

IV.

A AUSÊNCIA DE EXECUTIVIDADE DAS DECISÕES VINCULANTES PROFERIDAS EM SEDE DE DISPUTE BOARD E/OU EXPERT DETERMINATION

LEANDRO FELIX
JULIA DE MARCK¹

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a crescente complexidade das relações comerciais e contratuais tem levado agentes econômicos a buscarem mecanismos mais eficientes para a gestão de seus contratos, prevenção de litígios e a resolução de conflitos de forma célere e eficiente. A inclusão de cláusulas de dispute board e/ou expert determination se dá, justamente, neste contexto.

Os dispute boards emergem como uma solução inovadora e eficaz no âmbito de contratos de construção, promovendo a prevenção e a resolução de disputas de forma ágil e colaborativa. Esses órgãos, compostos por especialistas técnicos, atuam durante a execução de contratos, proporcionando um espaço para a discussão de problemas, inclusive antes que se tornem litígios formais. A importância dos dispute boards reside não apenas na redução do tempo e dos custos associados à resolução de impasses, mas também na promoção de um ambiente de negócios mais saudável e produtivo. Ao facilitar a comunicação entre as partes e oferecer soluções técnicas e céleres (e, por vezes, proativas), os dispute boards contribuem para a eficiência operacional e a lucratividade dos agentes econômicos, permitindo que estes se concentrem em suas atividades principais, minimizando interrupções e incertezas e garantindo a continuidade de seus projetos.

Diante da sua comprovada eficiência, os dispute boards têm ganhado relevância internacional, sendo amplamente adotados no âmbito dos contratos de construção. Em recente estudo publicado pelo King's

¹ Os autores são, respectivamente, sócio do escritório Felix & Menegassi Zotareli, em São Paulo/SP, e associada do escritório Machado Meyer Advogados, no Rio de Janeiro/RJ.

College², profissionais e entidades foram solicitados a indicar o número de dispute boards nos quais estavam envolvidos entre janeiro de 2018 e dezembro de 2023. Como resultado, verificou-se que, dentre os 3.323 projetos reportados por profissionais, 50,9% dos projetos incluíam cláusula de dispute board. Com relação aos projetos reportados por entidades, 217 dos 530 projetos reportados incluíam previsão de dispute board, isto é, 40,9% dos contratos.

O expert determination, por sua vez, representa mecanismo contratual que é realidade em contratos comerciais sofisticados, especialmente em transações de M&A. Na prática, trata-se de uma disposição por meio da qual um especialista independente é nomeado para resolver impasses relativos a, dentre outros, aspectos de avaliação (usualmente contábil) e cálculos financeiros, permitindo que as partes complementem o conteúdo contratual e, com isso, obtenham soluções de forma rápida e especializada. Da mesma forma que ocorre nos dispute boards, ao proporcionar decisões fundamentadas, técnicas e imparciais, o mecanismo de expert determination ajuda a preservar as relações comerciais e a confiança entre os agentes econômicos.

Conquanto sejam realidade em contratos dos mais variados (mas, sobretudo, nos contratos sofisticados de M&A e de construção), as decisões proferidas por comitês de dispute boards e/ou no âmbito de me-

2 *"Individuals and Entities were asked to indicate the number of Dispute Boards in which they were involved between January 2018 and December 2023 (inclusive). For each of those calendar years, respondents indicated (i) the number of new Projects in which they were involved, (ii) how many of those Projects provided for the constitution of a Dispute Board, and (iii) how many of those Dispute Boards were of an ad hoc nature (as opposed to standing Dispute Boards). Figure 1 compiles the responses given by Individuals, reporting 3,323 Projects over the course of six years. 50.9% of those Projects (ie 1,692) included Dispute Boards, out of which 31.1% were ad hoc Dispute Boards (ie 527) and 69.9% of Dispute Boards of standing nature (ie 1,165)" (...) "Figure 2 compiles the responses given by Entities, reporting 530 Projects over the course of six years. 40.9% of those Projects (ie 217) included Dispute Boards, out of which 59.4% were ad hoc Dispute Boards (ie 129) and 40.6% were standing Dispute Boards (ie 88)" (NAZZINI, Renato, MACEDO, Renata Moreira. *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. Londres: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.18742/pub01-203>. Acesso em 06.04.2025.)*

canismos de expert determination carecem, ainda, de um regime legal que regule esses procedimentos ou, ao menos, determine os seus efeitos³.

Assim, e reconhecendo a importância *prática* desses mecanismos, este artigo pretende enfrentar questão *teórica* que é relevante para que se tenha clareza quanto aos limites desses mecanismos, bem como para que se possa preservar a segurança jurídica, qual seja: investigar a natureza das decisões proferidas por comitês de dispute boards e/ou no âmbito de mecanismos de expert determination, para, ao fim, verificar se aquelas decisões, ainda que tidas como vinculantes, podem, ou não, ser objeto de execução forçada, em caso de descumprimento pela parte contrária.

1. DISPUTE BOARD

A. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Os dispute boards são comitês formados por profissionais independentes e capacitados, nomeados, em geral, no início de um contrato de construção para resolver e prevenir disputas que, eventualmente, venham a surgir ao longo da sua execução⁴.

3 Isso, contudo, não significa dizer que os autores deste artigo entendam que referida regulação seria necessária ou mesmo benéfica.

4 “Dispute Boards são mecanismos de prevenção e/ou solução de controvérsias formados por colegiados de experts que acompanham todos os estágios da execução do contrato, sendo normalmente utilizados em contratos complexos e grandes obras de infraestrutura. Sua principal vantagem está em diminuir o “gap” existente entre o aparecimento de uma controvérsia e a sua solução. O objetivo é justamente reduzir os custos e o tempo envolvidos no tratamento dessas controvérsias, que normalmente são originadas de “anomalias” surgidas no curso da obra. A ideia, portanto, é corrigir essas “anomalias” tão logo quanto possível e desde já atribuir e alocar a responsabilidade pela sua correção, evitando, assim, o escalonamento do conflito e a “bola de neve” de prejuízos acumulados.” (MARCONDES, Fernando. *O Direito na Construção no Ambiente Internacional: Contribuições para a Consolidação de uma Lex Constructionis*. 2ª ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 347); “Os dispute boards (DB) são os painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.” (WALD, Arnaldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, nº 30, p. 139-151, jul./set. 2011); “Um Dispute Board

É comum que os membros do comitê acompanhem a execução da obra até a sua conclusão, mantendo constante acesso aos trabalhos desenvolvidos em campo e realizando conversas periódicas com as partes. Essa dinâmica permite que os profissionais se mantenham inteirados em tempo real acerca do andamento da obra, de modo que, em surgindo eventual impasse, haverá mínima perda de tempo com o conhecimento dos elementos fáticos em disputa. Nesse caso, verificada controvérsia que não pode ser resolvida pelas partes desde logo, o comitê poderá intervir, nos termos do ajuste celebrado entre as partes, e prontamente publicar uma decisão ou recomendação (o que dependerá do regime adotado contratualmente pelas partes) sobre como a questão deve ser resolvida⁵.

Os dispute boards também exercem um papel relevante na prevenção de conflitos, fornecendo assistência informal no momento em que iden-

é, numa descrição simplificada, uma junta de profissionais capacitados e imparciais formada, em geral, no início de um contrato para acompanhar seu progresso e resolver disputas que, eventualmente, venham a surgir ao longo de sua execução. Essa junta emite recomendações e/ou decisões em face de disputas que são a ela submetidas, apresentando-se, com cada modelo de Dispute Board adotado, uma equação diferenciada de obrigatoriedade para as partes.” (VAZ, Gilberto José. *Os dispute boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v. 11, abr./jun. 2014, p. 327). *“a Dispute Board was defined as any ‘job site dispute avoidance or resolution mechanism, constituted by individual(s) that should operate independently from the parties to the contract(s) and with the purpose of addressing the disputes of a specific Project’. A Project was defined as any ‘planned endeavour involving the systematic organisation and coordination of resources, labour, materials, and/or tasks to create, renovate, and/or enhance physical or non-physical structures. These structures may include physical constructions such as buildings or infrastructure, as well as intangible constructs such as software systems, digital platforms, or information technology solutions’* (NAZZINI, Renato, MACEDO, Renata Moreira. *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. Londres: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.18742/pubo1-203>. Acesso em 06.04.2025.)

- 5 *“O DB deve conhecer todos os contratos que compõem o projeto, acompanhar a sua execução, receber e colher em tempo real as informações necessárias, bem como permanece constantemente familiarizado e atualizado a respeito dos trabalhos, inclusive por meio de visitas periódicas ao canteiro de obras. Desse modo, surgindo um conflito, o dispêndio de tempo com o conhecimento dos elementos fáticos tende a ser mínimo. Por via de consequência, o tempo para que se chegue a uma decisão tende a ser razoavelmente exíguo”* (BARALDI, Eliana. *Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 352).

tificadas eventuais reclamações e/ou preocupações pelos contratantes⁶. Nesse sentido, é possível (e comum) que os membros do comitê, durante as suas visitas em campo e conversas com as partes, busquem a resolução consensual das questões discutidas, antes da existência propriamente de um conflito. Nesse caso, os membros do comitê podem agir tanto por solicitação das partes quanto por iniciativa própria, sendo permitida a sua atuação na condução das partes a comporem-se amigavelmente⁷.

