

A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO BRASIL

SANDRA REGINA GUEDELHA DE JESUS

Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica Forense

Orientação: Prof.^a Doutora Maria João Mimoso Ferreira Baptista

Março, 2021



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

SANDRA REGINA GUEDELHA DE JESUS

A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL
NO BRASIL

Dissertação de Mestrado

Trabalho realizado sob a orientação da
Prof.^aDoutora Maria João Mimoso Ferreira Baptista

Porto
Março/2021

À minha mãe, Sonia, e meus filhos
Patrick, Bruno e Louise, presentes
que Deus colocou em minha vida.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por me dar força e coragem.

À Professora Doutora Maria João Mimoso Ferreira Baptista, pela sua orientação na medida correta, proporcionando o meu amadurecimento e o da própria pesquisa e auxiliando-me nas tomadas de decisões de maneira discreta e eficiente.

À Juíza Doutora Flávia de Almeida Viveiros de Castro, pelo incentivo inicial para dedicar-me à pesquisa acadêmica.

Ao Doutor André Abelha, por me dar indicações de Livros.

Ao Doutor Francisco Maia Neto, por me enviar material para consulta referente à Arbitragem.

Aos meus filhos Patrick, Bruno e Louise, pelo incentivo diário.

Aos meus irmãos, Márcia, Maria, Roberto, Geyse e Bianca, por me incentivarem.

À minha mãe, Sonia, por acreditar em mim e me incentivar.

Às minhas amigas Rauliete, Graça e Adriana, por estarem sempre enviando palavras de otimismo.

RESUMO

Esta dissertação de mestrado procurou analisar a aplicabilidade da arbitragem nos contratos de construção civil no Brasil, sem deixar de fazer um breve relato a Portugal. O objetivo geral foi verificar as vantagens e desvantagens da sua utilização nos contratos de grandes obras e o motivo principal que leva as empresas a aderirem. Quanto à metodologia utilizada na pesquisa, o estudo foi classificado quanto aos fins e quanto aos meios. No que se refere ao fim, a pesquisa será descritiva e explicativa. Descritiva porque visa apresentar e qualificar a importância da arbitragem nos contratos de construção civil no Brasil, principalmente os contratos de grandes obras, firmadas entre empresas nacionais e empresas estrangeiras; explicativa, porque com base nas descrições, analisará os fatores que contribuem para a aplicabilidade da Lei da Arbitragem nos referidos contratos, pois no Brasil existem algumas restrições previstas em lei. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica, pois recorrerá aos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, acessíveis ao público em geral, visando à fundamentação do tema proposto. Conclui-se que nem todos os contratos de construção civil são viáveis para utilização da arbitragem, pois considerando o custo, como uma das desvantagens, pode-se dizer que a mesma seja mais apropriada a contratos mais complexos e custos exorbitantes, obras que qualquer empecilho gera prejuízo. Portanto, não pode se submeter à morosidade da justiça comum, por isso, na elaboração de um contrato com essa dimensão, a referida cláusula torna-se indispensável.

Palavras-chave: Arbitragem. Vantagens. Desvantagens. Contratos de Construção Civil. Grandes obras.

ABSTRACT

This master's dissertation sought to analyze the applicability of arbitration in civil construction contracts in Brazil, while making a brief report to Portugal. The general objective was to verify the advantages and disadvantages of its use in contracts for major works and the main reason that leads companies to adhere to it. As for the methodology used in the research, the study was classified according to the ends and the means. Regarding the end, the research will be descriptive and explanatory. Descriptive because it aims to present and qualify the importance of arbitration in civil construction contracts in Brazil, especially the contracts for major works, signed between national companies and foreign companies; explanatory, because based on the descriptions, it will analyze the factors that contribute to the applicability of the Arbitration Law in the referred contracts, because in Brazil there are some restrictions provided by law. As for the means, the research will be bibliographic, as it will use the jurisprudential and doctrinal positions, accessible to the general public, aiming at providing a basis for the proposed theme. We conclude that not all civil construction contracts are viable for the use of arbitration, because considering the cost, as one of the disadvantages, it can be said that arbitration is more appropriate in construction of works with more complex contracts and exorbitant costs, works that any obstacle generates loss. Therefore, it cannot submit to the slowness of the common justice, therefore, in the elaboration of a contract with this dimension, the referred clause becomes indispensable.

