

Thaís Chebatt: Decisões proferidas pelos dispute boards

21/06/2022

O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, internacionalmente conhecido como *Dispute Board* (DB), é um método de resolução de disputas que tem sido amplamente utilizado em grandes projetos de construção para evitar litígios e proporcionar agilidade na resolução de conflitos que possam surgir durante a execução da obra.



Embora os *dispute boards* tenham se tornado muito

populares em projetos de construção e infraestrutura no mundo e inclusive no Brasil, as partes acabam enfrentando algumas dificuldades para executar as decisões, principalmente quando não há uma lei que regule como isso se dará.

Assim, o cumprimento de decisões proferidas por *dispute boards* é algo que vem sendo discutido ao longo dos últimos anos por alguns estudiosos e também foi objeto de análise de tribunais arbitrais e judiciais.

Common law vs Civil Law

O uso de *dispute boards* por países que adotam a *Common Law* é bastante popular e geralmente tem um formato estatutário. O primeiro registro do uso desse mecanismo foi em 1960, em Washington, nos Estados Unidos, em conflitos relacionados com uma barragem de fronteira.

O Reino Unido introduziu em sua Lei de Moradia, Construção e Reforma de 1996 (*Housing Grants, Construction and Regeneration Act of 1996*) as cláusulas 104 a 108[1], que preveem a obrigatoriedade da resolução de disputas por *adjudication* (mecanismo similar aos *dispute boards*). Assim, as disputas entre as partes são submetidas a um julgador neutro e com reputação idônea, cujas decisões têm efeito vinculante sobre as partes e podem ser revistas ou contestadas por processo arbitral ou judicial [2].

Além do Reino Unido, outros países que adotam a *Common Law* também já preveem em sua legislação o modelo legal de resolução de disputas rápido e vinculante. É o caso, por exemplo, de Singapura [3], Nova Zelândia [4] e Malásia [5].

Por outro lado, nas jurisdições que adotam a *Civil Law*, as partes sempre podem tentar encontrar uma lacuna para contornar o *dispute board* ou esquivar-se de cumprir sua decisão, alegando, por exemplo, que a real intenção das partes não era que a decisão do *dispute board* tivesse efeito vinculante imediato ou que o *dispute board* não é um requisito obrigatório para a realização da arbitragem.

No Brasil, por exemplo, o uso de *dispute boards* já está previsto em algumas leis, como é o caso da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), mas não há regulamentação específica sobre o cumprimento das respectivas decisões.

Assim, ao contrário dos países que adotam a *Common Law*, a maioria dos países que empregam a *Civil Law* não possui legislação e/ou regulamentação específica sobre mecanismos de resolução de disputas e/ou sobre os *dispute boards*.

Por essa razão, os países de *Common Law* parecem estar mais acostumados ao conceito de *dispute board*, ao seu efeito vinculante e ao cumprimento de suas decisões já que a maioria deles possui legislação específica e/ou regulamentação sobre o assunto. Como resultado, os tribunais de *Common Law* têm uma prática mais consolidada quanto ao cumprimento de decisões de *dispute boards* em comparação com aqueles que adotam *Civil Law*.

Isso porque, a falta de legislação e/ou regulamentação específica sobre os *dispute boards* em países de *Civil Law* causa incertezas sobre como eles serão adotados e/ou como ocorrerá o processo de resolução da disputa e, o mais importante, como os tribunais judiciais e/ou arbitrais irão tratar da questão da exequibilidade das decisões dos *dispute boards*.

Tipos de *dispute boards*

Existem duas modalidades de *dispute board*, o *Dispute Review Board* (DRB) e o *Dispute Adjudication Board* (DAB). No caso do DRB, a decisão proferida serve apenas como recomendação, sem vincular as partes, entretanto, se as partes não apresentarem manifestação de discordância em determinado prazo, ficará implícito que as partes concordaram contratualmente com a decisão.

O DAB, por outro lado, emite decisões vinculantes que assim permanecerão a menos que sejam revistas por tribunal arbitral ou judicial após a apresentação de manifestação de discordância por uma ou ambas as partes em prazo determinado em contrato.

Existe, ainda, uma terceira modalidade de *dispute board* desenvolvida pela Câmara de Comércio Internacional ("CCI") que é Combined Dispute Board ("CDB") em que, via de regra, é apenas proferido recomendações, mas, se uma das partes solicitar e a outra não se opor, é competente para proferir decisões vinculantes.