- 6 *"DBs aim at assisting in the prevention of disagreements among the parties as well as in the provision of a rapid resolution of disagreements or disputes, ideally during the execution phase, and, in any case, within short time limits. DB members are – frequently – not lawyers and, therefore, capable of dealing with technical issues arising during the execution of a project. DBs promote prevention and resolution of disagreements and disputes by, for example, regularly visiting the site and meeting the parties, identifying points which need to be discussed and resolved, providing informal as well as formal assistance in resolving disagreements and disputes."* (GURIENE, Jurgita Petkute, *Access to Arbitral Justice in Construction Disputes*. In: BALTAG Crina, VASILE Cosmin (Coords), *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues*, Kluwer Law International, 2019, pp. 1 – 20); *"These experienced Dispute Board members see the parties on a regular basis and allow themselves to be available to the parties, if jointly agreed, to just give an informal opinion about some matter that by prompt intervention can prevent a claim from later arising."* (CHERN, Cyril, *The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction: benefits without burden*, Club Español del Arbitraje, 2010, p. 5); *"O DAAB pode ser solicitado em conjunto para fornecer assistência ou discutir as questões trazidas pelas partes informalmente"* Com isso, busca-se resolver, por consenso, qualquer problema ou desacordo que possa surgir. Além disso, pode partir do próprio DAAB a iniciativa de convidar as partes a se utilizarem da assistência para prevenção de disputas que possam acontecer. A princípio, as opiniões informais emitidas pelo DAAB não são vinculativas para as Partes e tampouco ao próprio DAAB, podendo este, mais tarde, emitir decisão diferente se instaurado um procedimento formal para julgamento do pleito. Além disso, existem outras referências aos deveres de assistência informal atinentes ao DAAB. De modo geral, cada Membro do DAAB deve estar disponível para prestar assistência informal às partes quando solicitado conjuntamente por elas." (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. *Primeira Parte: conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 53).

A possibilidade de atuação informal é inclusive prevista pelos contratos FIDIC: *"If at any time the Parties so agree, they may jointly refer a matter to the DAB in writing with a request to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any disagreement that may have arisen between the Parties during the performance of the Contract. Such informal assistance may take place during any meeting, Site visit or otherwise. However, unless the Parties agree otherwise, both Parties must be present at such discussions."*

- 7 *"Os DBs podem, inclusive, emitir recomendações informais, quer por convocação das partes, quer por iniciativa própria, sendo-lhes facultado até mesmo exercer o papel*

Os dispute boards são, portanto, comitês instituídos no contexto de contratos de execução continuada e de longa duração, com o objetivo de prover um mecanismo rápido, técnico e imparcial para gestão contratual, bem como prevenção e resolução de impasses. Trata-se de instituto de comprovada eficácia, que tem ganhado aceitação em nível internacional, com a sua recorrente utilização em construções complexas, como forma de reduzir os conflitos e evitar a paralisação das obras.

B. MODALIDADES DE DISPUTE BOARD

É comum que as partes estabeleçam o mecanismo de dispute board quando o contrato é celebrado e que ele opere durante toda a vida útil do contrato. Essa modalidade de comitê é descrita como “permanente”⁸. Nesse caso, como já adiantado, o comitê permanente receberá atualizações regulares de progresso e visitará o local da obra em intervalos regulares.

Por outro lado, é possível que as partes instituem comitês “ad hoc”⁹, isto é, que nomeiem os comitês apenas após o surgimento de algum im-

semelhante àquele desempenhado pelos mediadores, no sentido de conduzir as partes a comporem-se amigavelmente, tão logo detectem ou tão logo uma delas coloque em xeque alguma situação do projeto” (BARALDI, Eliana. *Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 354.)

- 8 “Os Dispute Boards podem ser ad hoc ou permanentes e o que os faz distinguir entre essas duas modalidades são o momento de sua instituição e sua perpetuação no projeto. Quando o Dispute Board não é instalado na fase inicial das obras, e só vem a ser incorporado para dar solução a uma ou mais questões pontuais, desfazendo-se tão logo que uma decisão ou recomendação é proferida, dá-se a ele a qualificação de Dispute Board ad hoc. Já o Dispute Board que é instalado e se perpetua até a conclusão da obra³O, podendo a qualquer momento ser instado pelas Partes a solucionar um impasse, recebe o nome de Dispute Board permanente.” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. *Primeira Parte: conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 41.)
- 9 “Já os comitês ad hoc são aqueles temporários’ que são constituídos a qualquer tempo durante a vigência do contrato, para o fim de resolver uma ou mais controvérsias. Ou seja, enquanto os comitês permanentes acompanham toda a vida do contrato o, realizando reuniões e visitas periódicas e tendo acesso às informações e documentos antes da existência de uma controvérsia, o que permite que estes atuem na assistência informal e profiram recomendações ou decisões mais adequadas e próximas à realidade dos fatos, os comitês ad hoc atuam apenas

passe. Nesse caso, a única função do dispute board será lidar com a questão específica a ele encaminhada.

Além dos diferentes períodos de funcionamento, os dispute boards também se diferenciam a partir da finalidade que eles possuem dentro do projeto. Nesse sentido, existem três modalidades de dispute boards que podem ser adotadas pelas partes, com diferentes finalidades, sendo elas: (i) “dispute review board” (“DRB”), (ii) “dispute adjudication board” (“DAB”); e (iii) “combined dispute board” (“CDB”)¹⁰.

Na modalidade de DRB, o comitê emite laudos recomendatórios, sem caráter vinculante imediato. Contudo, caso nenhuma das partes apresente objeção dentro do prazo estipulado contratualmente – “*notice of dissatisfaction*”, a recomendação se tornará vinculante, obrigando as partes a cumpri-la. Isto é, apesar de não vincularem as partes de imediato, as recomendações podem assim se tornar se não houver discordância por nenhuma das partes dentro do prazo determinado contratualmente¹¹.

quando o conflito já existe, o que a meu ver rcdttz consideravelmente os benefícios desse mecanismo.” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. *Primeira Parte: conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 70). Acerca das modalidades de dispute board, vale observar que os benefícios observados com a instituição dos comitês são mais intensamente observados no caso dos dispute boards permanentes, uma vez que, nessa modalidade, os membros terão contato constante com a evolução da obra e com as partes. Dessa forma, é possível que os membros do comitê adquiram conhecimento profundo sobre o projeto e seu desenvolvimento, permitindo maior familiaridade com o projeto, assim como uma atuação preventiva mais eficaz.

10 “*Costuma-se distinguir dois tipos principais de Dispute Boards: (i) Dispute Review Board, também conhecidos como Dispute Resolution Board (“DRB”), e (ii) Dispute Adjudication Board (“DAB”)* (MARCONDES, Fernando. *O Direito na Construção no Ambiente Internacional: Contribuições para a Consolidação de uma Lex Constructionis*. 2ª ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2019)

11 “*Embora possa haver variação entre os regulamentos e adaptações nos termos e cláusulas estipuladas pelas partes, é comum que as recomendações possam tornar-se finais e vinculantes, caso nenhuma das partes levante objeções às proposições do comitê. Assim, se nenhuma das partes manifestar insatisfação com uma decisão dentro de um período determinado, elas poderão ver-se contratualmente obrigadas a cumprir a recomendação como se esta fosse uma decisão. Tem-se, então, a heterocomposição. Se, por outro lado, uma parte manifestar insatisfação com a recomendação dentro do prazo estipulado para objeções, ela poderá insurgir-se e submeter a disputa à arbitragem ou ao judiciário (a depender da*

Caso uma das partes discorde formalmente, poderá recorrer à arbitragem, se assim for previsto, ou ao Poder Judiciário. Nesse caso, enquanto aguardam uma decisão do Tribunal Arbitral ou do Poder Judiciário, as partes não são obrigadas a cumprir a recomendação¹².

Nos DAB, a decisão dos comitês é vinculante desde o momento em que é proferida, devendo ser cumprida pelas partes imediatamente¹³. É comum, nesse caso, a aplicação do brocardo “*pay now, argue la-*

jurisdição definida em contrato). Na pendência do trânsito em julgado, as partes podem cumprir voluntariamente a recomendação, mas não estão obrigadas a fazê-lo” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. *Primeira Parte: conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 50)

12 “Dispute Review Board (“DRB”)

- “A DRB issues “Recommendations”, which are non-binding opinions.
- If no party expresses dissatisfaction with a Recommendation within a stated time period, compliance is required.
- If a party expresses dissatisfaction within a certain period of time, that party may resort to arbitration, if so provided, or the courts. Pending a ruling by the arbitral Tribunal or the court, the parties are not required to comply with the Recommendation.” (CHERN, Cyril, *The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction: benefits without burden*, Club Español del Arbitraje, 2010, p. 8)

13 “Por sua vez os DABs apresentam uma notável inovação em relação aos DRBs: o poder adjudicatório. Essa caracterização sugere que um determinado corpo adjudicador irá analisar as informações e emitir uma decisão de caráter mandatório. A grande nota distintiva dos DABs é exatamente o caráter vinculante de suas decisões. Os DABs não recomendam, decidem. E, por contrato, as partes se obrigam mutuamente ao cumprimento da decisão exarada pelo DAB. Ainda que subsista a possibilidade de as partes questionarem essa decisão em sede arbitral ou judicial, elas permanecem obrigadas a cumprir a decisão de pronto, ao menos até que o tribunal arbitral ou a jurisdição estatal emita decisão contrária” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. *Primeira Parte: conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 51)

“Dispute Adjudication Board (“DAB”)

- A DAB issues ‘Decisions’, which are binding.
- The parties must comply with a Decision as soon as they receive it.
- If a party expresses dissatisfaction with a Decision within a specific time period, it may submit the dispute to final resolution by arbitration, or the courts, but the parties meanwhile remain contractually bound to comply with the Decision” (CHERN, Cyril, *The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction – Benefits without Burden*, Club Español del Arbitraje, 2010, p. 8)

ter” (“pague agora, discuta depois”, em tradução livre), isto é, a decisão deverá ser cumprida e a obra deverá continuar, ainda que alguma das partes não esteja de acordo com a decisão¹⁴. Em caso de discordância, a parte deverá apresentar sua manifestação dentro do prazo estipulado contratualmente, podendo discutir, ainda, a decisão em sede arbitral ou judicial. Em tendo as partes elegido um DAB, os comitês emitirão uma decisão que será vinculante, a menos que um tribunal arbitral ou o Poder Judiciário (a depender da cláusula geral de resolução de disputas) emita uma nova decisão sobre o tema. Trata-se, portanto, de decisão provisoriamente impositiva às partes (*interim-binding force*)¹⁵.