Key words: Arbitration. Benefits. Disadvantages. Civil Construction Contracts. Large constructions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CONTRATOS INTERNACIONAIS	166
2.1 Conceito	16
2.1.1 Aspecto subjetivo de Contrato Internacional	16
2.1.2 Aspecto objetivo de Contrato Internacional	17
2.1.3 Aspecto econômico de Contrato Internacional.....	17
2.2 Contratos Internacionais de Construção Civil	19
2.2.1 FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieur-Conseils)	19
2.2.1.1 Representante da FIDIC em PORTUGAL.....	22
2.2.2 Contratos de grandes obras – fragilidade do modelo FIDIC	233
2.2.3 O Modelo Contratual FIDIC sob o Sistema Legal Brasileiro	244
2.2.4 FIDIC 2017.....	25
2.3 Princípios	288
2.3.1 Princípio da autonomia da vontade privada ou liberdade contratual.....	29
2.3.2 Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos -“Pacta Sunt Servanda”	311
2.3.3 Princípio da boa-fé.....	333
2.4 INCOTERMS	333
3 CONTRATOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL NO BRASIL	377
3.1 Contrato de Construção – Empreitada	377
3.1.1 Itens essenciais à formação de um contrato de empreitada ...	388
3.1.2 Tipos de Empreitadas	49
3.1.2.1 Empreitada por preço global	4949
3.1.2.2 Empreitada por preço unitário	500
3.1.2.3 Empreitada por tarefa	511
3.1.2.4 Empreitada integral.....	511
4 A ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO BRASIL	555

4.1 Breve histórico do Mercado Internacional e a necessidade da Arbitragem.....	55
5	
4.1.1 Breve comparação entre a Arbitragem do Brasil e Portugal.....	66
4.2 Vantagens e desvantagens da utilização da Arbitragem.....	67
4.2.1 As principais vantagens da arbitragem em relação ao procedimento judicial.....	677
4.2.2 As principais desvantagens da arbitragem em relação ao procedimento judicial.....	69
4.3 Arbitragem na construção civil.....	72
4.4 Tipos de arbitragens.....	744
4.4.1 Arbitragem <i>ad hoc</i>.....	744
4.4.2 Arbitragem institucional.....	744
4.5 Arbitragem de direito ou equidade.....	755
4.5.1 De direito.....	755
4.5.2 Equidade.....	766
4.6 Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral.....	788
4.6.1 Cláusula Compromissória.....	78
4.6.2 Compromisso Arbitral.....	788
4.7 Sentença Arbitral, os precedentes do STJ e Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira.....	7979
4.8 Ação Anulatória Arbitral.....	81
4.8.1 A Fase 1 da Construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo.....	82
4.8.2 SEC 14.930 - sub-rogação de direitos entre seguradora e seguradora.....	855
5 CONCLUSÃO.....	88
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	900

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACE	<i>Association of Civil Engineers</i>
APPC	Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores
ASCE	<i>American Society of Civil Engineers</i>
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
C. C.	Código Civil
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial
CBIC	Câmara Brasileira da Indústria da Construção
CBMAE	Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial
CBPO	Companhia Brasileira de Projetos e Obras
CCBC	Câmara do Comércio Brasil-Canadá
CCI	Câmara do Comércio Internacional de Paris
CFR	<i>Cost and Freight</i>
CIF	<i>Cost, Insurance and Freight</i>
CIP	<i>Carriage and Insurance Paid to</i>
CMA	Comissão de Mediação e Arbitragem
CNAE	Classificação Nacional de Atividades Econômicas
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CONIMA	Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
CPT	<i>Carriage Paid to...</i>
CPTM	Companhia Paulista de Trens Metropolitanos
CRC	Conselho de Resolução de Disputas
CREA	Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
DAB	<i>Dispute Adjudication Board</i>
DAF	<i>Delivered at Frontier</i>
DDP	<i>Delivery Duty Paid</i>
DDU	<i>Delivery Duty Unpaid</i>
DEQ	<i>Delivered ex Quay</i>
DES	<i>Delivered ex Ship</i>