O cumprimento das decisões proferidas pelo *dispute board*

De acordo com o modelo contratual Fidic 2017 Silver Book que adota o DAB, se a decisão for



proferida pelo DAB e nenhuma das partes apresentar manifestação de discordância no prazo de 28 dias do recebimento da decisão, essa decisão "*passará a ser final e vinculante*" [1].

De forma análoga, pode-se entender que mesmo se o contrato não seguir o modelo Fidic, mas prever o DAB e a decisão não for contestada no prazo estabelecido no contrato, a decisão passará a ser final e vinculante e deverá ser executada por tribunal arbitral ou judicial, de acordo com o que estiver estabelecido no contrato.

Entretanto, a questão que surge é se o tribunal arbitral ou judicial deve rever o mérito da decisão ou simplesmente proceder com a execução da decisão.

Nesse sentido, o parágrafo 2 da cláusula 21.6 do modelo FIDIC 2017 Silver Book trouxe uma inovação em relação à edição de 1999 para especificar que o tribunal arbitral irá analisar e revisar qualquer decisão do DAB que não seja definitiva e vinculante, que leve ao entendimento que decisões finais e vinculantes não devem ser analisadas e revisadas, conforme abaixo:

"O (s) árbitro (s) terá (ão) total poder para acessar, analisar e revisar qualquer certificado, determinação (que não seja definitiva e vinculante), instrução, parecer ou avaliação do Empregador e/ou do Representante do Empregador, e qualquer decisão do DAB (que não seja definitiva e vinculante) relevante para a Disputa. (...)".

Além disso, no caso *Macob Civil Engineering Ltd v. Morrison Construction Ltd* [2] os tribunais ingleses confirmaram que a decisão do julgador "*deveria ser cumprida de forma sumária, independentemente de qualquer irregularidade processual, erro ou violação de direitos*" [3].

A experiência mostra que nos países de *Common Law*, o conceito de execução direta da decisão final e vinculante do DAB é mais facilmente aplicado já que, em alguns casos a decisão foi imediatamente cumprida. Entretanto, a tendência é que com o passar do tempo, os tribunais terão um maior nível de confiança para a execução imediata dessas decisões.

Os tribunais alemães, por exemplo, já decidiram que os procedimentos sob o modelo de *dispute boards* são aplicáveis. Assim, como a Alemanha normalmente inspira outros países seguidores da *Civil Law*, tais como a Turquia, Grécia e Rússia, este é um grande progresso que deve virar tendência nos países que adotam a *Civil Law*.

Já no Brasil, o Conselho de Justiça Federal (CJF) estabeleceu no seu enunciado 76 que as decisões proferidas por *dispute boards* quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória (que é o caso do DAB, conforme descrito a seguir), vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem.

Dessa forma, parece que a regra geral é que as decisões finais e vinculantes do DAB devem ser cumpridas de forma direta pelo tribunal arbitral ou judicial, sem exame do mérito. Entretanto, antes de prontamente cumprir a decisão, o tribunal arbitral e/ou judicial deve considerar todo o contexto da disputa, examinar seu escopo e reconhecer sua própria competência para o caso.

De acordo com o parágrafo 1 da cláusula 21.4.4 do modelo Fidic 2017 *Silver Book*, se uma das partes não concordar com a decisão do DAB deve apresentar manifestação de discordância à

outra parte no prazo de 28 dias do recebimento da decisão.

Assim, se uma das partes apresentar a manifestação de discordância, a decisão continuará com efeito vinculativo sobre as partes, mas não será final já que será submetida à arbitragem. Nesse caso, há uma decisão "não definitiva e não vinculante", portanto, embora a decisão seja vinculante, também é provisória.

A execução de uma decisão não definitiva e não vinculante é algo que tem sido discutido pelos doutrinadores e profissionais do direito, e também foi objeto de exame pelos tribunais arbitrais e judiciais.

Christopher Seppälä [4] defende que todas as decisões proferidas pelo DAB devem ser cumpridas e que a única diferença das decisões não definitivas em relação às decisões finais é que sua exequibilidade — assim como sua natureza vinculante — são temporárias.

No entanto, alguns casos mostram que por vezes o entendimento dos tribunais arbitrais e judiciais não é tão simples. O que se argumenta é que se o tribunal se restringir a executar a decisão não definitiva e não vinculante sem analisar o mérito, ele estará indo contra o que as partes acordaram e a decisão não definitiva passará a ser uma decisão final.

Consequentemente, uma alternativa é cumprir a decisão não definitiva e não vinculante do DAB por meio de liminar antes que o tribunal arbitral examine o mérito da disputa [5].