Por fim, há os CDBs ou comitês híbridos ou mistos. Trata-se de modalidade híbrida, criada pela International Chamber of Commerce (“ICC”) em 2004, que combina as duas modalidades anteriores, permitindo que o comitê emita tanto recomendações quanto decisões vinculantes¹⁶. Nessa hipótese, o comitê, via de regra, emite recomendações, mas poderá emitir decisões caso uma das partes a solicite expressamente. Essa flexibilidade permite que o comitê adote a abordagem mais adequa-

14 “Isso porque a decisão do DAB arrefece imediatamente a celeuma entre as partes, ao fazer valer o brocardo que diz: *pay now, argue later* ou *pague agora discuta depois*. Assim é que a disputa não trava os trabalhos. As partes cumprem a decisão e a obra anda” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. *Primeira Parte: conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 51).

15 “É de relativo consenso que os tribunais arbitrais determinarão o cumprimento de uma decisão proferida no âmbito de um DB, ainda que de maneira provisória e sujeita a confirmação por decisão de mérito (isto é, por meio de uma *interim order*), o que demonstra a eficácia e autoridade do DB e consolida o chamado *pay now, argue later approach*” (BARALDI, Eliana. *Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 372).

16 “Há também os chamados *combined dispute boards* (“CDB”), modelo híbrido que associa características dos DRBs e dos DABs, no âmbito dos quais se pode proferir tanto recomendações quanto decisões, a depender da conveniência e da natureza da controvérsia a ser tutelada naquela oportunidade”. (BARALDI, Eliana. *Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards – teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 358).

da para cada situação específica, conciliando a necessidade de decisões vinculativas com a natureza colaborativa das recomendações.

Verifica-se, portanto, que os dispute boards funcionam como uma primeira fase da resolução de disputas, podendo emitir recomendações e decisões, que, apesar de vinculantes, poderão ser revistas em sede jurisdicional, para que sejam definitivamente resolvidas por arbitragem ou perante o Poder Judiciário, caso alguma das partes manifeste sua discordância.

C. CLÁUSULAS QUE INSTITUEM O DISPUTE BOARD

Conquanto já existam diplomas legais que disponham acerca dos dispute boards, a exemplo da Lei Municipal nº 16.873/2018, não existe, no Brasil, uma lei federal que trate dos limites e contornos do procedimento. Desse modo, no Brasil, os dispute boards são essencialmente “criaturas do contrato”¹⁷, sendo formados e regulados pela autonomia da vontade das partes, que deverão definir contratualmente o procedimento e os poderes que lhe serão outorgados.

Em geral, é comum que a cláusula que institui o dispute board não contenha todos os detalhes procedimentais acerca do funcionamento do comitê. Assim, semelhante à cláusula compromissória, é recomendável que a cláusula do dispute board faça referência às regras e regulamentos que serão aplicados ao comitê.

Atualmente, com o aumento do uso dos *dispute boards*, diversas instituições buscaram estabelecer regras próprias para os procedimen-

17 “The dispute board is a creature of contract. Accordingly, the dispute board only has those powers that are expressly given to it by agreement. There is no place for implied powers. The process is not underpinned by legislation or conventions, unlike arbitration or statutory adjudication” (HIGGS, Nicholas, PATTERSON, Lindy, *The Guide to Construction Arbitration*, 5th ed. Global Arbitration Review, 2024. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/fifth-edition/article/dispute-boards#footnote-012>. Acesso em: 08.04.2025).

“O Dispute Board é uma figura contratual, uma modalidade de MASCS que se coloca à disposição das partes para a introdução em determinadas relações jurídicas, pela qual é instituído um grupo de trabalho – permanente ou após o surgimento de algum conflito específico – para dirimir conflitos que decorram dessas mesmas relações jurídicas” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Natureza Jurídica, Eficácia e Obrigatoriedade da Cláusula de Dispute Board*. In FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 301).

tos a serem adotados pelos dispute boards, facilitando a elaboração dos regramentos contratuais e simplificando a adoção desse método. Nesse sentido, destaca-se, inicialmente, a iniciativa da *International Federation of Consulting Engineers* (“FIDIC”), que, em 1999, previu um mecanismo de dispute board em seu contrato modelo, estabelecendo as regras a serem aplicadas no contexto dos contratos FIDIC. Atualmente, todos os contratos FIDIC contêm disposições acerca do uso de dispute boards¹⁸.

Além disso, outras instituições como a Câmara de Comércio Internacional (“CCI”)¹⁹, a *American Arbitration Association*²⁰, o *UK Chartered Institute of Arbitrators* (“CI Arb”)²¹ também possuem regras procedimentais para utilização de dispute boards. No âmbito nacional, diversas câmaras formularam seus próprios regulamentos para dispute boards, a exemplo do CAM-CCBC²², da CAMARB²³, da CIESP²⁴ e do CBMA²⁵.

18 “All FIDIC forms of contract contain provisions for dispute boards.” (HIGGS, Nicholas, PATTERSON, Lindy, *The Guide to Construction Arbitration*, 5th Ed. Global Arbitration Review, 2024. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/fifth-edition/article/dispute-boards#footnote-012>. Acesso em: 08.04.2025).

19 ICC Dispute Board Rules. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>. Acesso em 06.04.2025.

20 AAA Dispute Resolution Board Guide Specifications. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Construction_DARB_Specifications_Rules_Procedures.pdf. Acesso em 06.04.2025.

21 Dispute Board Rules Chartered Institute of Arbitrators. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/31vfc1xo/ciarb-dispute-board-rules-practice-standards-committee-august-2014.pdf>. Acesso em: 06.04.2025

22 Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC. Disponível em: <https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2019/12/Regulamento-de-Dispute-Boards-2018.pdf>. Acesso em: 06.04.2025

23 Regulamento de Dispute Board da Camarb. Disponível em: <https://camarb.com.br/dispute-board/>. Acesso em 06.04.2025.

24 Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias da CIESP. Disponível em: https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/dispute-boards/REGULAMENTO_2018_WEB.pdf. Acesso em: 06.04.2025.

25 Regulamento do Comitê de Resolução de Disputas do CBMA. Disponível em: https://cbma.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CBMA_Regulamento_Dispute_Boards_2019.pdf. Acesso em: 06.04.2025.

Caso as partes optem por não fazer referência a regras institucionais, recomenda-se que as partes prevejam, no contrato ou em um documento apartado, a forma detalhada de funcionamento do comitê, estabelecendo, por exemplo, o modelo de indicação dos membros do comitê, a definição das controvérsias que estarão sujeitas ao mecanismo, a sua modalidade (se recomendatória, adjudicatória ou mista), a sua permanência (se permanente ou *ad hoc*), a forma de remuneração do comitê, os requisitos de independência e imparcialidade dos seus membros, a periodicidade das reuniões, os mecanismos para seu acionamento e substituição, assim como a forma de manifestação das partes em caso de discordância com a recomendação e/ou a decisão proferida pelo comitê, dentre outros.

Em suma, uma vez que o dispute board é uma ‘criatura de contrato’, a sua instituição ocorrerá por meio do acordo entre as partes, de modo que o comitê terá apenas os poderes que lhe forem expressamente outorgados por acordo.

D. NATUREZA JURÍDICA

Como visto, o dispute board representa figura essencialmente contratual, não havendo lei federal que regule o procedimento a ser adotado. Portanto, cabe às partes definir todos os aspectos do seu funcionamento. Nesse cenário, surge a dúvida acerca da natureza jurisdicional das suas decisões.

Antes de definir a natureza das decisões proferidas por dispute boards, cabe analisar brevemente o conceito e princípios que regem a função jurisdicional. Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o exercício da jurisdição pode ser definido como uma das funções do Estado, mediante o qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve²⁶. Além disso, a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, por meio da observância do devido processo legal.

26 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003, p. 1.