EFCA	<i>European Federation of Engineering Consultancy Associations</i>
ENAA	<i>Engineering Advanced Association of Japan</i>
EPC	<i>Engineering, Procurement and Construction</i>
EXW	<i>Ex Work</i>
FAS	<i>Free Alongside Ship</i>
FCA	<i>Free Carrier</i>
FEACO	<i>Fédération Européenne des Associations de Conseils en Organisation</i>
FEPAC	<i>Fedaración Panamericana de Consultores</i>
FIDIC	<i>Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils</i>
FOB	<i>Free On Board</i>
IBRD	<i>International Bank for Reconstruction and Development</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
ICE	<i>Institute of Civil Engineers</i>
INCOTERMS	Termos Internacionais de Comércio
ISS	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
JBIC	<i>Japan Bank International Corporation</i>
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	Lei de introdução das Normas do Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
ONU	Organização das Nações Unidas
PIS	Programa de Integração Social
PMI	<i>Project Management Institute</i>
Sabesp Paulo	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

1- INTRODUÇÃO

Com a globalização, os modelos de contratos internacionais foram se adequando, surgindo assim, a necessidade de uma Lei mais apropriada, que os regularizassem, sem beneficiar ou prejudicar uma das partes envolvidas nos mesmos, ou seja, surgiu a Lei da Arbitragem.

No Brasil trata-se da Lei n.º 9.307/1996¹, com suas alterações encontradas na Lei n.º 13.129/2015².

No presente trabalho, o objetivo principal será demonstrar a importância da arbitragem nos contratos de construção civil no Brasil, que terão como referência, os contratos de empreitada, em especial os contratos de grandes obras, por serem estes mais apropriados ao tipo de arbitragem institucional, porém, se faz necessário levar em consideração os contratos internacionais, o modelo de contrato da FIDIC, especialmente, o Silver Book, Contract for EPC/Turnkey Project, por serem semelhantes aos contratos de empreitada.

Destaca-se que, sendo o Brasil, seguidor do sistema Civil Law, ou seja, Hard Law, as empresas precisam ter uma atenção especial, ao incluir cláusulas de arbitragem em seus contratos.

Para tanto, a intenção desta dissertação é contribuir de forma a esclarecer as dúvidas referentes a este tema.

Torna-se imperiosa, então, a seguinte indagação: *Qual a importância da arbitragem como forma alternativa de resolução de conflitos nos contratos de construção civil no Brasil?*

¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 04-09-1996, pp. 188-197 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Poder%C3%A3o%20as%20partes,co stumes%20e%20%C3%A0%20ordem%20p%C3%ABlica.

²BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015: Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 27-05-2015, p. 01 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm.

O presente estudo terá portanto, como objetivo geral, verificar as vantagens e desvantagens da utilização da arbitragem nos contratos de construção civil e o motivo principal que leva estas empresas a utilizarem.

Para tanto, deverão ser observados os seguintes objetivos específicos: construir o referencial teórico do presente estudo, identificando as razões que de fato motivam as empresas a colocarem em seus contratos cláusulas de arbitragem; identificar os elementos que se relacionam com o tema abordado, tais como: A importância do modelo FIDIC (Fédération Internationale Des Ingénieurs) nos contratos de construção civil, que tem sido utilizado gradualmente no Brasil, tendo em vista a necessidade de financiamento, por intermédio dos bancos internacionais, para construção de grandes obras, torna-se um pressuposto essencial seguir o modelo FIDIC, para ser liberado o financiamento, porém, dentre os livros pertencentes ao referido modelo, o que melhor se compara ao contrato de empreitada é o Silver Book, Contract for EPC/Turnkey projects; apresentar os representantes da FIDIC em Portugal; alguns princípios que norteiam os contratos; os termos comerciais usados nos contratos relativos a transações transnacionais (INCOTERMS); as cláusulas de um contrato de empreitada e as diferenças em relação ao contrato de EPC; breve comparação entre a arbitragem do Brasil e de Portugal e a visão do STJ referente às sentenças dos Tribunais de Arbitragem.

