dispõem sobre a arbitragem para desempate em deliberação de Assembleia Geral de sociedade anônima.
- (viii) *Resoluções do Senado Federal nºs 94 e 96, ambas de 15.12.1989*, que dispõem sobre operação de crédito externo cujas divergências sejam resolvidas perante o fórum brasileiro ou submetidas à arbitragem.
- (ix) *Medida Provisória nº 207, de 13.8.1990*, que dispõe sobre a negociação de reajuste de mensalidade escolar.
- (x) *Lei nº 8.078, de 11.9.1990*, que dispõe sobre nulidade de cláusula de arbitragem compulsória em relação a consumidores.
- (xi) *Medida Provisória nº 290, de 17.12.1990*, que dispõe sobre a negociação de encargos educacionais, tendo o laudo efeito terminativo.

- (xii) *Resoluções do Senado Federal nº 82, de 28.12.1990 e nº 6, de 06.5.1993*, que dispõem sobre a renegociação da dívida externa brasileira e dos eventuais litígios que serão submetidos à arbitragem, com especificação da forma de escolha dos árbitros;
- (xiii) *Lei nº 8.494, de 23.11.1992*, que dispõe sobre a arbitragem em reajuste dos contratos de locação;
- (xiv) *Lei Federal nº 8.630, de 25.2.1993*, que dispõe sobre a exploração de portos organizados e de instalações portuárias (“Lei dos Portos”), em seu art. 23, prevê que a gestão de mão de obra fica a cargo de comissão paritária para solucionar litígios e que em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.
- (xv) *Resolução do Senado Federal nº 50, de 16.6.1993*, que dispõe sobre operações de financiamento externo, nas quais os litígios serão resolvidos perante fórum brasileiro ou submetidos à arbitragem internacional.
- (xvi) *Lei Federal nº 8.666, de 21.6.1993*, que dispõe sobre licitações e contratações públicas:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

- (xvii) *Lei Federal nº 8.987, de 13.2.1995*, que dispõe sobre concessões e permissões, com as alterações promovidas pela Lei Federal nº 11.296, de 2005:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

- (xviii) *Lei Federal nº 9.009, de 26.11.1995*, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabelece em sua Seção VIII, art. 21 e seguintes, a possibilidade de conciliação e juízo arbitral no início do procedimento;
- (xxix) *Lei Federal nº 9.307, de 23.9.1996*, que dispõe sobre o procedimento arbitral.
- (xx) *Lei Federal nº 9.472, de 16.7.1997*, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações (LGT), em seu art. 94, inc. XV, prevê que o contrato de concessão indicará o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.
- (xxi) *Lei Federal nº 9.478, de 06.8.1997*, em seu art. 20, dispõe que o regimento interno da Agência Nacional do Petróleo disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.
- (xxii) Em 1998, inicia-se o processo legislativo de tramitação na Câmara dos Deputados do *Projeto de Lei nº 4.827*, publicado no Diário Oficial de 03.12.1998, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, referente à mediação. Em 2000, a OAB-SP torna público novo texto liderado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Escola Nacional de Magistratura, através do Projeto de Lei nº 94 de 2002 da Câmara. Em 2003, esse PL é aprovado no plenário da Câmara dos Deputados; em 2003, a Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça realiza audiência pública, oportunidade em que surge a ideia de construir um texto único, que passa a ser designado versão “consensuada”, que é bastante ampliada; em 2004, é a vez de o relator no Senado, Senador Pedro Simon, apresentar PL Substitutivo, alterando significativamente diversos aspectos de relevo, e acolhendo em parte a versão “consensuada”, e em 13.7.2006, através do Ofício nº 1312, é aprovado o relatório final pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), e no mês seguinte o plenário do Senado aprovou o novo texto, com 47 artigos, que aguarda aprovação pelo plenário da Câmara dos Deputados;