Nesse cenário, tem-se que a função jurisdicional exige a observância de determinados princípios, dentre eles, os princípios da investidura, da indelegabilidade, da inércia e do juiz natural. O princípio da investidura determina que a jurisdição só poderá ser legitimamente exercida por quem tenha sido dela investido por autoridade competente do Estado, em conformidade com as normas legais²⁷. O princípio da indelegabilidade, por sua vez, determina que cabe ao juiz exercer a atividade jurisdicional por delegação do Estado, mas não cabe a ele delegar tal função a outra pessoa, que não está investida dessa condição. O princípio do juiz natural significa o direito que as partes têm a um julgamento por juiz independente e imparcial, segundo as normas legais e constitucionais. A jurisdição, portanto, é prestada pelos órgãos que a Constituição ou as leis determinam, devendo ser exercida nos limites e de acordo com as previsões legais e constitucionais. Por fim, de acordo com o princípio da inércia, a jurisdição depende de provocação do interessado no seu exercício, de modo que o juiz não poderá proceder de ofício, sem provocação. Assim, tem-se que a jurisdição só pode ser legitimamente exercida por quem tenha sido dela investido por autoridade competente do Estado, em conformidade com as normas legais. No exercício desta função, deverá ser observado o procedimento pré-definido em lei, em conformidade com o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Dentre outras características, deverão ser observadas as garantias processuais, tais como o contraditório e o devido processo legal, assim como não será permitida a atuação espontânea do juiz ou árbitro, que deverão ser provocados por quem tenha interesse envolvido em lide²⁸.

À vista do exposto, verifica-se que as decisões proferidas por dispute boards se diferenciam das decisões jurisdicionais por três principais motivos.

Primeiro, porque não há lei que confira aos membros do dispute board poder para dirimir controvérsias. Como visto, o poder conce-

27 ALVIM, J. E C. Teoria Geral do Processo – 25ª Edição 2024. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

28 ALVIM, J. E C. Teoria Geral do Processo – 25ª Edição 2024. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

dido aos membros dos dispute boards para resolver eventuais disputas é concedido exclusivamente pelas partes, por meio do contrato por elas firmado, não havendo investidura por autoridade competente do Estado.

Segundo, porque, como “criaturas do contrato”, não há lei que regulamente o procedimento a ser seguido no âmbito dos dispute boards, que fica inteiramente a critério das partes. Isto é, não há previsão legal que determine a observação, pelos membros do dispute board, dos princípios constitucionais do processo.

Terceiro, porque, por não estarem adstritos às exigências da função jurisdicional, é comum que os membros do comitê atuem de forma espontânea, sem que tenham sido necessariamente convocados para resolução de determinada lide (em sentido estrito). Nesse sentido, conforme explica a doutrina: “[t]hese boards are very different from arbitration or litigation as the Dispute Board members act as adjudicators and are free to search out, in an inquisitorial manner, their own evidence or facts to determine what has taken place and what the claims are comprised of.”²⁹ Ainda, é comum que os integrantes do comitê possuam vínculos anteriores com o projeto ou com a parte que os tenha indicado, sendo neutro apenas o terceiro membro do comitê³⁰.

Logo, tem-se que a atividade dos membros do comitê se mostra incompatível com a atuação jurisdicional. A ausência de jurisdição dos dispute boards é, inclusive, prevista pelo FIDIC Red Book, que expressamente dispõe que os membros do dispute board não atuam na capaci-

29 CHERN, Cyril. *The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction – Benefits without Burden*. 2010, pp. 5-10.

30 “Vale salientar, por exemplo, que: (i.) não raro dois dos integrantes escolhidos para o DB acabam por possuir vínculos anteriores com o próprio projeto ou vínculos presentes com a parte que os tenha indicado, sendo neutro apenas terceiro membro; e (ii.) os membros do DB costumam ser mensalmente remunerados, o que por si só já apontaria para uma possível dependência financeira, inadmissível no âmbito da atuação de qualquer profissional na qualidade de árbitro” (BARALDI, Eliana. Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards – teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, pp. 368-369).

dade de árbitros³¹. No mesmo sentido, o Regulamento de Dispute Board da CAM-CCBC estabelece que “[o] Comitê não é um tribunal arbitral e seu provimento final (“Provimento Final”) não produz os efeitos de sentença proferida em processos judiciais ou arbitrais”³².

Conforme explica a doutrina, “[a] decisão dos membros de um Dispute Board não tem, de acordo com o direito brasileiro, a mesma eficácia e a mesma qualificação jurídica de uma decisão judicial ou arbitral. Não tem a autoridade da coisa julgada (...) Só há processo e jurisdição quando há devido processo legal, seguindo o modelo constitucional do processo civil brasileiro, dentro do que se denomina ‘direito processual constitucional’. Portanto, que fique claro: dispute board não é jurisdição, não é processo, não é arbitragem”³³.

Assim, tem-se que a decisão proferida pelo dispute board, como produto exclusivo do próprio contrato, não possui força jurisdicional, mas contratual³⁴. Por meio da decisão cria-se uma obrigação contratual

31 FIDIC, Red Book, Art. 20.4: “Both parties shall promptly make available to the DAB all such additional information, further access to the site, and appropriate facilities, as the DAB may require for the purposes of making a decision of such dispute. The DAB shall be deemed to be not acting as arbitrator(s).”

32 Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC. Disponível em: <https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2019/12/Regulamento-de-Dispute-Boards-2018.pdf>. Acesso em: 06.04.2025.

33 MARCONDES, Fernando. *O Direito na Construção no Ambiente Internacional: Contribuições para a Consolidação de uma Lex Constructionis*. 2ª ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 351.

34 “Diferentemente da sentença arbitral, que tem força de título executivo judicial e não é, em regra, sujeitável a recurso nem dependente de homologação em juízo, as decisões do DAB restringem-se a gerar aditivo contratual, e, por assim ser, podem ser revistas jurisdicionalmente, seja no judiciário seja em arbitragem (...) A disposição contratual que cria um DAB se limita a definir que sua decisão será vinculativa. Contudo, isso não significa que ela possui jurisdição. Afinal, o resultado da heterocomposição promovida pelo DAB vincula as partes apenas contratualmente, e não tem força de sentença judicial, como ocorre na arbitragem. As próprias Condições do FIDIC de 1999, em particular as contidas no Red Book, bem como as disposições do art. 1.2 do Regulamento do Comitê da CCI, deixam claro que os DBs não são Tribunais Arbitrais” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. *Primeira Parte: conceituação dos dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. pp. 57-58.); “Assim, a decisão proferida no âmbito de um DB é um produto do próprio contrato e, portanto, cria uma nova obrigação contratual entre as partes, por exemplo, de pagar prontamente

entre as partes, que deverá ser observada assim como as demais disposições contratuais. A decisão, portanto, vinculará os contratantes como qualquer outra obrigação contratual, sem prejuízo de eventual discussão perante um órgão jurisdicional.

Nesse aspecto, o dispute board se diferencia da arbitragem, uma vez que, no âmbito dos procedimentos arbitrais, ainda que se trate de procedimento privado, existe o exercício de verdadeira jurisdição, exercida pelos árbitros, a quem o Estado reconhece uma parcela do seu poder, e cujas decisões ele “*chancela com o selo de sua autoridade, outorgando-lhes idêntica eficácia à que confere às decisões de seus próprios juízes*”³⁵. Há, por-

ou de fazer ou deixar de fazer prontamente alguma coisa, até menos contundente do que a própria força do contrato em que se insere, dado que a sua definitividade não é automática, mas sim condicionada ao fato de a parte deixar de apresentar ressalva em relação à decisão.” (BARALDI, Eliana. Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 368); “(...) a previsão do Dispute Board constitui uma modalidade de obrigação de fazer que admite a execução específica em caso de inadimplemento. Segundo, que as decisões tomadas pelo Dispute Board, não obstante possam até ser vinculantes, não têm natureza verdadeiramente jurisdicional, não substituem (no plano jurídico) nem excluem a subsequente busca por uma solução adjudicada. Isso não é impactado nem mesmo pelo fato de que as decisões do Dispute Board são tomadas por julgadores imparciais. Ainda assim, a sua natureza não é de uma decisão definitiva ou substitutiva. Não obstante se reconheça que certos sistemas possam admitir a modalidade do Dispute Adjudication Board (DAB), com efeitos vinculantes, esse modelo não parece ser compatível com a ordem constitucional brasileiro. Assim, falta ao Dispute Board as características completas de uma solução verdadeiramente jurisdicional, não obstante possam atingir os mesmos resultados e tenham aptidão de fazê-lo de forma mais barata e mais eficiente. Dessa forma, por paradoxal que seja, soluções como o Dispute Board podem superar as soluções jurisdicionais típicas, do ponto de vista da sua eficácia, mas não as podem substituir nem excluir, no plano legal.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Natureza Jurídica, Eficácia e Obrigatoriedade da Cláusula de Dispute Board. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). Manual de dispute boards – teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 301); “Apesar de não possuir força coercitiva, tem o poder de vincular as partes com força de disposição contratual. É, assim, um mecanismo regido pelo contrato celebrado entre as partes, estando, portanto, abrangido pela autonomia da vontade.” (WAISBERG, Ivo. Dispute Board em matéria societária. Quando seria viável. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; Processo Societário II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 361).

35 ALVIM, J. E C. *Teoria Geral do Processo – 25ª Edição 2024*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 80.

tanto, efetiva investidura dos árbitros por autoridade competente do Estado, em conformidade com as normas legais. Não por outra razão, a Lei de Arbitragem estabelece que ‘o árbitro é juiz de fato e de direito’ (LArb, art. 18) e que deverão ser “*sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*” (LArb, art. 21, §2º).