Quanto à estrutura da pesquisa, esta será dividida em três capítulos: “Contratos internacionais”, “Contratos na construção civil no Brasil” e “A Arbitragem e sua aplicação como meio alternativo de solução de conflitos no âmbito da Construção Civil no Brasil”.

O propósito do primeiro capítulo é explanar a respeito dos contratos internacionais, complementando de forma substancial o presente estudo. Para tanto, esse capítulo será dividido em quatro subcapítulos: 1- Conceito, que trará vários aspectos e prioridades; 2- Contratos internacionais de construção civil, que trará o modelo da FIDIC, suas fragilidades, sua aplicabilidade sob o sistema legal brasileiro, suas últimas alterações; 3- Princípios, os principais nos contratos internacionais; 4- Os INCOTERMS, são normas internacionais reconhecidas e usadas no mundo inteiro.

No segundo capítulo, serão identificados os elementos que estão intimamente relacionados ao tema, cujo contrato de construção terá sua especificidade em Empreitada. Compõe-se em um subcapítulo: 1- Contrato de construção por empreitada, nos quais serão mencionados os itens essenciais à sua formação e os tipos, estes estão fundamentados na Lei n. 8.666/1993³, artigo 10, ou seja, a execução indireta admite quatro regimes de empreitadas: por preço global, por preço unitário, tarefa e empreitada integral; e por fim, as cláusulas do contrato EPC.

O terceiro e último capítulo, por sua vez, avaliará o objeto central do presente estudo: A arbitragem e sua aplicação como meio alternativo de solução de conflitos no âmbito da construção civil no Brasil. Este capítulo será dividido em oito subcapítulos: 1- Mercado Internacional e a Arbitragem; 2- Vantagens e desvantagens; 3- Arbitragem na construção civil; 4- Tipos de Arbitragem; 5- Arbitragem de direito e de equidade; 6- Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral; 7- Sentença arbitral e sua homologação; 8- Ação anulatória arbitral.

Quanto à metodologia utilizada na pesquisa, o estudo foi classificado quanto aos fins e quanto aos meios. No que se refere ao fim, a pesquisa será descritiva e explicativa. Descritiva porque visa apresentar e qualificar a importância da arbitragem nos contratos de construção civil no Brasil, principalmente os contratos de grandes obras, firmadas entre empresas nacionais e empresas estrangeiras; explicativa, porque com base nas descrições, analisará os fatores que contribuem para a aplicabilidade da Lei da Arbitragem nos contratos de construção civil, pois no Brasil existem algumas restrições prevista em lei. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica, pois recorrerá aos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, acessíveis ao público em geral, visando à fundamentação do tema proposto.

Ademais, diante da possibilidade de aplicabilidade da Lei da Arbitragem nos contratos de construção civil no Brasil, mister se faz aprofundar a pesquisa no que concerne aos direitos envolvidos, tendo em vista que no sistema

³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 22-06-1993, pp. 01-32 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

jurídico brasileiro, a liberdade das partes de selecionar as regras de direito aplicável ao mérito do contrato sujeito ao foro arbitral não é plena, pois tal escolha não poderá ensejar violação à ordem pública e aos bons costumes.

2- CONTRATOS INTERNACIONAIS

2.1- Conceito

Os Contratos Internacionais têm um papel relevante na regulamentação do Comércio Internacional, levando-se em consideração um dos principais princípios norteadores dos mesmos, o princípio da autonomia da vontade, percebe-se a importância das cláusulas contidas nestes e que acabam funcionando como lei entre as partes. Desta forma, pode-se afirmar que o Contrato Internacional é uma das molas mestras do mundo econômico.