- (xxiii) *Lei Federal nº 9.870, de 23.11.1999*, que dispõe sobre as mensalidades escolares, em seu art. 4º prevê a atuação de mediador em acordos entre as entidades de ensino e alunos, pais de alunos ou associações de pais e alunos;
- (xxiv) *Lei Federal nº 10.101, de 19.12.2000*, que dispõe sobre a participação de funcionários nos resultados das empresas, em seu art. 4º, na hipótese de impasse, prevê a adoção de mediação e arbitragem;
- (xv) *Lei Federal nº 10.192, de 14.2.2001*, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, em seu art. 11, prevê, na hipótese de negociação de dissídios trabalhistas, a adoção da mediação;
- (xxvi) *Lei Federal nº 10.306, de 10.01.2002*, que disciplinou o novo Código Civil, em seus arts. 851 a 853, regula o compromisso, possibilitando a sua adoção na conciliação, na mediação e na arbitragem;
- (xxvii) *Lei Federal nº 10.438, de 26.4.2002*, dispõe que a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da ANEEL, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela ANEEL.
- (xxviii) Em 2002 inicia-se o processo legislativo de tramitação do *PL nº 505, de 04.7.2007*, que dispõe sobre a mediação familiar;
- (xxix) *Lei Federal nº 10.848, de 15.3.2004*, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, no art. 4º, §5º, estabelece que a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem.
- (xxx) *Lei do Estado de São Paulo nº 11.688, de 19.5.2004*, que dispõe sobre o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPPs).
- (xxxi) *Decreto do Estado de São Paulo nº 48.867, de 10.8.2004*, que dispõe sobre o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPPs) no Estado de São Paulo, e dá outras providências.
- (xxxii) *Provimento nº 893, de 28.10.2004*, do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que autoriza a criação e instalação do Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros do Estado;
- (xxxiii) *Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004*, que dispõe sobre as Parcerias Público-Privadas:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei

e observará, no que couber, os §§3º e 4º do art. 15, os Arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

- (xxxiv) *Lei Federal nº 11.441, de 30.12.2004*, que dispõe sobre a separação, divórcio e inventário extrajudicial;
- (xxxv) *Lei Federal nº 11.909, de 04.3.2009*, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, em seu art. 23, inc. III, prevê que será submetida à aprovação da Agência Nacional do Petróleo a minuta de contrato padrão a ser celebrado com os carregadores, que deverá conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo prever a convenção de arbitragem;
- (xxxvi) *Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125, de 29.11.2100 e Emenda nº 1, de 31.1.2013*, que dispõem sobre os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;
- (xxxvii) Em 2011 inicia-se o processo legislativo de tramitação do *Projeto de Lei nº 517, de 26.8.2011*, que disciplina a mediação;
- (xxxviii) *Lei nº 12.815, de 05.6.2013*, que regula a exploração de portos organizados e de instalações portuárias (“Lei dos Portos”), em seu art. 37, prevê que a gestão de mão de obra fica a cargo de comissão paritária para solucionar litígios e que em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais;
- (xxxix) *PL do Senado nº 406, de 02.10.2013*, que altera a Lei nº 9.307, de 23.11.1996 (Lei de Arbitragem).
- (xl) *PL do Senado nº 405, de 02.10.2013*, que dispõe sobre *mediação* (Lei de Mediação).
- (xli) Por fim, cumpre considerar que *confidencialidade* é a classificação de uma informação com vistas à proteção e à segurança dessa informação, em razão da qual ela não estará disponível, não poderá ser divulgada, nem disponibilizada ou utilizada para outro fim, sendo definida pela International Organization for Standardization (ISO), através da norma ISO/IEC 17799 como o procedimento para “garantir que a informação seja acessível apenas àqueles autorizados acessá-la”, cabendo a respeito considerar o quanto segue:

- (a) *Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940, arts. 153 e 154:*

Art. 153 – Divulgação de segredo

Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§1º Somente se procede mediante representação.

§2º A Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

(...)

Art. 154 – Violação do segredo profissional

Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.

(...)

Art. 325 – Violação de sigilo funcional

Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

- (b) *Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941, art. 207:*

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

(c) *Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11.1.1973, art. 134 a 138 e 312 a 314:*

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I – de que for parte;

II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V – quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304).

Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

I – ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos nºs. I a IV do art. 135;

II – ao serventuário de justiça;

III – ao perito; (Redação dada pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992)

IV – ao intérprete.

§1º A parte interessada deverá argüir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o argüido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido.

§2º Nos tribunais caberá ao relator processar e julgar o incidente.

(...)

Art. 312. A parte oferecerá a exceção de impedimento ou de suspeição, especificando o motivo da recusa (arts. 134 e 135). A petição, dirigida ao juiz da causa, poderá ser instruída com documentos em que o excipiente fundar a alegação e conterà o rol de testemunhas.

Art. 313. Despachando a petição, o juiz, se reconhecer o impedimento ou a suspeição, ordenará a remessa dos autos ao seu substituto legal; em caso contrário, dentro de 10 (dez) dias, dará as suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, ordenando a remessa dos autos ao tribunal.