Logo, tem-se que os árbitros exercem atividade jurisdicional e, como tal, devem observar o princípio do devido processo legal, pilar fundamental da arbitragem e cujo conjunto de garantias processuais assegura um tratamento justo e equitativo às partes durante o procedimento. Com efeito, o procedimento deve ser conduzido de maneira justa, imparcial e transparente, garantindo que as partes tenham a oportunidade de apresentar suas alegações e provas de forma adequada, sob pena de resultar na anulação da sentença arbitral³⁶ (LArb, art. 21, §2º). Por consequência, tanto o juiz quanto o árbitro possuem poder jurisdicional para emitir decisão, isto é, para dizer a última palavra sobre o que é e o que não é o direito, fazendo coisa julgada e excluindo o conflito da apreciação de qualquer outro órgão.

Por todas as razões, os autores discordam, respeitosamente, do posicionamento adotado por uma parte minoritária da doutrina, na qual se defende que os dispute boards exercem função jurisdicional, sendo possível a execução imediata das decisões por eles emitidas, se assim as partes desejarem no âmbito contratual³⁷.

36 “Para esse fim, o desempenho da função jurisdicional, no entanto, não pode escapar dos limites traçados pela ordem pública, norma de caráter aberto e conceito jurídico plurissignificante, que tem por finalidade a proteção dos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade, do juiz natural, da imparcialidade do julgador, do processo justo, dentre outros. É dizer: a noção de ordem pública impõe a rejeição de todo e qualquer ato – e seus efeitos jurídicos – incompatível com o sistema jurídico brasileiro.” (ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero. *Arbitragem e Constituição*, Revista dos Tribunais, 2023, p. RB-9.3.). Ademais, ao tecer comentários ao art. 21, §2º da LArb, SESTER aponta que este dispositivo elenca “os pilares da garantia constitucional do devido processo legal[e], portanto, são elementos constitucionais da ordem pública nacional” (SESTER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e à legislação extravagante*, São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 257).

37 Vide, a título de exemplo, MELLO, Felipe Varela. *Dispute boards: meio de prevenção e resolução de disputas*. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

Em suma, tem-se que a decisão proferida pelos membros do dispute board não possui caráter jurisdicional, mas meramente contratual, de modo que o termo “vinculante” deverá corresponder, tão somente, a uma obrigação do contrato, que vincula os contratantes assim como as demais disposições do acordo. Desse modo, em caso de descumprimento da decisão, haverá o descumprimento do próprio contrato³⁸.

E. BENEFÍCIOS DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA DE DISPUTE BOARD

A inclusão da cláusula de dispute board apresenta diversos benefícios às partes de um contrato de longa duração. Abaixo, listamos as principais vantagens que levam os contratantes a escolher esse mecanismo de resolução de controvérsias:

- i. Redução de custo e maior eficiência: a inclusão de dispute boards representa importante mecanismo de redução dos custos decorrentes de controvérsias travadas entre as partes. Em pesquisa recentemente divulgada pelo King's College, em média, os entrevistados reportaram que os valores totais despendidos com dispute boards variam entre \$100.000,00 e \$200.000,00, enquanto as entidades reportaram valores médios entre \$200.000,00 e \$300.000,00³⁹. Além disso, a

38 *“Na maioria das legislações nacionais – como é o caso da legislação brasileira – a decisão dos membros de um Dispute Board não tem caráter jurisdicional, apenas contratual. Dito de outro modo, o “vinculante” corresponde a uma obrigação contratual, de tal forma que a decisão dos experts vale tanto quanto qualquer outra obrigação contratual, que também vincula e deve ser cumprida pelas partes (pacta sunt servanda). Nesse sentido, descumprir uma decisão do Dispute Board é o mesmo que descumprir uma obrigação contratual. No momento de desenhar e organizar o Dispute Board, as partes podem, inclusive, prever multas ou outras penalidades para eventual descumprimento das decisões dos experts. Todavia, não podem as partes conferir caráter jurisdicional a essa decisão; apenas a lei poderia fazê-lo, respeitadas as garantias processuais da Constituição Federal”* (MARCONDES, Fernando. *O Direito na Construção no Ambiente Internacional: Contribuições para a Consolidação de uma Lex Constructionis*. 2ª ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 350).

39 *“(…)for Individuals, the cost of a Dispute Board is most commonly between \$100,001 and \$200,000, as reported by 27% of Individuals. Second and third were smaller ranges, namely, between \$50,001 and \$100,000, as reported by 23% of Individuals, and between \$1 and \$50,000, as reported by 17% of Individuals. (...)for Entities, the cost of a Dispute Board was most commonly between \$200,001 and \$300,000, as*

pesquisa demonstrou que o custo de um dispute board varia entre 0% e 1% do valor total do contrato⁴⁰.

- ii. Celeridade: outra vantagem significativa das decisões e/ou recomendações proferidas pelos dispute boards diz respeito a sua celeridade. Como adiantado, nos casos em que o dispute board é instituído de forma permanente, os comitês acompanham a execução do projeto e permanecem constantemente atualizados a respeito dos trabalhos. Logo, surgindo eventual conflito, o tempo gasto para compreender os elementos fáticos é significativamente reduzido, uma vez que os membros já estão familiarizados com o tema. Nesse sentido, conforme dados da pesquisa publicada pelo King's College, as controvérsias submetidas a dispute boards tendem a ser resolvidas em um período entre 76 e 90 dias⁴¹.

*reported by 29% of Entities. Second and third was a tie between the ranges of \$50,001 to \$100,000 and \$400,001 to \$500,000." (NAZZINI, Renato, MACEDO, Renata Moreira. *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. Londres: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.18742/pub01-203>. Acesso em 06.04.2025.)*

- 40 *"(...)for Individuals, the cost of a Dispute Board is most commonly between \$100,001 and \$200,000, as reported by 27% of Individuals. Second and third were smaller ranges, namely, between \$50,001 and \$100,000, as reported by 23% of Individuals, and between \$1 and \$50,000, as reported by 17% of Individuals. (...)for Entities, the cost of a Dispute Board was most commonly between \$200,001 and \$300,000, as reported by 29% of Entities. Second and third was a tie between the ranges of \$50,001 to \$100,000 and \$400,001 to \$500,000." (NAZZINI, Renato, MACEDO, Renata Moreira. *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. Londres: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.18742/pub01-203>. Acesso em 06.04.2025.)*

- 41 *"Individuals reported that the Dispute Board process most commonly lasted between 76 and 90 days. Interestingly, however, 6% of Individuals reported that the Dispute Board process commonly lasted for more than 240 days. (...) the duration between 76 and 90 days remains the most common scenario in the experience of Entities, as reported by 33% of Entities. 8% of Entities have also reported that Dispute Board process have commonly lasted for more than 240 days." (NAZZINI, Renato, MACEDO, Renata Moreira. *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. Londres: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.18742/pub01-203>. Acesso em 06.04.2025.)*

- iii. Expertise técnica: outra grande vantagem dos dispute boards diz respeito à expertise técnica dos seus membros. O dispute board possibilita que as partes selecionem, como membros do comitê, profissionais especializados, que possuem experiência nas questões técnicas e no tipo de projeto em questão⁴².
- iv. Prevenção de controvérsias: como já adiantado, tendo em vista o contato permanente dos dispute boards com as partes, é comum que os membros do comitê atuem informalmente, auxiliando na composição de controvérsias de maneira consensual tão logo detectem alguma situação delicada do projeto. A eficiência do sistema fica evidenciada pela pesquisa publicada pelo King's College, a qual demonstra que a submissão das decisões proferidas pelo dispute board à revisão arbitral ou judicial ocorreu, em média, entre 0 e 10% dos casos⁴³.

42 *"Another benefit of a Dispute Board is that the Dispute Board members are all generally very experienced in both construction engineering and the law (compare this to some courts where the only experience a judge may have had with a construction claim will be from some refurbishment project of their own that went bad). These experienced Dispute Board members see the parties on a regular basis and allow themselves to be available to the parties, if jointly agreed, to just give an informal opinion about some matter that by prompt intervention can prevent a claim from later arising. Needless to say if the average Dispute Board member has, on average, about 40 years of construction/engineering experience their opinions will hold sway and whilst they are not required to decide the same way as the opinion they give most Employers and Contractors will take their opinions on potential dispute matters very seriously – thus obviating the need for a formal claim and the costs attendant thereto."* (CHERN, Cyril, *The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction – Benefits without Burden*, Club Español del Arbitraje, 2010, p. 6).

43 *"67% of Individuals said that subsequent proceedings, such as litigation or arbitration, were only commenced between 0% and 10% of the time. (...) 72% of Entities said that subsequent proceedings, such as litigation or arbitration, were only commenced between 0% and 10% of the time"* (NAZZINI, Renato, MACEDO, Renata Moreira. *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. Londres: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.18742/pubo1-203>. Acesso em 06.04.2025.)

2. *EXPERT DETERMINATION*

A. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A cláusula de expert determination (ou expert examination) é mecanismo contratual semelhante ao dispute board na medida em que permite a nomeação de um especialista independente para endereçar determinadas questões de um contrato. Ao contrário dos dispute boards, contudo, não é comum que o expert, nesse caso, acompanhe o desenvolvimento do contrato, mas que atue de maneira pontual, diante da existência de um impasse que demande complementar o conteúdo contratual.

A utilização do expert determination tem se tornado cada vez mais comum em contratos comerciais e/ou operações societárias, especialmente em transações de M&A, uma vez que permite a nomeação de um especialista independente, geralmente uma empresa de auditoria ou um contador com conhecimento técnico específico, para resolver questões relacionadas a aspectos de avaliação ou cálculo para a definição de parâmetros financeiros do contrato⁴⁴.

