

APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE PCHs

Aldo Dórea MATTOS
Engenheiro civil e advogado, M.Sc. – Aldo Mattos Consultoria

RESUMO

As alternativas de resolução de disputa (ADR) representam uma forma extrajudicial de pacificação de conflitos, podendo ser empregadas com grande valia em contratos de construção de PCHs, que são pródigos em controvérsias ligadas a alteração de projeto, condições diferentes de terreno, atrasos de cronograma e problemas de pagamento, entre outros. A arbitragem é uma modalidade de ADR em que as partes nomeiam árbitros de notável especialidade para decidir o conflito, em prazo definido e com custos conhecidos, tendo a vantagem de ser um processo sigiloso. Também são recomendados para contratos de PCHs os comitês de resolução de disputa, nomeados no início da obra e com função consultiva e de aconselhamento às partes, garantindo soluções com conhecimento de causa e economia de tempo.

ABSTRACT

Alternate dispute resolution (ADR) is an extrajudicial way of pacifying conflicts, suitable to be employed in small/medium dam construction contracts, where questions related to design changes, site differing conditions, delays in schedules and in payments always arise. Arbitration is a modality of ADR by means of which a team of expert arbitrators is appointed by the parties to decide the dispute with confidentiality, within a given period of time and defined costs. Also dispute resolution boards (DRB) can be advocated to this kind of contracts. Typically, DRBs are constituted at the outset of the contract to provide the parties with technical counseling for mitigating conflicts, with the advantaged of using a board of experts familiar with the project and with undeniable cost efficiency.

1. INTRODUÇÃO

Por mais que um contrato contenha mecanismos que regulem a relação entre as partes, quase sempre há fatos que acarretam disputas que precisam ser resolvidas para o bem do contrato.

Mais especificamente na construção civil, não é raro que ocorram conflitos que oponham Contratante e Contratada em questões de interpretação de projeto, especificações técnicas, atrasos em cronogramas, mensuração de serviços adicionais etc.

A maneira tradicional de resolução de disputas é a negociação dos pleitos contratuais (*claims*). Como muitas vezes esses pleitos só terminam sendo apresentados ao proprietário ao final do contrato — seja pela demanda de tempo para sua elaboração, seja pela crença de que trazer a controvérsia à baila pode trazer desnecessário desgaste entre as partes —, perde-se efetividade na pacificação do conflito e com isso muitas vezes a controvérsia é remetida ao Poder Judiciário para que uma solução seja dada.

É justamente para garantir uma solução extrajudicial da controvérsia, com mais celeridade e com a participação de profissionais abalizados na análise do assunto, que a arbitragem surge como instrumento de resolução alternativa de disputa. Com inegáveis vantagens em termos de procedimento, prazo e custo, a arbitragem vem sendo empregada com sucesso em empreendimentos de construção civil por todo o mundo, crescendo em número de processos e quantidade de câmaras especializadas.

Em relevantes obras de engenharia, sobretudo aquelas sujeitas a movimentação de terra, fornecimentos de equipamentos especiais, sujeição a ciclos hidrológicos e observância de cronogramas geralmente apertados, como é o caso da construção de uma pequena central hidrelétrica (PCH), a arbitragem tem enorme aplicabilidade, como atestam as experiências passadas, e não pode ser ignorada nos contratos de construção e concessão a serem firmados no mercado brasileiro.

2. FONTES DE CONFLITO NUM CONTRATO DE PCH

Em contratos relativos a pequenas e médias centrais hidrelétricas (e nas de grande porte também), a arbitragem pode desempenhar um papel importante para a solução de controvérsia.

Nesse tipo de empreendimento muitas são as particularidades de projeto, materiais, equipamentos, contratos de fornecimento etc., que carecem de um tratamento particular quando se trata de resolver um litígio. Muito mais cabível do que recorrer a um juiz é utilizar um grupo de árbitros de inegável capacidade (engenheiros, geólogos, arquitetos, projetistas, advogados, economistas, contadores, especialistas em suprimentos etc.).