Art. 314. Verificando que a exceção não tem fundamento legal, o tribunal determinará o seu arquivamento; no caso contrário condenará o juiz nas custas, mandando remeter os autos ao seu substituto legal.

(d) *Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.1.2002, art. 229*

Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

I II – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

(e) *Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11.2.1973, art. 406*

Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau;

II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

- (f) *Código da Propriedade Industrial, Lei nº 9.279, de 14.5.1996*, arts. 195 e 206

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

(...)

Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

- (xlii) *Decreto nº 7.845, 14.11.2012* (e *Decretos nºs 4.553, de 27.12.2002, 2.910, de 20.12.1998 e 2.134, de 24.1.1997*), que hoje dispõe sobre a informação classificada em qualquer grau de sigilo, mas que não definem “sigilo”, diversamente dos Decretos nº 79.099, de 06.1.1977 e 60.417, de 11.3.1967, que os antecederam, e nos quais não há as definições de assunto sigiloso, material sigiloso, ultrassecreto, secreto, confidencial e reservado.

Dispute Boards

Abstract: This text concerns the *Dispute Boards (DBs)*, what they are and how they operate, constituting a mechanism of paramount importance in the dispute resolution in the engineering and construction contracts.

Keywords: construction, heavy construction, infrastructure, dispute resolution, prevention and dispute resolution adjudication, arbitration, combine dispute board, dispute boards, dispute adjudication boards, dispute review boards, dispute review expert, facilitation, conflict management, engineering and construction for the infrastructure, base industry and industrial plants, mediation, expertise, *real time* and standing neutral advice, initial decision maker, project neutral, referee, standing arbitration, standing mediator, contractual governance.

Referências

AAA – AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. AAA Dispute Resolution Boards 2000 – DRB. Disponível em: http://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeavoidanceservices/disputeresolutionboards?_afzLoop=901895261434020&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=oaarpckc_1#%40%3F_afzWindowId%3Doarpckc_1%26_afzLoop%3D901895261434020%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl.state%3Doarpckc_53. Acesso em: 01 ago. 2014.

AAA – AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. AAA Early Neutral Evaluation – ENE 2009. Disponível em: http://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeavoidanceservices/earlyneutraevaluation?_afLoop=900804768862298&_afWindowMode=0&_afWindowId=qkOc8kaqt_65#%40%3F_afWindowId%3DqkOc8kaqt_65%26_afLoop%3D900804768862298%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Doarpckc_4. Acesso em: 01 ago. 2014.

AAA – AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. AAA *Non-Binding Arbitration* Rules. Disponível em: http://www.adr.org/aaa/ShowPDF?url=/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mdew/~edisp/adrstg_010623.pdf. Acesso em: 01 ago. 2014.

AAA – AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. AAA Partnering. Disponível em: http://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeavoidanceservices/partnering?_afLoop=902033489312326&_afWindowMode=0&_afWindowId=oaarpckc_50#%40%3F_afWindowId%3Doarpckc_50%26_afLoop%3D902033489312326%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Doarpckc_102. Acesso em: 01 ago. 2014.

AAA – AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. AAA Project Neutrals. Disponível em: https://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeavoidanceservices/projectneutrals?_afLoop=78971791733202&_afWindowMode=0&_afWindowId=b6y56lqvh_1#%40%3F_afWindowId%3Db6y56lqvh_1%26_afLoop%3D78971791733202%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Db6y56lqvh_67. Acesso em: 01 ago. 2014.

AAA – AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Initial Decision Maker (IDM) 2007 AIA Contract Documents. Disponível em: https://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeavoidanceservices/initialdecisionmaker?_afLoop=79013290119326&_afWindowMode=0&_afWindowId=b6y56lqvh_64#%40%3F_afWindowId%3Db6y56lqvh_64%26_afLoop%3D79013290119326%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Db6y56lqvh_120. Acesso em: 01 ago. 2014.

ABBAS, Nabil M. A. DAB Establishment and Responsibilities 2010. Disponível em: www.drb.org.

ABBAS, Nabil M. A. Effective Use of Dispute Boards for Dispute Avoidance and Resolution on Major Projects 2012. Disponível em: www.drb.org.

ADR Resources, Facilitation. Disponível em: <http://adrresources.com/adr-methods/facilitation>.

ADRIANSE, John. *Construction Contract Law*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

ALBERTINI, Antony. Procedure – How Proactive Should a DB Be to Find the Truth? 2010. Disponível em: www.drb.org.