Isso leva a um caso importante sobre a execução de decisão não definitiva e não vinculante — o Caso ICC nº 10619 — onde o tribunal arbitral emitiu uma sentença estabelecendo que as decisões do Engenheiro poderiam ser cumpridas por decisão parcial ou liminar. A decisão do Caso ICC nº 10619 parece ser a primeira sentença publicada para determinar o cumprimento de uma decisão não definitiva e não vinculante [6].

Outro caso muito relevante sobre o cumprimento de uma decisão não definitiva e não vinculante aconteceu em Singapura, conhecido como "Caso Persero" [7] em que o Tribunal Superior de Singapura entendeu que existe uma obrigação clara das partes de cumprir o disposto no contrato, que estabelece que as partes "*devem dar efeito imediato*" à decisão do DAB. Por exemplo, se houver uma determinação do DAB para que uma parte pague uma quantia à outra, essa parte deve prontamente proceder com o pagamento mesmo se não concordar com o mérito da decisão.

Esse entendimento do Tribunal Superior de Singapura está alinhado com o princípio que diz "*pague agora, conteste depois*" (*pay now, argue later*), que está no cerne das decisões estatutárias, principalmente nos países que adotam a *Common Law*.

Isso leva à mesma lógica descrita acima sobre o cumprimento de uma decisão final e vinculante, ou seja, se nenhuma das partes apresentar manifestação de discordância, ou apresentar a manifestação, mas não solicitar a revisão do mérito da decisão, fica implícito que as partes concordaram contratualmente com a decisão. Portanto, a decisão deve ser diretamente cumprida pelo tribunal sem revisão do mérito.

Os efeitos desse procedimento diferem nos países de *Civil Law* e *Common Law*. Nos países que adotam a *Civil Law*, isso provavelmente seria visto com um abuso de direitos e, conseqüentemente, violação da obrigação geral de agir de boa-fé no momento do cumprimento do contrato, o que envolveria uma penalidade insegurança jurídica.

Países que adotam a *Common Law*, por sua vez, dificilmente aplicariam tal penalidade e muito provavelmente estabeleceriam um prazo para o início do procedimento arbitral ou considerariam a decisão do DAB final e vinculante.

Considerando o acima exposto, o Caso Persero estabeleceu uma regra importante sobre o cumprimento de decisões não definitivas e não vinculantes do DAB, pois concluiu que a decisão do DAB, mesmo não sendo final, pode ser cumprida diretamente, mesmo em uma arbitragem segregada da disputa primária ou por meio de uma liminar.

Conclusão

Diante do exposto, a execução das decisões proferidas pelos *dispute boards* possui uma abordagem diferente nos países de *Civil Law* e *Common Law*.

Nos países de *Common Law*, o conceito de execução direta da decisão final e vinculante proferida pelo *dispute board* é mais facilmente aplicado e em alguns casos a decisão foi imediatamente cumprida.

Entretanto, a tendência é que se desenvolva uma abordagem mais consistente e que os tribunais arbitrais e judiciais aumentem sua confiança no cumprimento imediato de tais decisões. Por exemplo, alguns países de *Civil Law*, como a Alemanha e Brasil, já determinaram que os procedimentos sob o modelo de *dispute board* são aplicáveis.

[1] Parágrafo 3 da cláusula 21.4.4 do Modelo Contratual Fidic 2017 *Silver Book*.

[2] *Macob Civil Engineering Ltd v. Morrison Construction Ltd*, [1999] BLR 93.

[3] Gould, Nicholas. *Enforcing a Dispute Board's decision: issues and considerations*. *The International Construction Law Review*, 21 September 2012 [2012] ICLR 442, p. 471.

[4] Seppälä, Christopher R. *The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works*. *The International Construction Law Review*, 1 January 2005 [2005] ICLR 4, p. 188.

[5] Vide Caso ICC nº 10619 e Caso ICC nº 18320.

[6] Seppälä (n 23) 414 e 425.

[7] *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation* — [2010] SGHC 202; [2011] SGCA 33; [2014] SGHC 146 and [2015] SGCA 30. *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation* [2014] SGHC 146. *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation* [2015] SGCA 30.

[1] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/contents>.

[2] Dorgan, Carroll S. *The ICC'S New Dispute Board Rules*. *The International Construction Law Review*, 1 April 2005 [2005] ICLR 142, p. 143.

[3] Capítulo 30B da *Building and Construction Industry Security of Payment Act*.

[4] *New Zealand Construction Contracts Bill*.

[5] *Construction Industry Payment and Adjudication Act 2012*.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jun-21/thais-chebatt-decisoes-proferidas-pelos-dispute-boards/>