A seguir listamos algumas fontes de conflito entre Proprietário e Construtora (“EPCista”) em contratos de PCHs, que são em grande número contratos de EPC (*Engineering-Procurement-Construction*) ou empreitada integral:

- Condições diferentes de terreno – situações como ocorrência de rocha onde se previa solo, umidade do terreno muito superior à esperada, ocorrência de lençol freático acima do mostrado no projeto etc. Conflitos dessa natureza são comuns e podem ser resolvidos por arbitragem logo que ocorram;
- Condições hidrológicas – impacto de chuvas ou cheias do rio no andamento dos serviços. Avaliação de danos causados por pluviometria ou níveis de vazão imprevistos (e interpretação do grau de previsibilidade de tais fenômenos);
- Alterações de projeto – troca de jazidas, substituição de materiais de construção, rejeição de materiais por problemas mineralógicos ou de granulometria, impacto da incorporação ou supressão de detalhes construtivos no cronograma da obra;
- Atraso na liberação de áreas – impacto da falta de frentes de serviço no cronograma da obra, imputação de responsabilidades, custos de desmobilização de remobilização etc.;
- Serviços novos – situação em que é necessário realizar-se um serviço novo não previsto originalmente nos planos da obra e cujo custo de execução a Construtora não embutiu em sua proposta de preços;
- Desequilíbrio econômico-financeiro – alteração de custo de insumos, avaliação da previsibilidade, impacto do aumento do custo no valor do contrato, formas de recomposição do preço etc.;
- Atraso de pagamentos – pode ser oriundo de falta de recursos da parte do Proprietário ou por atraso na aprovação/processamento de medições. Esse descompasso de pagamento acarreta custos financeiros à Construtora;
- Paralisação da obra – a descontinuidade operacional gera custos adicionais como disponibilidade de pessoal, equipamentos improdutivos, ressarcimento do custo dos materiais adquiridos e não utilizados, manutenção do canteiro de obras, custos indiretos ocorridos fora da obra, custos com a desmobilização de pessoal e equipamentos [1].

Similarmente, a arbitragem pode também ser preconizada para regular a resolução de controvérsias na relação contratual entre Construtora (“EPCista”) e Fornecedor, em que ocorrem os seguintes tipos de conflito, entre outros:

- Quebra de máquina – identificação da origem do problema e apuração de responsabilidades;
- Atraso de entrega – impacto no cronograma da obra e imputação de responsabilidade;
- Não conformidade – verificação da adequação do material ou equipamento entregue, apuração de responsabilidades, medidas corretivas e custos envolvidos.

3. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

A morosidade da prestação jurisdicional, o desejo das partes de terem maior controle sobre a seleção de quem deve decidir o conflito e a busca pela confidencialidade do processo são algumas das razões que deram origem às formas alternativas de solução de disputas (*alternate dispute resolution* – ADR).

Os principais tipos de ADR são:

- Negociação – processo de participação voluntária, sem intermediação de terceiros. Funciona geralmente como a primeira tentativa de acordo;
- Mediação – processo em que o mediador, que é um terceiro designado pelas partes de comum acordo, facilita a resolução do conflito sem, contudo, impor uma decisão. A função do mediador é aproximar as partes e estimular o diálogo para que elas, a partir de um roteiro com passos predeterminados, cheguem a uma solução de consenso;
- Arbitragem – processo de participação voluntária em que uma terceira parte, o árbitro (ou árbitros), age como um juiz privado. Após ouvir as partes litigantes e analisar documentos, o árbitro profere uma sentença arbitral, que tem força judicial e contra a qual não cabe recurso.

4. A ARBITRAGEM

A arbitragem é uma técnica que visa a dar solução para uma questão que interessa às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas — o árbitro ou os árbitros — que detêm os poderes de uma convenção, sem terem sido investidos dessa missão pelo Estado. A arbitragem se baseia no princípio da autonomia da vontade, pelo qual as partes podem optar pela melhor forma de resolver uma controvérsia [2].

No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei 9.307/96 (Lei Marco Maciel) e só pode ser aplicada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, como é o caso de praticamente todos os conflitos contratuais que surgem em obras de construção civil.

A arbitragem se mostra perfeitamente adequada à solução de conflitos dessa natureza, enquanto a solução judicial está longe de ser uma forma satisfatória de prestação jurisdicional, considerando-se a morosidade do procedimento e a falta de especialidade do juiz estatal na matéria objeto da controvérsia [3].

Optando por remeter conflitos à arbitragem (seja através de uma cláusula prévia inserida no contrato, seja por decisão posterior), as partes têm a prerrogativa de indicar o árbitro (um ou qualquer quantidade ímpar), a lei ou norma técnica que deverá ser utilizada para julgar o assunto em disputa, o regulamento da arbitragem, o prazo para apresentação da sentença pelo(s) árbitro(s) e os honorários a serem pagos.