Precipuamente, devemos destacar a importância da definição de contrato internacional, porque a partir daí saberemos qual será a lei aplicável ao mesmo. Para melhor entendimento, serão expostos abaixo diversos conceitos, sob a visão de vários autores e sob vários aspectos.

2.1.1- Aspecto subjetivo de Contrato Internacional

A noção de contrato internacional sob o aspecto subjetivo é abordada em algumas convenções internacionais no Brasil. Há a Convenção de Viena, de 1980, sobre lei aplicável à compra e venda internacional de mercadorias que o Brasil ratificou em 2014⁴. É curioso que, dessa convenção, emerge uma noção de contrato internacional numa vertente subjetivista, o que significa que se define contrato internacional apenas pela localização, somente pelo critério das sedes das pessoas jurídicas, sede das empresas. Se as empresas tiverem sedes em ordenamentos jurídicos distintos, estaremos em face de um contrato internacional, sendo que esse é um critério puramente subjetivo.

⁴ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014: Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 17-10-2014, p. 2 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm.

2.1.2- Aspecto objetivo de Contrato Internacional

O critério objetivo não é relevante apenas para a localização da sede das pessoas jurídicas, mas também para determinar a ligação do contrato, em especial com determinado ou com vários ordenamentos jurídicos. Portanto, trata-se de um critério objetivo de internacionalidade.

2.1.3- Aspecto econômico de Contrato Internacional

Existem autores que se distanciam um pouco dos critérios subjetivo e objetivo, enveredam para o critério econômico. Estamos face a um contrato internacional, sempre que houver um fluxo e refluxo de bens através de fronteiras, ou seja, sempre que houver uma movimentação de bens, sempre que houver uma transferência de bens de estado para estado, o contrato será caracterizado como internacional.

O critério econômico é válido, se mistura com o critério jurídico, e este último, serve para se perceber onde ou em que estado se vão produzir os efeitos do contrato. Portanto, o critério jurídico, seja em sua vertente subjetiva ou objetiva, irá auxiliar a perceber qual é o ordenamento jurídico que assume uma melhor relevância com o contrato internacional, seja ele no lugar do contrato ou em outro lugar.

Portanto, a nacionalidade das partes é um elemento irrelevante para classificar um contrato internacional.

O contrato internacional, para Irineu Strenger⁵, é o motor do comércio internacional e das relações internacionais. Convicto de que os contratos internacionais se caracterizam pela vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, o autor também considera os elementos de estraneidade, ou seja, as características que ligam um contrato a mais sistemas jurídicos, determinando a sua internacionalidade (domicílio, nacionalidade, *lex voluntatis*,

⁵ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3ª edição. São Paulo: Editora LTR, 1998. ISBN 9788576252016.

localização da sede, centro das principais atividades) como identificadores de tais contratos.

De acordo com Luiz Olavo Baptista⁶, a relação jurídica contratual pode estar em contato com mais de um sistema jurídico ou com apenas um único sistema, seja em virtude de elementos subjetivos ou objetivos. No primeiro caso, são considerados contratos internacionais e, no segundo, puramente nacionais.

Para Maristela Basso⁷, os contratos internacionais, no direito internacional privado, são aqueles que contêm um elemento de estraneidade e que poderão levar a um conflito de leis.

Basso acrescenta ainda que:

Se buscarmos, as convenções e tratados internacionais do contrato não dependem apenas do domicílio das partes, da sede principal dos negócios das empresas, do lugar da constituição ou execução da obrigação, mas de um conjunto de elementos directamente relacionados à economia interna do contrato, que deverão ser apreciados caso a caso. [...] Os contratos internacionais do comércio se apresentam sob múltiplas formas e modalidades: de compra e venda, de agência, de associação, joint venture, de prestação de serviços, de licenciamento, de know-how ou transferência de tecnologia, de transporte marítimo, de locação de equipamentos, de arrendamento mercantil (leasing), de franquia (franchising), entre outros. Não existe uma única modalidade de contrato internacional, mas grande número de figuras contratuais ou, pode-se dizer, de complexos contratuais revelando situações diferentes.⁸

Portanto, para que um contrato esteja potencialmente sujeito a dois ou mais ordenamentos jurídicos, é necessário que sejam identificados os elementos de estraneidade e sua relevância jurídica⁹.