American Institute of Architects – AIA, A201 2007 Family of Documents. Disponível em: <http://www.aia.org/groups/aia/documents/pdf/aias076840.pdf>.

AUSTRÁLIA JUSTICE CENTRE. Neighbourhood Justice Centre. Disponível em: <http://www.neighbourhoodjustice.vic.gov.au/>

BASTANIELLI III, Adrian. L. The DRB and the New Standard Form Contract Documents, *DRBF Forum*, Volume 12, Issue 3, August 2008. Disponível em: www.drb.org.

BEALE, H. G. *Chitty on Contracts*. 28th. ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

BERCHI, Boiana. The Role of Balanced Contracts in Preventing Disputes 2010. Disponível em: www.drb.org.

BLACK'S Law Dictionary, 6. ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing, 1990.

BOLCLY, Jean-François. The Different Types of Dispute Boards 2008. Disponível em: www.drb.org.

BOWER, Denise; SKOUNTZOS, Fotis. Partnering, Benchmarking and Incentive Contracts. In: TURNER, J. Rodney (Ed.). *Contracting for Project Management*. Burlington: Gower Publishing Company, 2003.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7108/2014, Emendas apresentadas ao Projeto de Lei nº 7108/2014. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=606030&subst=0.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7108/2014, que Altera a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 23.9.1996). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7169/2014, sobre Lei de Mediação. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>.

BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE – BAILII. Case Halsey v Milton Keynes General NHS Trust. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>.

BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE – BAILII. Case Hurst v Leeming. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2002/1051.html>.

BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE – BAILII. Case Susan Dunnett v Railtrack Plc. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/303.html>.

BRITISH AND IRISH OMBUDSMAN ASSOCIATION. Disponível em: <http://www.ombudsmanassociation.org/>.

BROWN, David. Understanding Dispute Boards 2010. Disponível em: www.drb.org.

BUNNI, Naeln G. *The FIDIC Forms of Contract*. 3rd. ed. Oxford: Blackwell publishing Ltd., 2005.

BURKE, Thomas J. DRB Evaluation of Delays on Large Complex Projects, Volume 13, Issue 2, May 2009. Disponível em: www.drb.org.

CAMARGO, Rui de Arruda. Comitê de solução de controvérsias – nova modalidade de solução para conflitos em obras. Artigo publicado em 04.9.2012. Disponível em: http://ie.org.br/site/noticias/exibe/id_sessao/70/id_colunista/3/id_noticia/6988/Comit%C3%AA-de-solu%C3%A7%C3%A3o-de-controv%C3%A9rsias-Nova-modalidade-de-solu%C3%A7%C3%A3o-para-conflitos-em-obras.

CARR, Frank. CPR – International Institute for Conflict Prevention & Construction Briefing: Partnering, Aligning Interests, Collaboration and Achieving Common Goals. Disponível em: <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Tools/CPR%20Construction%20Partnering%20Briefing.pdf>.

CARR, Frank. CPR – International Institute for Conflict Prevention & Dispute Prevention Briefing: Construction – Partnering. Disponível em: <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Tools/CPR%20Construction%20Partnering%20Briefing.pdf>.

CEDR – CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION. Glossary of Terms. Disponível em: http://www.cedr.com/about_us/library/glossary.php.

CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION – CEDR. Early Neutral Evaluation. Disponível em: <http://www.cedr.com/solve/ene/>. Acesso em: 01.7. 2013.

CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION – CEDR. Expert Determination Guidance Notes 2014. Disponível em: http://www.cedr.com/docslib/CEDR_Solve_ED_Overview_2014_Edition.pdf.

CHARRETT, Donald. Adjudication and Dispute Review Boards – the Next Wave in ADR. Disponível em: <http://www.buildingdisputestribunal.co.nz/site/buildingdisputes/files/BuildLaw/Issue%203/Microsoft%20Word%20-%20Adjudication%20and%20Dispute%20Review%20Boards.pdf>.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS – CIARB. Independent Expert Determination. Disponível em: <http://www.ciarb.org/das/independent-expert-determination/>.

CHERN, Cyril. *Dispute Boards*. p. 03. 2nd ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2011.

CHERN, Cyril. *International Commercial Mediation*. London, Informa Law, 2008.

CLARK, Wayne. *Effective Use of Dispute Boards in Construction Contracts* 2009. Disponível em: www.drb.org.