A decisão do especialista é, em regra, vinculante para as partes (exceto se houver previsão expressa em contrário na cláusula, caso em que a determinação será meramente opinativa), podendo ser contestada ape-

44 *Trata-se da nomeação de um terceiro, geralmente uma empresa de auditoria, para resolver eventuais divergências entre as partes quanto ao preço final de venda das ações notadamente para fins de ajustes do preço após a assinatura do contrato ou para a determinação de parcelas variáveis do preço a serem pagas pelo vendedor*. (BERGER, Renato. “Arbitramento e arbitragem em contratos de M&A”. In: BRAGHETTA, Adriana et al. MOREIRA, Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto (Coord.); BERGER, Renato (Coord.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emilio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 451). “An expert determination is a form of alternative dispute resolution whereby a third-party subject matter expert is appointed to act as an expert to determine how the issues in dispute should be resolved, rather than issue legal proceedings where a judge or arbitrator will determine the dispute. Typically, the expert’s determination is final and binding in the absence of fraud or error (depending on the contractual terms agreed by the parties)” (COWAN, Sandy, FRITH, Fiona, KINGSTON, Alexandra. “Managing Expert Determinations”. *Global Arbitration Review*, 2024. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/5th-edition/article/managing-expert-determinations>. Acesso em 04.11.2024.

nas em situações de fraude, erro evidente ou falta de imparcialidade do expert⁴⁵. Nos contratos de M&A, esse mecanismo é frequentemente utilizado em cláusulas de ajuste de preço após o fechamento da operação e na definição de parcelas variáveis do preço, como no caso do earn-out⁴⁶, podendo também ser aplicado para outras finalidades, como no exercício de opções de compra ou venda.

B. NATUREZA JURÍDICA

É cada vez mais comum que contratos celebrados no âmbito de uma operação de M&A prevejam a coexistência de cláusulas arbitrais e cláusulas de *expert determination*. A questão é, por sua vez, delicada, já que “a linha divisória nem sempre é óbvia, criando algumas armadilhas para o intérprete”⁴⁷.

Diferentemente de um procedimento arbitral (em que os julgadores, como se viu, exercem atividade jurisdicional), o procedimento de expert determination se assemelha a um mecanismo de arbitramento.

Conforme o art. 485 do Código Civil, “[a] fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o con-

45 “De maneira didática, a análise dos critérios que permitiriam ou não o controle das conclusões do arbitramento pode ser dividida em duas vertentes: (i) quanto à isenção dos arbitradores; ou (ii) quanto à técnica empregada no desempenho da tarefa de arbitramento” (BERGER, Renato. “Arbitramento e arbitragem em contratos de M&A”. In: BRAGHETTA, Adriana et al. MOREIRA, Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto (Coord.); BERGER, Renato (Coord.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emilio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 469).

46 “a cláusula de earn-out sujeita uma parcela do preço de aquisição a uma condição suspensiva ligada a certos resultados futuros da sociedade-alvo, definidos, no mais das vezes, por metas financeiras ou operacionais relativas a determinado período.” (ADAMEK, Marcelo Vieira Von; CONTI, André Nunes. “A cláusula de earn-out (parcela contingente do preço) em aquisições de empresas no direito brasileiro”. In: *Revista de Direito Societário e M&A*, São Paulo, v. 3, nº 5. jan./jun. 2024).

47 BERGER, Renato. Arbitramento e arbitragem em contratos de M&A. In: BRAGHETTA, Adriana et al. MOREIRA, Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto (Coord.); BERGER, Renato (Coord.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emilio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 453.

trato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa". Nesses casos, comprador e vendedor podem deixar o preço em aberto e delegar sua definição a um terceiro. Os limites da atuação do arbitrador são um aspecto relevante a ser considerado. O artigo 485 do Código Civil não fornece muitos detalhes sobre a extensão da discricão do terceiro, o que pode gerar incertezas sobre uma atuação irrestrita ou condicionada⁴⁸, ressalvado que, se o terceiro recusar a tarefa, a consequência prevista é a nulidade do contrato, a menos que as partes nomeiem uma nova pessoa.

Nesse sentido, no âmbito das decisões emitidas por expert determination, tem-se que o avaliador não resolve realmente uma disputa (i.e., lide em sentido estrito) entre as partes, mas possui mandato bastante específico, qual seja, determinar elemento material do negócio jurídico. Essa determinação serve para integrar o contrato, que era incompleto no que diz respeito à matéria que acabou sendo objeto de decisão pelo *expert*⁴⁹.

Pelas razões acima, os autores deste artigo destacam que discordam do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no âmbito do REsp nº 1569422-RJ⁵⁰. Naquele recurso, o STJ entendeu que teria natureza de cláusula compromissória a disposição contratual que estabeleceu que eventual divergência sobre o valor das ações deveria ser dirimida por avaliadores nomeados por cada uma das partes e, não havendo consenso, estes, em conjunto, indicariam um terceiro, para tal propósito, cuja decisão, segundo expressamente ajustado, seria final e aceita pelas partes de modo definitivo. Segundo o STJ, aquela disposi-

48 SAES, Ricardo Madrona; DOURADO, Alice Cotta; BIRCHAL, Leonardo de Abreu. "Arbitramento de preço por terceiros em operações de M&A". In: *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 158, pp. 152-159. jul. 2023.

49 "A fim de englobar as hipóteses de determinação incompleta do conteúdo negocial, a teoria geral do negócio jurídico construiu a figura do negócio jurídico per relationem. Consoante o conceito tradicional, esse pode ser definido como o negócio jurídico cujo conteúdo é, no momento da celebração, deixado parcialmente "em branco", para que seja determinado no futuro. Essa parte do conteúdo negocial, conquanto ainda não determinada, é, desse modo, determinável" (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. "Arbitramento, Arbitragem e Dispute Boards: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações", In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, pp. 23- 24).

50 STJ, REsp nº 1569422-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 01.03.2016.

ção seria “*inequívoca cláusula compromissória*”, de tal forma que o termo utilizado na avença (isto é, se “avaliador” ou “arbitrador”) seria irrelevante, importando, ao contrário, que “*a decisão dos avaliadores seria final, definitiva e acatada pelas partes*”.

A decisão foi alvo de muitas críticas pela doutrina, por ter considerado que o avaliador (i.e., o *expert*) não resolve realmente uma disputa (i.e., lide em sentido estrito) entre as partes, mas possui mandato bastante específico, qual seja, determinar elemento material do negócio jurídico (o valor de mercado da empresa). Essa determinação deveria integrar o contrato, que era incompleto no que diz respeito ao preço do ativo⁵¹ – entendimento com o qual os autores se afiliam.

Isso porque, “[a] *função de arbitramento é função de arbitrador, e não de árbitro, como por vezes se diz. O arbitrador determina, com a sua comunicação de conhecimento (...), o elemento fático do contrato de compra-e-venda, que, aí, é o preço. Não julga, como o árbitro*”⁵². Logo, diferentemente da convenção arbitral, em que os árbitros estão a julgar uma lide, exercendo atividade jurisdicional, a atuação do perito tem função de complementação contratual e integração do negócio jurídico, sendo possível que a própria cláusula indique que ele deve atuar como tal e não como árbitro⁵³.

51 “A fim de englobar as hipóteses de determinação incompleta do conteúdo negocial, a teoria geral do negócio jurídico construiu a figura do negócio jurídico *per relationem*. Consoante o conceito tradicional, esse pode ser definido como o negócio jurídico cujo conteúdo é, no momento da celebração, deixado parcialmente “em branco”, para que seja determinado no futuro. Essa parte do conteúdo negocial, conquanto ainda não determinada, é, desse modo, determinável” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. “Arbitramento, Arbitragem e Dispute Boards: o Papel do Terceiro na Determinação do Preço em Opção de Venda de Ações”, In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 54, abr/jun 2017, pp. 23- 24).

52 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, parte especial*, 3ª ed., tomo XXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pp. 42-43.

53 “Parties typically agree to submit disputes to expert determination by using the words “acting as expert and not as arbitrator”. In contrast with arbitration (and adjudication of disputes concerning building contracts, referred to below), there is no legislation governing expert determination. The procedure to be followed and the jurisdiction of the decision-maker are governed by the express terms of contract between the parties, supplemented by terms implied by the courts and by principles which the courts have deduced over the years as being necessarily applicable as a result of the parties’ decision to refer the dispute to a third-party decision-maker.”

Com efeito, o caráter final e vinculante da decisão a ser proferida pelo *expert* não faz com que aquele mecanismo ganhe contornos de arbitragem. Isso porque, o *expert* não pretende resolver uma lide em sentido estrito, mas tem a tarefa de complementar o conteúdo contratual (fixando, por exemplo, o preço de compra e venda), ainda que as partes possam ter alguma divergência a respeito do tema⁵⁴.

Logo, havendo efetivo litígio (i.e., lide em sentido estrito), a matéria, no Brasil⁵⁵, deverá ser resolvida exclusivamente em juízo, seja estatal ou arbitral, mas não em sede de *expert determination* (arbitramento). Em outras palavras, será necessária, para tanto, prestação jurisdicional, a qual, no Brasil, só pode ser entregue por juiz togado ou pelos árbitros⁵⁶.