Identificado o tipo de contrato, põe-se a questão da lei reguladora que incidirá sobre ele. A lei aplicável ao contrato interno é a proveniente da legislação vigente no direito interno do país em que foi inteiramente firmado o negócio jurídico. Neste caso, não há que se falar na hipótese da escolha da lei aplicável pelas partes, ou seja, qualquer escolha cabível às partes estará dentro da permissibilidade limitada que é conferida pelas normas nacionais.

⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN 8502013688.

⁷ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. ISBN 9788573482171.

⁸ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, e prática*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 18. ISBN 9788573480726.

⁹ ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro*. In: RODAS, João Grandino Rodas. *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 8520322360.

A problemática está quanto aos contratos internacionais, que não se revestem de facilidade, e nesta seara, se constata a importância da análise da autonomia da vontade.

É preciso ter cautela, pois as legislações nacionais tratam de forma não unívoca a autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável ao contrato. O corpo normativo dos países que se conectam ao contrato representa múltiplas possibilidades de incidência legal. É diante dessa vasta opção que se percebe a importância do princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da legislação aplicável e também de abordar o sistema conflitual, sistema este que cada vez mais está em desuso.

A compra e venda internacional chamaram a atenção para a problemática da noção de contrato internacional. Se não determinarmos que estamos face desse contrato, não saberemos se vamos aplicar a lei interna ou se vamos aplicar outro ordenamento jurídico ao contrato.

2.2- Contratos Internacionais de Construção Civil

2.2.1- FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieur-Conseils)

Na elaboração de minutas de contratos, costuma-se utilizar referências provenientes de diversas fontes, dentre as quais se destacam: a American Society of Civil Engineers(ASCE); a Engineering Advanced Association of Japan (ENAA); a Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils(FIDIC); o Institute of Civil Engineers(ICE). As condições contratuais elaboradas por esses organismos são frequentemente usadas para atender às exigências de organismos financiadores de projetos de infraestrutura, tais como o “Banco Mundial”¹⁰.

Das diversas fontes mencionadas acima, será enfatizada a Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC).

¹⁰ O Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) é uma instituição financeira Internacional que oferece empréstimos a países em desenvolvimento de renda média. O BIRD é a primeira das cinco instituições que integram o Grupo Banco Mundial e está sediado em Washiton D. C. Estados Unidos da América.

Uma alternativa para a elaboração de contratos vem da Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), organização internacional que se define como representante global das empresas de engenharia consultiva, promovendo e desenvolvendo relações comerciais entre os agentes e suprindo-as com trabalhos por ela desenvolvidos, tais como modelos de contratos. Nestes, os agentes envolvidos são as empresas de engenharia, governo, órgãos de financiamento, indústria, comércio, fornecedores e outros profissionais da construção.

Cabe ao suporte jurídico assessorar as empresas de engenharia na elaboração dos contratos.

Atualmente, a FIDIC possui associações filiadas em 100 países. Em parceria com o Banco Mundial e outros bancos multinacionais, trabalha em diferentes regiões geográficas. A finalidade é garantir a aplicação de padrões internacionais de engenharia para o financiamento de obras de infraestrutura.

Representa uma grande parte das práticas de consultoria privada em engenharia no mundo. Seus trabalhos sobre condições contratuais para projetos têm sido largamente utilizados e reconhecidos, dentre outros méritos, por seus princípios de divisão equilibrada de riscos entre a contratante e a contratada¹¹.