A decisão arbitral tem a mesma eficácia de uma sentença judicial, ou seja, a parte perdedora não pode se esquivar de cumpri-la. Além disso, a decisão arbitral não é

passível de recurso. Não havendo apelação a uma segunda instância, a sentença tem que ser cumprida de imediato.

5. O PROCESSO ARBITRAL

As partes interessadas podem submeter uma controvérsia ao juízo arbitral de duas maneiras: cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Por cláusula compromissória entende-se a previsão contratual de que, caso surja um litígio na vigência do contrato, ele deverá ser dirimido por arbitragem. Preferencialmente, a cláusula já deverá conter o nome dos árbitros ou da câmara especializada a ser utilizada. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência de uma das partes a aceitar a instalação do processo arbitral, a parte interessada na arbitragem pode recorrer ao Judiciário para a outra parte seja citada e se inicie o processo. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um conflito específico à arbitragem.

Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Assim, pode ser nomeado árbitro um professor, um consultor, um especialista na matéria objeto do litígio, o presidente de uma organização de classe, o diretor de uma empresa, um advogado, um economista, um contador, um perito em exportação e qualquer pessoa idônea e isenta. O importante nessa fase é que seja designado como árbitro um profissional de reputação ilibada e sobre quem não haja suspeição de tender para um ou outro lado da disputa.

Nesse aspecto, a vantagem da arbitragem sobre uma lide na Justiça comum é enorme. Ao invés de as partes recorrerem a um juiz de direito, que não domina o tema em jogo e que certamente nomeará um perito que nem sempre é especialista na matéria, as partes definem de antemão quem vai julgar e aprovam o nome dos árbitros.

O árbitro (ou tribunal arbitral) deve tentar a conciliação no início do procedimento, podendo tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias técnicas.

Ao cabo do prazo definido no compromisso arbitral, é proferida a sentença arbitral, contendo um resumo do litígio e os fundamentos da decisão. A sentença é título executivo judicial, ou seja, pode ser executada imediatamente.

A parte perdedora não pode recorrer ao Poder Judiciário se não se conformar com a decisão arbitral. Tendo sido precedida de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, o resultado da arbitragem é vinculante e seu resultado não poderá ser alterado por um juiz.

6. VANTAGENS DA ARBITRAGEM

Dentre as vantagens da arbitragem, destacam-se [4]:

- Celeridade – o processo arbitral é muito mais rápido do que o judicial, porque o prazo é determinado pelas próprias partes, as decisões são irrecorríveis e os árbitros, ao contrário dos juízes, não têm grande número de processos em trâmite. Resolução de disputas em 60-90 dias é algo altamente plausível mesmo para questões que envolvem muito dinheiro;
- Sigilo – por estar fora da esfera do poder público, a arbitragem não precisa dar publicidade a seus atos. As partes garantem confidencialidade, o objeto discutido não pode ser divulgado pelos árbitros por sigilo profissional, o mercado não fica sabendo do teor da disputa ou dos valores envolvidos;
- Especialidade do árbitro – as partes podem eleger como árbitros especialistas na matéria a ser tratada. Isso muitas vezes reduz a necessidade de designação de peritos;
- Economia – devido à rapidez do processo, os custos da arbitragem são relativamente menores, ainda que os honorários dos árbitros e as taxas das câmaras arbitrais não sejam tão baixos;
- Flexibilidade – as partes são livres para decidir o procedimento a ser seguido: local, agenda, normas aplicáveis, valor de honorários, prazo, regulamento etc.;
- Cooperação – o espírito de colaboração entre as partes pode levar a uma composição de interesses para selar a disputa. Não há a figura do réu, como no processo judicial.

7. DISPUTE RESOLUTION BOARD

Como desdobramento da arbitragem em projetos de construção civil surgiu uma nova figura: o *Dispute Resolution Board* (ou *Dispute Review Board* – DRB), que aparece mais comumente traduzido para o português como Comitê de Resolução de Disputa.

O DRB vem se tornando progressivamente mais comum em contratos de construção. Os contratos regidos pelas normas da *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC) e do Banco Mundial contemplam os comitês de resolução de disputa como modalidade precedente à arbitragem ou litigância judicial. Há procedimentos padronizados pela *American Arbitration Association* (AAA) e pela Câmara Internacional de Comércio (ICC).