CNJ. Resolução nº 125, de 29.11.2010 e Emenda nº 1, de 31.1.2013, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a mediação judicial. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.

COELHO, Christianne C. S. Reinisch; DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz; GOMES, Luis Alberto; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turnkey*. Florianópolis: Visual Books, 2006.

CONSENSUSDOCS. 240 – Standard Form of Agreement Between Owner and Design Professional, 2007 Edition, agreement between the Owner and the Design Professional performing a full range of design and administrative services for the project. Disponível em: https://www.consensusdocs.org/Resource_/FileManager/240_Guidebook_08_12_13.pdf.

CONSTRUCTING the Team – The “Lathan” Report. Disponível em: http://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Latham_Report. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Latham_Report.

CORNELL UNIVERSITY LAW OF SCHOOL. US Federal of Civil Procedure. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp>.

CPR – International Institute for Conflict Prevention. CPR Rules for Non-Administered Arbitration of International Disputes. Disponível em: <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/Arbitration/AdministeredArbitration/Rules.aspx>.

CPR – INTERNATIONAL INSTITUTE FOR CONFLICT PREVENTION. Global Rules for Accelerated Commercial Arbitration 2009. Disponível em: <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Clauses%20&%20Rules/Global%20Rules%20for%20Accelerated%20Commercial%20Arbitration.pdf>.

DBF – DISPUTE BOARD FEDERATION. *Ad hoc* Dispute Adjudication Board Rules for Use in Independently Administered Dispute Board Matters. Dispute Adjudication Board Rules. Disponível em: www.dbfederation.org/downloads/new-website-ad-hoc-rules.pdf.

DBF – DISPUTE BOARD FEDERATION. Fast Track Mediation Clause. Disponível em: <http://www.dbfederation.org/documents/DBF-fast-track-mediation-clause.pdf>.

DELMON, Jeffrey. *BOO/BOT Projects: A Commercial and Contractual Guide*. London: Sweet and Maxwell, 2000.

DESIGNING BUILDINGS WIKI. Alternative Dispute Resolution for Construction. Disponível em: http://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Alternative_dispute_resolution_for_construction.

DETTMAN, Kurt. Dispute Review Board and Dispute Adjudication Boards: Comparison and Commentary. *DRBF Forum*, Special Edition Reprinted, February 2012. Disponível em: www.drb.org.

DETTMAN, Kurt. Optimizing the Use of Partnering and DRBs on Projects, *DRBF Forum*, Volume 17, Issue 1 March 2013, Disponível em: www.drb.org.

DETTMAN, Kurt; MACKAY, Duncan Ross. The Use of DRBs in the Energy Industry, *DRBF Forum*, Volume 14, Issue 2, May 2010, p. 6-9. Disponível em: www.drb.org.

DETTMAN, Kurt; MIERS, Christopher. The Use of “Adjudication DRBs” Where Parties Are Subject to Adjudication or Arbitration Processes. November 2007 *DRBF Forum*, Volume 11, Issue 4, Disponível em: www.drb.org.

DOW, James. Dispute Prevention – The Role of the DB and Other Factors. Disponível em: www.drb.org.

DRBF – DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *DRBF Forum*, Special Edition. Dispute Review Boards (“DRBs”): Real Time Avoidance and Resolution of Construction Disputes. Disponível em: www.drb.org.

DRBF – DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. DRBF Practices and Procedures Manual, Seattle: 2007 (substitute the Construction Dispute Review Board Manual. Seattle: 1996). Disponível em: http://www.drb.org/manual_access.htm.

ELLIS, Ralph. Disputes Review Board & Project Disputes, disponível em: <http://www.dot.state.fl.us/structures/DesignConf2006/Presentations/Session6/Final-6Ellis.pdf>.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to Yes*. New York: Penguin Books, 2011.

FOLEGO, Thais. Consórcio de Jirau retira processo contra seguradoras. *Valor Econômico*, São Paulo, 04 out. 2013. p. C12.

FÓRUM NACIONAL DE MEDIAÇÃO – FONAME. *Código de Ética do*. Disponível em: www.foname.com.br/codigo-de-etica-para-mediadores/.

GEBKEN, Richard J. PhD thesis, *Quantification of Transactional Dispute Resolution Costs for the U.S. Construction Industry*. Disponível em: <http://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/2484/gebkenr19272.pdf?sequence=2>.

GENTON, Pierre M. Critical Issues in Dispute Boards 2011. Dispute Board Costs. Disponível em: www.drb.org.