A entidade, assim, define Força Maior e se posiciona a respeito das suas consequências. “Força Maior” significa um evento ou uma circunstância excepcional:

- (a) que esteja além do controle da parte;
- (b) que a parte não poderá ter razoavelmente previsto antes de participar do contrato;
- (c) que, ao ter ocorrido, tal parte não pôde razoavelmente evitar ou superar, e (d) que não é substancialmente atribuível à outra parte. [...]. Se a contratada não puder efetuar quaisquer de suas obrigações devido à Força Maior, e ainda sofrer atraso e/ou incorrer em custos, terá direito à reivindicação no que se refere a: uma prorrogação do prazo correspondente a tal atraso, caso a conclusão esteja ou venha a ficar atrasada, [...] e [...] ao pagamento de tais custos.¹²

A entidade também atua junto à Organização das Nações Unidas (ONU) e outras organizações humanitárias internacionais. Seus dirigentes defendem

¹¹FIDIC [Fédération Internationale Des Ingénieur-Conseils]. *Conditions of contract for EPC Turnkey projects: general conditions* (“silver book”). Lausanne: FIDIC, 1999.

¹²FIDIC, ref. 11, pp. 50-51.

que somente soluções técnicas não são suficientes para resolver questões relacionadas à governança e financiamentos.

Os modelos de contratos da FIDIC são os seguintes, conforme descrito em seu site de internet¹³:

- Green Book, Short Form of Contract - para serviços de engenharia de pequeno valor, de escopo simplificado, repetitivos ou de pequena complexidade, com projetos fornecidos pelo contratante.
- Red Book, Conditions of Contract for Construction – para serviços de engenharia e construção, com projetos e escopo fornecidos pelo contratante à empresa construtora.
- The MDB Harmonised Conditions of Contract for Construction - para serviços de engenharia e construção, com projetos e escopo fornecidos pelo contratante, nas condições de financiamento de projetos pelo Multilateral Development Banks, ou seja, para a obtenção de financiamento das obras por organismos internacionais, em geral de infraestrutura.
- Yellow Book, Conditions of Contract for Plant and Design-Build - sob o arranjo usual desse tipo de contrato, o contratado fornece, atendendo aos pré-requisitos do contratante, os projetos, equipamentos elétricos e mecânicos, e serviços civis, mecânicos e elétricos.
- Silver Book, Contract for EPC/Turnkey Projects – como já definido anteriormente, quando se contrata um empreendimento compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, inclusive projeto, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, adequadas às finalidades do contrato.
- DBO, Design, Build and Operate Projects - são aqueles nos quais o proprietário contrata o projeto, a construção e o compromisso de operação em longo prazo, cabendo ao contratado a responsabilidade total sobre todo o empreendimento. O objetivo é agregar inovação, qualidade e desempenho ao empreendimento, ao vincular a execução à operação a longo prazo, estimado pela FIDIC em 20 anos.

Ricardino¹⁴ cita outras fontes que elaboram minutas de contratos, tais como a American Society of Civil Engineers (ASCE), a Engineering Advanced Association of Japan (ENAA) e o Institute of Civil Engineers (ICE), em geral voltados para a obtenção de financiamentos para obras de infraestrutura.

Em todos esses modelos de contratos, é possível a aplicação da arbitragem como forma de solução de disputas.

A importância de utilizar os padrões contratuais elaborados pela FIDIC se verifica de forma mais nítida em países em desenvolvimento, e serviram de alicerce legal para a construção de grandes obras de engenharia em países como China, Rússia e República Tcheca, o que se deve certamente à

¹³BENVENUTI, Ronaldo. *Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹⁴RICARDINO, Roberto. *Administração de Contrato em Projetos de Construção Pesada no Brasil: Um Estudo da Interface com o Processo de Análise de Risco*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

imposição dos diversos *stakeholders*¹⁵ que figuram em aludidos processos - Bancos Mundiais, fundos de investimentos e investidores - ao condicionarem a concessão do financiamento pretendido à utilização dos livros FIDIC.

Os contratos de construção, sob a roupagem dos modelos contratuais FIDIC, são modelos contratuais elaborados por entidades estrangeiras, derivados de contratos utilizados em um ambiente de common law publicados pelo Institute of Civil Engineers (ICE) e pela Association of Civil Engineers (ACE), ambos com sede no Reino Unido¹⁶.