A diferença do DRB em relação à arbitragem tradicional é que o comitê é empossado já na assinatura do contrato e seus membros têm como função acompanhar o contrato independentemente das partes, assessorando-as na condução de temas que potencialmente possam gerar uma controvérsia, recomendando medidas mitigadoras de conflito e proferindo decisões que podem ou não ser vinculantes (depende do tipo de comitê constituído).

O objetivo maior do DRB é prover aconselhamento técnico constante às partes, através de seus membros, geralmente três ou cinco profissionais especializados no tipo de serviço executado.

A grande vantagem do DRB é que os membros do comitê estão permanentemente atualizados quanto à evolução do projeto e familiarizados com as técnicas construtivas, o cronograma de obra, os possíveis problemas visualizados e as negociações em andamento. A capacidade de resposta do comitê é alta, as soluções são rápidas e tendem a eliminar a necessidade de arbitragem posterior. É comum que os membros do comitê visitem a obra regularmente, acompanhados por representantes das partes, mesmo não havendo controvérsia contratual. Os membros são escolhidos da seguinte forma: a Construtora designa um, o Proprietário designa outro (ambos devem ser aprovados pelas duas partes) e um terceiro é escolhido pelos dois primeiros.

Quando uma disputa entra na esfera do DRB, o comitê ouve as partes, analisa o assunto e faz uma recomendação por escrito. Se as partes não se opuserem a ela dentro de um prazo determinado (14 dias pela AAA, 84 dias pelo Banco Mundial/Fidic, 90 dias pela ICC), a recomendação passa a ter natureza de obrigatoriedade. Se uma das partes se opuser ao conteúdo da recomendação, a controvérsia é então remetida a outra instância de resolução de disputas, normalmente uma arbitragem, que não poderá ter como árbitros os membros do comitê. Estatísticas da *Dispute Resolution Board Foundation* mostram que cerca de 97% das questões são resolvidas no âmbito do DRB.

Basicamente há três tipos de DRB:

- Comitê de adjudicação de disputa (*dispute adjudication board*) – as decisões são vinculantes;
- Comitê de revisão de disputa (*dispute review board*) – as decisões não são vinculantes, porém assim se tornam se não houver objeção dentro de um prazo dado;
- Comitê combinado de disputa (*combined dispute board*) – as decisões podem ser vinculantes se assim solicitado pelas partes.

8. CONCLUSÕES

A arbitragem é um instrumento de resolução de disputas cada vez mais empregado em contratos de construção civil, tendo enorme aplicabilidade no ramo das pequenas e médias centrais hidrelétricas.

Ao remeter uma controvérsia à arbitragem, as partes recorrem a uma modalidade prática e rápida de mitigação de conflito. As vantagens residem na utilização de árbitros especialistas na matéria e escolhidos de comum acordo pelas partes, no sigilo (confidencialidade da questão) e na celeridade do procedimento, além de a sentença ter aplicabilidade imediata, sem direito a recurso.

É recomendável que a arbitragem já seja prevista em cláusula própria no contrato (cláusula compromissória), embora ela possa ser eleita como forma de pacificação a qualquer momento que surja um conflito (compromisso arbitral).

O comitê de resolução de disputa representa uma evolução nos contratos de construção. Constituído de especialistas na matéria do contrato, o comitê é nomeado no início do contrato e tem como atribuição acompanhar a evolução dos serviços e, com familiaridade e experiência, ajudar a resolver questões controversas, seja recomendando ações, seja proferindo decisões. O comitê é uma entidade cada vez mais presente em contratos internacionais e historicamente tem desempenho muito positivo na mitigação de disputas contratuais, reduzindo a quantidade de *claims* nas obras.

9. PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem; mediação; negociação; pleitos.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] PEDROSA, V. A.; LIMA JR., J. R. (1994) – “Reivindicações em Contratos de Empreitada no Brasil”, BT/PCC/124. USP, São Paulo;
- [2] MARCONDES, F. (2004) – “Arbitragem Comercial: Guia Prático para o Cidadão”, Códex, São Paulo;
- [3] NEVES, F. B. (2003) – “Arbitragem e Construção Civil”, Revista Iberoamericana de Arbitraje e Mediación. Peru;
- [4] SAMPAIO, L. R. C.; BRAGA NETO, A. (2007) – “O Que é Mediação de Conflitos”, Brasiliense, São Paulo.