GENTON, Pierre M. Panama Canal Project 2011. Disponível em: www.drb.org.

GOULD, Nicholas. Dispute Boards from a Practical Perspective: Dispute Board Costs 2008. Disponível em: www.drb.org.

GOULD, Nicholas. The Use of Dispute Boards in Europe Expectations Concerns, Experiences 2011. Disponível em: www.drb.org.

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *Dicionário Jurídico – Legal Dictionary*. 6. ed. São Paulo: Observador Legal, 2006.

GRIFFIN, Harry L.; THUM, Robert B. *Practical Construction Law*. Toronto, Canada: Federal Publications, 1991.

GRIFFITHS, Derek. The merits of DRBs over DABs Revisited. February 2011 *DRBF Forum*, Volume 15, Issue 1. Disponível em: www.drb.org.

GROTON, James; SMITH, Robert J & CPR – International Institute for Conflict Prevention & Resolution. Realistic Risks Allocation. Disponível em: <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Tools/CPR%20Construction%20Realistic%20Risk%20Allocation%20Briefing.pdf>.

HAFER, Randy. CPR – International Institute for Conflict Prevention & Construction Briefing: Dispute Review Boards & Other Standing Neutrals, Achieving *real time* Resolution and Prevention of Disputes. Disponível em: <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Tools/CPR%20Dispute%20Review%20Boards%20&%20Other%20Standing%20Neutrals%20Constructiontitle.pdf>.

HAGGINS, James R. DRBs Using Non-Binding Recommendations in the Public Sector, *DRBF Forum*, Volume 13, Issue 3, August 2009. Disponível em: www.drb.org.

HOFFMAN, Scott L. *The Law of Business of International Project Finance*. New York: Cambridge University Press, 2008.

HOHNS, H. Murray. *Preventing and Solving Construction Contracts Disputes*. New York: Van Nostrand Reinhold, 1979.

HÖK, Götz-Sebastian. Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method? *DRBF Forum*, Volume 15, Issue 3, August 2011. Disponível em: www.drbf.org.

HOUSING GRANTS, CONSTRUCTION AND REGENERATION ACT 1996 (“HGCRA” – England, Wales or Scotland). Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/contents>.

HUSE, Joseph A. Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts, 2nd. ed. London: Sweet Maxwell, 2002.

HVIID, Morten. Long-term Contracts and Relational Contracts 1999. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>.

ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Dispute Board Rules 2004. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>.

ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Mediation Guidance Notes, que entrou em vigor em 01.1.2014. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>.

ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Mediation Rules 2014. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>.

ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure 1990. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/pre-arbitral-referee/rules-for-a-pre-arbitral-referee-procedure/>.

ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Rules for Expertise 2003. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/expertise/icc-rules-for-expertise/>.

ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Rules of ICC as Appointing Authority 2004. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/appointing-authority/rules-of-icc-as-appointing-authority/>.

INSTITUTO DE ENGENHARIA – IE. Câmara de Mediação e Arbitragem (“CMA – IE”). Disponível em: <http://ie.org.br/camara/>.

INSTITUTO DE ENGENHARIA – IE. Câmara de Mediação e Arbitragem (“CMA – IE”), Corpo de Especialistas e Técnicos. Disponível em: http://ie.org.br/camara/cma_corpos.php?id_sessao=72&lnk=1.

INSTITUTO DE ENGENHARIA – IE. Regulamento do Comitê de Solução de Controvérsias. Disponível em: http://ie.org.br/camara/cma_textos.php?id_sessao=21&id_texto=18&lnk=1.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION – IBA. IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 2010. Disponível em: http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION – IBA. IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration, 2004. Disponível em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION – IBA. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration 2013. Disponível em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#party.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION – IBA. IBA Guidelines on the Taking Evidence in International Arbitration, 2010. Disponível em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION – IBA. IBA International Rule of Ethics for International Arbitrators 1987. Disponível em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#ethic.

IRMAK, Levent. Do we Really Need Dispute Boards?, *DRBF Forum*, Volume 14, Issue 2, May 2010. Disponível em: www.drb.org.

IRMAK, Levent. The Employer's View, 2011. Disponível em: www.drb.org.

JAYNES, Gordon L. Dispute Avoidance: What Does the DB Process Offer? 2008. Disponível em: www.drb.org.

JAYNES, Gordon L. ICC Dispute Board Member Selection, *DRBF Forum*, Volume 13, Issue 3, August 2009, Disponível em: www.drb.org.