(FREEDMAN, Clive. “Chapter 2: Expert Determination. ICC Dossier No. 15”, World Business Law, Vol. 15, 2017, pp. 27-38).

- 54 “(...) é possível concluir que a diferença entre arbitramento e arbitragem não está no caráter final da decisão, assim como não está na existência de divergência (em sentido lat) entre as partes. A distinção é feita a partir da existência de lide propriamente dita (arbitragem) versus complementação do contrato, precedida ou não de divergência entre as partes (arbitramento)” (BERGER, Renato. “Arbitramento e arbitragem em contratos de M&A”. In: BRAGHETTA, Adriana et al. MOREIRA, Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto (Coord.); BERGER, Renato (Coord.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emilio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 461).
- 55 Diz-se no Brasil, porque, no país, a atividade jurisdicional é restrita a juízes togados e árbitros. Há jurisdições, por outro lado, que permitem que experts decidam questões factuais e até legais: “*While arbitrators are usually vested with power to resolve entire disputes, experts usually shall assess only certain, mostly factual but sometimes also legal questions*” (KLAUSEGGER, Christian. “Chapter III: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Ad Hoc Expert Determination – Useful Tool or ‘Too Much of a Headache’”. *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2013, p. 168).
- 56 Diferentemente do nosso entendimento sobre o mecanismo no Brasil (em que os *experts* não podem avançar em questões que envolvam lides que ultrapassem o mero mandato de complementar o conteúdo do contrato), a jurisprudência norte-americana traz alguns exemplos de como a cláusula foi utilizada na prática, evidenciando ter sido permitido que o *expert* adentrasse na interpretação contratual, ainda que essa pudesse ser posteriormente rediscutida em arbitragem. Em *Alstom v. General Electric Co.*, em que a GE alienou um negócio para a Alstom, as partes divergiram quanto ao ajuste de preço pela variação do capital de giro. O contrato continha a cláusula de *expert determination* apontando a Deloitte como perito e a convenção de arbitragem pela CCI. Enquanto a Alstom consultou a Deloitte, a GE entendeu que a demanda deveria ser resolvida por arbitragem, sob o fundamento de que envolvia questões negociais e de engenharia, bem como violações às

Ao mecanismo de *expert determination* caberá exclusivamente a definição da questão técnica atribuída pelas partes, para complementação do conteúdo contratual.

Disso decorre questionamento relevante: em possuindo a determinação técnica natureza de complementação do conteúdo contratual, como se deve proceder quando uma das partes pretende rediscutir a questão técnica em juízo? Nesse caso, o tribunal deve rejeitar o pleito por falta de jurisdição? Ou deve decidir novamente sobre a mesma disputa submetida ao perito?

De início, a questão dependeria de o juízo estar, ou não, vinculado à determinação técnica feita no âmbito do *expert determination* – para o que seria preciso analisar a redação das cláusulas relevantes⁵⁷. Na prática, como se viu, a atribuição de caráter final à decisão prolatada no âmbito do procedimento de *expert determination* é característica normal e natural desse tipo de negócio (salvo se as partes acordaram em sentido contrário). Isso não significa, contudo, que, mesmo nos casos em que a determinação é definitiva, o resultado do mecanismo de *expert determination* esteja livre de todo e qualquer controle judicial ou arbitral; mas apenas que o seu reexame não poderá ter como causa a mera discordância com o encaminhamento empregado pelo *expert*.

Como bem pontua Renato Berger, “*esse é o motivo pelo qual o caráter final do arbitramento de preço não se confunde com o afastamento indevido do*

declarações e garantias. O tribunal entendeu que a Deloitte poderia avançar nos cálculos, ressalvado que o entendimento da Deloitte sobre julgamentos de negócios e de declarações e garantias poderia ser questionado em arbitragem (*Alstom v. Gen. Elec. Co.*, 228 F. Supp. 3d 244 (S.D.N.Y. 2017)).

- 57 “*If the expert determination agreement is not seen as an arbitration agreement, then there are two options: either the arbitral tribunal constituted under the arbitration agreement contained within the same contract as the expert determination agreement is not bound to the determination or it is. The most reasonable position is arguably that which respects the parties’ choice to resolve specific issues in expert determination. In that line of thought, an arbitral tribunal should refrain from deciding on the matter already decided upon by the expert, inasmuch so that any decision rendered by the arbitral tribunal on other issues arising from the contract which were not in the scope of the expert determination would have to respect the expert’s determination*” (LEVY, Marcela. “Arbitration, expert determination agreements, and issues that arise from their coexistence”. In: GONZÁLEZ-BUENO, Carlos (Coord.). *40 under 40 International Arbitration 2024*, Ed. Dykinson, S.L.; 1ª ed.).

*acesso à prestação jurisdicional. Não há que se falar em supressão de jurisdição (tanto estatal como arbitral) exatamente porque, como visto, o mero arbitramento de preço não constitui lide a ser dirimida, cuja apreciação jurisdicional não poderia ser afastada”*⁵⁸. Nesse contexto, o controle judicial estaria limitado ao regramento dado pelas partes em contrato (se algum), desde que observados os limites da ordem pública⁵⁹; ou quando verificada alguma das hipóteses listadas acima, quais sejam, em casos de fraude, erro manifesto, ou falta de isenção por parte do *expert*.

Assim, tem-se que a natureza da decisão proferida por expert determination, assim como a decisão proferida pelos membros do dispute board, ainda que vinculante às partes do contrato, não possui natureza jurisdicional, mas de complementação do contrato, integrando o negócio jurídico.

C. BENEFÍCIOS DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA DE EXPERT DETERMINATION

- i. Redução de custos e maior eficiência: Os gastos com a contratação de um terceiro independente e o tempo para resolver a questão costumam ser enxutos⁶⁰⁻⁶¹. Na prática, é comum que as partes definam um prazo para que o terceiro

58 BERGER, Renato. Arbitramento e arbitragem em contratos de M&A. In: BRAGHETTA, Adriana et al. MOREIRA, Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto (Coord.); BERGER, Renato (Coord.). Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emilio Nunes Pinto, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 467).

59 “Afimal, da mesma forma que as partes poderiam estipular que as conclusões do arbitramento serviriam como mera recomendação, mas não como decisão final e vinculante, poderiam também consignar as circunstâncias e condições nas quais a decisão do arbitramento (em princípio final e vinculante) seria passível de impugnação. Respeitados os limites naturais da ordem pública, a autonomia privada impera no tema em discussão” (BERGER, Renato. “Arbitramento e arbitragem em contratos de M&A”. In: BRAGHETTA, Adriana et al. MOREIRA, Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto (Coord.); BERGER, Renato (Coord.). Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emilio Nunes Pinto, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 468).

60 JUDKINS, Andrew. *Use of expert determination mechanisms*. Norton Rose Fulbright, 2023. Disponível em <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/470a3448/use-of-expert-determination-mechanisms>. Acesso em 06.04.2025

61 Basta imaginar que, em uma arbitragem que demanda a resolução de questões técnicas, as partes não apenas deverão pagar os honorários do perito e de seus

emita seu parecer, visando garantir a agilidade do processo. Além disso, esse procedimento geralmente ocorre após o fechamento do negócio, em um momento em que as partes ainda lidam com questões pós-transacionais. O comprador está se familiarizando e integrando o negócio às suas práticas e cultura, enquanto o vendedor pode ou não estar ativo na empresa, tornando uma solução rápida e eficaz bastante valorizada⁶².

- ii. Flexibilidade: Embora as partes possam (e devam) estabelecer algumas regras e um cronograma para o mecanismo, o procedimento tende a ser bastante flexível em relação às suas etapas e prazos. Normalmente, além de definirem o prazo para a análise do terceiro, as partes podem escolher parâmetros a serem considerados, como a exigência de que a avaliação final esteja entre o maior e o menor valor indicado por elas, ou que a atuação se restrinja a pontos específicos da controvérsia. Além disso, o processo geralmente não envolve audiências ou produção de provas, o que torna o mecanismo mais ágil e direto.
- iii. Natureza menos adversarial: Devido à sua natureza jurídica, a atuação do expert tende a ser menos litigiosa, preservando de maneira mais consistente a relação entre as partes, especialmente em casos em que a relação será de longo prazo⁶³.

assistentes técnicos, mas também as custas e despesas da câmara arbitral e os honorários do(s) árbitro(s).

62 *"These differences can become a source of post-closing conflict between buyer and seller, at a time when the parties are working through transitional issues, and when the sellers may have ongoing involvement in the business. Parties will want to resolve these disputes quickly and in a cost-effective manner. To accomplish these objectives, often the purchase agreement will require that the parties submit unresolved issues to an independent accountant for final resolution"* (ASH, Lauren, LASALA, Stephen. *Expert or Arbitrator? Resolving Purchase Price Adjustment Disputes*. Corporate and Securities Law Blog. JDSupra, 2023. Disponível em https://www.jdsupra.com/legalnews/expert-or-arbitrator-resolving-purchase-9256300/#_ftn15. Acesso em 05.04.2025.)

63 JUDKINS, Andrew. Use of expert determination mechanisms. Norton Rose Fulbright, 2023. Disponível em <https://www.nortonrosefulbright.com/>

- iv. Expertise técnica: Em procedimentos arbitrais, a decisão sobre aspectos técnicos e financeiros (como o cálculo do ajuste de preço) geralmente depende da atuação de um perito técnico, que normalmente é acompanhado pelos assessores técnicos das partes. No caso da expert determination, esse especialista atua diretamente no caso, sem a necessidade de um processo formal de nomeação e, na maioria das situações, sem a presença de assessores contratados pelas partes.

3. CONSEQUÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM DISPUTE BOARD E EXPERT DETERMINATION: POSSIBILIDADE DE EXEQUIBILIDADE IMEDIATA?

Como se viu acima, as decisões proferidas pelos experts e membros dos dispute boards (neste tópico referidas, por praticidade, genericamente como “decisões técnicas”) não são reguladas por lei federal, mas única e exclusivamente pela vontade dos contratantes. Logo, como institutos essencialmente contratuais, elas não possuem natureza jurisdicional, mas contratual. Nesse contexto, por mais que as decisões técnicas sejam vinculantes entre as partes, elas não possuem força de sentença, não implicando em coisa julgada e tampouco título executivo judicial, diferentemente das sentenças arbitrais⁶⁴.

Como consequência, a existência de decisões técnicas é incapaz de afastar a apreciação da questão pelos órgãos jurisdicionais competentes. Isso porque, no sistema jurídico brasileiro, a inafastabilidade da tutela jurisdicional é garantida pela Constituição (Artigo 5º, inciso XXXV),

en/knowledge/publications/470a3448/use-of-expert-determination-mechanisms. Acesso em 03.11.2024

64 “There is no doubt that the decisions reached by expert determination are – contrary to arbitral awards – not directly enforceable. However, in most cases the parties agree that decisions rendered by the appointed expert shall be final and binding (Feststellendes Schiedsgutachten) and not only a resolution proposal (Schlichtungsverfahren) or a preliminary decision (adjudication).” (KLAUSEGGER, Christian, *Ad Hoc Expert Determination – Useful Tool or ‘Too Much of a Headache’*. Austrian Yearbook on International Arbitration, 2013, p. 169).

de modo que nem mesmo as partes podem afastar essa garantia antes da instauração do litígio.

Isso significa que as decisões técnicas, mesmo se vinculantes, não poderão ser objeto da ação de cumprimento de sentença e tampouco submetidas à homologação perante o STJ, caso se pudesse cogitar de uma decisão técnica “estrangeira”.

Assim, caso uma das partes descumpra a decisão técnica, caberá à parte interessada submeter a questão à arbitragem ou ao Poder Judiciário (a depender da cláusula de resolução de disputa), para (i) buscar obter o cumprimento imediato e provisório da decisão, por meio de *interim order* ou decisão parcial, e (ii) requerer a declaração de inadimplemento contratual da parte contrária, em razão da inobservância da decisão técnica (que, como detalhado acima, passa a ser parte integrante do contrato assim como as demais cláusulas), ou buscar a indenização pelo seu não cumprimento, conforme o caso – o que somente ocorrerá após superada a cognição exauriente⁶⁵.

65 “A questão da exequibilidade das decisões de DBs está longe de ser um consenso. No entanto, algumas noções se desenham plenamente cristalizadas por encontrarem respaldo em casos internacionais, bem como na doutrina nacional e estrangeira, no sentido de que o descumprimento da decisão de um DB é um descumprimento do próprio contrato e, ausente disposição legal ou convenção contratual em sentido contrário, ensejaria a submissão da própria controvérsia à arbitragem, visando: (i.) obter medida para o cumprimento imediato e provisório da decisão do DB, por meio de *interim order* ou sentença parcial e (ii.) perquirir sua confirmação no âmbito da referida arbitragem, com a discussão integral da controvérsia propriamente dita, desta feita em fase final da solução da controvérsia cuja primeira fase se deu por meio do DB, o que ocorrerá após superada cognição exauriente de mérito em sentença arbitral final.” (BARALDI, Eliana. *Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 374); “The appropriate method of enforcing a dispute board decision is therefore an ordinary action for breach of contract. What is the proper forum for such a claim? This, of course, will depend again on the drafting of the dispute resolution clauses. Ideally, there will be a provision expressly providing that a dispute concerning a party’s failure to comply with a binding dispute board decision, whether the decision is final or not, can be referred directly to the agreed procedure for final determination of disputes for enforcement, most usually (on international projects) arbitration but possibly litigation in the designated courts.” (JENKINS, Jane. *Dispute Boards. International Construction Arbitration Law*, 3rd edition, Arbitration in Context Series, Volume I, 2024, pp. 121-140.)

Neste contexto, se, por exemplo, no âmbito de uma disputa sobre fechamento de contas, em havendo resistência da contraparte em adotar as medidas determinadas pelo especialista técnico, a parte vencedora deve iniciar procedimento litigioso perante órgão jurisdicional (arbitral ou judicial) se desejar fazer valer um direito de pagamento que tenha surgido como resultado de uma determinação de um especialista. O fundamento para tanto passa a ser o inadimplemento contratual da contraparte.

Da mesma forma, se, após a prolação de decisão vinculante no âmbito de um mecanismo de dispute board, uma das partes se recusar a cumprir a ordem técnica, deverá a parte interessada iniciar mecanismo contencioso (judicial ou arbitral), alegando descumprimento contratual da parte interessada, para obter o cumprimento imediato e provisório da decisão, por meio de *interim order* ou decisão parcial, e/ou requerer a declaração de inadimplemento contratual da contraparte⁶⁶.

Sobre a questão, vale lembrar que no âmbito dos dispute boards, caso a decisão proferida vincule as partes – o que ocorre nos casos em

66 *"A questão da exequibilidade das decisões de DBs está longe de ser um consenso. No entanto, algumas noções se desenham plenamente cristalizadas por encontrarem respaldo em casos internacionais, bem como na doutrina nacional e estrangeira, no sentido de que o descumprimento da decisão de um DB é um descumprimento do próprio contrato e, ausente disposição legal ou convenção contratual em sentido contrário, ensejaria a submissão da própria controvérsia à arbitragem, visando: (i.) obter medida para o cumprimento imediato e provisório da decisão do DB, por meio de interim order ou sentença parcial e (ii.) perquirir sua confirmação no âmbito da referida arbitragem, com a discussão integral da controvérsia propriamente dita, desta feita em fase final da solução da controvérsia cuja primeira fase se deu por meio do DB, o que ocorrerá após superada cognição exauriente de mérito em sentença arbitral final."* (BARALDI, Eliana. *Reflexões sobre o cumprimento forçado das decisões dos dispute boards e a arbitragem*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (Coords.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 374); *"The appropriate method of enforcing a dispute board decision is therefore an ordinary action for breach of contract. What is the proper forum for such a claim? This, of course, will depend again on the drafting of the dispute resolution clauses. Ideally, there will be a provision expressly providing that a dispute concerning a party's failure to comply with a binding dispute board decision, whether the decision is final or not, can be referred directly to the agreed procedure for final determination of disputes for enforcement, most usually (on international projects) arbitration but possibly litigation in the designated courts."* (JENKINS, Jane. *Dispute Boards. International Construction Arbitration Law*, 3rd edition, Arbitration in Context Series, Volume I, 2024, pp. 121-140.)

que decisão é emitida por DAB ou, tratando-se de uma recomendação, caso a parte não apresente sua manifestação de discordância no prazo legal – os tribunais podem determinar o seu cumprimento por meio de *interim order*, em respeito ao princípio do “*pay now, argue later*”⁶⁷.

Portanto, a falta de força executória definitiva não é um obstáculo para as partes. Em caso de descumprimento da decisão técnica, cabe à parte interessada iniciar arbitragem ou processo judicial para pleitear o reconhecimento de inadimplemento da decisão técnica, que, vale lembrar, integra o contrato assim como as demais cláusulas, ou buscar a indenização pelo seu não cumprimento, conforme o caso.

4. CONCLUSÃO

Embora distintos, pode-se dizer que tanto o *dispute board* quanto o *expert determination* são mecanismos técnicos adequados à boa gestão contratual e à solução de impasses contratuais. Os mecanismos, respectivamente, são amplamente utilizados sobretudo nos contratos de construção e M&A, sendo comprovada a sua utilidade prática para que se obtenham decisões céleres e especializadas.

Ambos os mecanismos são baseados na autonomia das partes, sem, contudo, possuírem regulamentação legal específica. Apesar de as partes poderem estabelecer caráter vinculante para as decisões proferidas pelos comitês de dispute boards e pelo perito em sede de expert determination, seus membros não exercem atividade jurisdicional e, com efeito, tais decisões não possuem força de sentença judicial, detendo, na verdade, natureza contratual. Com isso, as decisões não implicam em coisa julgada e tampouco formam título executivo judicial.

67 “Recent developments at the ICC have shown that Decisions for the payment of moneys will be enforced immediately and even prior to the actual full arbitration thus allowing the Decision to be given immediate effect per the parties’ contractual agreements. Thus not only are Dispute Boards cheaper than arbitration they, through the help of arbitration if necessary, are much faster and guarantee prompt payment under any Decisions given by the Dispute Board” (CHERN, Cyril. *The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction – Benefits without Burden*, 2010, pp. 5-10)

Por consequência, ainda que a decisão proferida pelo expert e pelo comitê de dispute board possua força vinculante às partes do contrato, em caso de não cumprimento voluntário por uma das partes, a parte contrária deverá iniciar procedimento arbitral ou ação judicial (a depender da cláusula geral de resolução de disputas contida no contrato), a fim de que um órgão jurisdicional reconheça o descumprimento contratual da parte contrária, determinando a sua observância em definitivo ou fixando indenização por perdas e danos (se o caso).