JUDICIAL ARBITRATION AND MEDIATION SERVICES, INC. – JAMS. Bracketed Arbitration (“high-low”) Disponível em: <http://www.jamsadr.com/adr-spectrum/>.

KIYOSHI KOBAYASHI, Toshihiko Omoto; ONISHI, Masamitsu. Risk-Sharing Rule in Project Contracts. Disponível em: http://www.iaarc.org/publications/fulltext/isarc2006-00181_200606131122.pdf.

LANCRANJAN, Marius. Dispute Boards and Disputes Prevention. Disponível em: www.drb.org.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCONDES, Antonio Fernando Mello. Os *Dispute Boards* e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida (Coord.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex-Magister, 2011.

MARIANGELO, Rafael; KLEE, Lukás. *Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos e obras*: International Federation of Consulting Engineers. São Paulo: Pini, 2014.

MARYLAND STATE HIGHWAY ADMINISTRATION'S PARTNERING PROGRAM AND PROCESS, CENTER FOR CONFLICT RESOLUTION (CCR) AT SALISBURY UNIVERSITY. Construction Industry Institute. In Search of Partnering Excellence, Special Publication 17-1 University of Texas, 1991. Disponível em: http://www.conflict-resolution.org/docs/SHA_Partnering_Report.pdf.

MEDIATION WORLD. Case Kinstreet v Balmargo. Disponível em: <http://www.mediationworld.net/uk-englandandwales/decisions/mandatory-mediation/full/31.html>.

MEDIATION WORLD. Case Shirayama Shokusan Company Ltd v Danovo Ltd. Disponível em: <http://www.mediationworld.net/uk-englandandwales/decisions/mandatory-mediation/full/42.html>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MULTI-DOOR COURTHOUSE. Disponível em: <http://www.pon.harvard.edu/daily/international-negotiation-daily/a-discussion-with-frank-sander-about-the-multi-door-courthouse/>.

MURDOCH, John; HUGUES, Will. *Construction Contracts: Law and Management*, 3rd Edition. London: Spon Press, 2005.

NEIGHBOURHOOD JUSTICE CENTRE. Disponível em: <http://www.neighbourhoodjustice.vic.gov.au/>

NELSON, Derek. The Analysis and Valuation of Disruption, what is a Disruption? 2011. Disponível em: <http://www.hillintl.com/PDFs/The%20Analysis%20and%20Valuation%20of%20Disruption%20-%20Derek%20Nelson.pdf>.

NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM. Rules and Procedures, Summary Jury Trial. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/COURTS/2jd/KINGS/Civil/summaryjurytrialrules.shtml#Rules>.

OPREA, Alinea. Dispute Prevention, 2010. Disponível em: www.drb.org. Disponível em: www.drb.org.

ORGANISME DE LIAISON DES INDUSTRIES MÉTALLIQUES EUROPÉENNES. ORGALIME Turnkey Contract for Industrial Works 2003. Disponível em: <http://www.orgalime.org/publication/turnkey-contract>.

OWEN, Gwyn. Follow the Procedure! *DRBF Forum* Vol. 16 – Issue 2, p. *DRBF Forum* Vol. 16 – Issue 2. Disponível em: www.drb.org.

OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. *Dispute Boards: Procedures and Practices*. London: Thomas Telford Publishing Ltd., 2008.

PARTNERING. Construction Excellence 2004. Disponível em: http://www.constructingexcellence.org.uk/pdf/fact_sheet/partnering.pdf.

PHILLIPS, James D. Ethics: Separating the Black and White from the Gray 2010. Disponível em: www.drb.org.

PMI – PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. *O Guia PMBOK*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POUND CIVIL JUSTICE INSTITUTE. Roscoe Pound Conference. Disponível em: http://www.roscoepound.org/judges_forum_intro.aspx.

RAJOO, Sandra. Dispute Boards in Malaysia – Recent Changes in the Dispute Resolution Framework, p. 15-20, *DRBF Forum* de May 2012. Disponível em: www.drb.org.

REINO UNIDO. Sale of Goods (amendment) Act 1994. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/32/contents>.

REINO UNIDO. Sale of Goods Act 1893. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1893/71/contents/enacted>.

REINO UNIDO. Sale of Goods Act 1979. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>.

REINO UNIDO. UK Civil Procedures Rules. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>.

REINO UNIDO. UK Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents>.

REINO UNIDO. UK Unfair Contract Terms Act 1977. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.

ROSENER, Wolfgang; DORNER, Gerhard. German. In: KNUTSON, Robert (Coord.). *FIDIC: an Analysis of International Construction Contracts. An Analysis of International Contract Contracts*. Netherlands: Kluwer Law International and International Bar Association, 2005.

Sale of Goods (amendment) Act 1995. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/28/contents>.

SAMPAIO, Lia Regina; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação?* São Paulo: Brasiliense, 2007. (Coleção Primeiros Passos)

STOCKER, Albert. Dispute Resolution – The Financial Institutions' Point of View 2011. Disponível em: www.drb.org.

THE FREE DICTIONARY, Expert Witness. Disponível em: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Expert+witnesses>.

THE Grove Report: the Background to the Conference on Whose Risk? Disponível em: <http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=129943>.

TISAKA, Maçahico. Como evitar prejuízos em obras de construção civil: *Construction Claim*, São Paulo: Pini, 2011.

U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION. Federal Highway Administration, Contract Administration: The Michigan Experience 2008. Disponível em: http://www.fhwa.dot.gov/hfl/technology/pcfcr_flyer_mi.pdf.

UNCITRAL – UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works. New York, 1988.

UNCITRAL – UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. New York, 2001.

UNCTC – UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS. UNCTC Features and Issues in Turnkey Contracts in Developing Countries: A Technical Paper. New York, 1983.

UNITED NATIONS – UN. Charter of the United Nations, 1945. Disponível em: www.un.org/en/documents/charter/index.shtml.

WALLIS, Shani. DRBs in North-America – Knowing and Playing by the Rules, *DRBF Forum*, Volume 12, Issue 3, August 2008. Disponível em: www.drb.org.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Meios Consensuais de Solução de Conflitos. In Organiz. ALVES DE ALMEIDA, Rafael; ALMEIDA, Tânia; HERNANDES CRESPO, Mariana. Tribunal Multiportas. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2012.

WIKIPÉDIA. Dispute Board: Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Dispute_board.

WORLD BANK. Alternative Dispute Resolution Guidelines 2011. Disponível em: https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/regulatory-simplification/alternative-dispute-resolution/upload/15322_ADRG_Web.pdf.

ZUFFEREY, Jean-Baptiste. Dispute Boards and Other ADR – The Legal Context 2011. Disponível em: www.drb.org.

Links Relacionados

Câmara de Mediação e Arbitragem (CMA-IE), Instituto de Engenharia (IE)

<http://ie.org.br/camara/>

American Arbitration Association – AAA, Dispute Resolution Services (Estados Unidos)

<http://www.adr.org>

Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIIB)

<http://www.abdiib.org.br>

Associação Brasileira de Consultores de Engenharia (ABCE)

<http://www.abceconsultoria.org.br/>

Associação Brasileira de Engenharia Industrial (ABEMI)

<http://abemi.org.br>

Arbitration, Mediation & Dispute Board Chambers (Reino Unido)

<http://www.arbdb.com/home.arbdb>

Banco Mundial

<http://search.worldbank.org/all?qterm=%20dispute%20boards>

Building Disputes Tribunal Ltd (Nova Zelândia)

<http://www.buildingdisputestribunal.co.nz/DRBS.html>

Chartered Institute of Arbitrators CI Arb – (Reino Unido)

<http://www.ciarb.org/das/009-dispute-boards/>

Dispute Board Federation DBF – (Suíça)

<http://www.dbfederation.org/>

Dispute Resolution Board Foundation DRBF – (Estados Unidos)

<http://www.drb.org/>

<http://www.drb.org/resumeresults.htm?group1fields=&startat=1&GroupSearch=brazil>

DRBF Australasia Inc. Chapter (Austrália)

<http://www.drba.com.au/>

DRBF Eurasia Chapter (Romênia)

<https://sites.google.com/site/drbf Eurasia/>

Dispute Board Mena (Meio Oeste e Norte da África)

<http://www.disputeboardsmena.com>

Federación Panamericana de Consultores – FEPAC

<http://www.fepac.org/>

Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – FIDIC (Suíça)

<http://fidic.org/>

International Chamber of Commerce – ICC (França)

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/>

Institution of Civil Engineers – ICE (Reino Unido)

<http://www.ice.org.uk/Information-resources/Document-Library/ICE-Dispute-Board-Procedure>

Unión Panamericana de Asociaciones de Ingenieros

<http://upadi.com/pt/>

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. Dispute Boards. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 03, p. 71-156, jan./jun. 2020.