Em caso de conflito, o processo quando possui cláusula de arbitragem é resolvido através das regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Da mesma, farão parte três árbitros nomeados de acordo com o regulamento, e o idioma é o definido nas condições particulares do contrato.

2.2.1.1- Representante da FIDIC em PORTUGAL

A Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores (APPC), fundada em 1975, assume o papel de representante da FIDIC desde 1987. A APPC é uma Associação Empresarial sem fins lucrativos, representante do Sector Autónomo Português de Estudos e Projetos de Engenharia, Arquitetura, Ambiente, Economia e Gestão¹⁷. Para além da parceria com a FIDIC, a APPC é também representante única de Portugal na European Federation of Engineering Consultancy Associations (EFCA), na Fédération Européenne des Associations de Conseils en Organisation (FEACO) e da Federación Panamericana de Consultores (FEPAC). O trabalho mais conhecido, resultante da parceria entre a FIDIC e a APPC, foi a tradução para português do New Red Book.

¹⁵ *Stakeholder* é um termo da língua inglesa que tem como significado “grupo de interesse”.

¹⁶ Conforme será demonstrado em capítulo próprio, os modelos contratuais FIDIC foram elaborados com alicerce nos contratos de construção publicados anteriormente pelo ICE e pela ACE, ambos localizados na Inglaterra.

¹⁷ APPC [Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores]. *A Associação*. Lisboa: APPC, 2020 [consult. 20 maio 2019]. Disponível em <http://www.appconsultores.org.pt/pt/appc/a-associacao/>.

2.2.2- Contratos de grandes obras – fragilidade do modelo FIDIC

Os empreendimentos de construção em geral abrangem uma gama diversificada de atividades, que dependem de variáveis nem sempre previstas em seus contratos, o que resulta em campo fértil para conflitos e consequentes disputas¹⁸. Quando abordadas pelo método tradicional, ou seja, por processos judiciais, essas disputas podem ser longas, complexas, dispendiosas e podem afetar as relações comerciais entre as partes. Muitas dessas disputas, contudo, podem ser evitadas ou minimizadas com a previsão de contratos claros e com disposições prévias sobre o tratamento dos conflitos de maneiras alternativas¹⁹.

Sendo assim, podemos ter como exemplo o Livro Prata, que é o mais abordado neste trabalho. O Livro Prata é o modelo de contrato para projetos de engenharia, aquisição e construção, entregues prontos para operar (EPC Turnkey), sendo que toda responsabilidade pelo design e construção é do contratante.²⁰

Ele reconhece a necessidade de aplicação da lei local da obra e endereça ao epecista essa demanda obrigatória como conceito geral de observar a legislação local. Não obstante, endereça também questões relevantes e de usual preocupação em contratos de grandes obras em cláusulas específicas, tais como a Lei trabalhista, saúde, segurança e imigração. Vale notar que o texto do contrato não adentra em especificações e limites de cada um desses pontos sensíveis à legislação, apenas dispõe de forma ampla que cabe ao epecista sua plena observância.

Nota-se, assim, a fragilidade do contrato FIDIC em razão da sua abrangência, não depende de casuismo. Sua linguagem pode apresentar fragilidades mesmo sem analisá-lo sob a ótica específica de determinada legislação ou projeto.

¹⁸ BENVENUTI, Ronaldo. *Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹⁹ KEATING CHAMBERS. *Construction Dispute Resolution Handbook*. 2nd ed. London: ICE Publishing, 2011. ISBN 9780727741455.

²⁰ FIDIC, ref. 11.

2.2.3- O Modelo Contratual FIDIC sob o Sistema Legal Brasileiro

As obras de engenharia variam desde portos, rodovias, aeroportos, usinas de tratamento de água e esgoto, até galpões logísticos, etc., pesadas ou não, cuja premência será evidenciada pelo eventual e efetivo desenvolvimento do país.

Acredita-se que a adoção, em um futuro próximo, de forma rotineira, dos padrões contratuais FIDIC, trará consigo a necessidade de discussão aprofundada dos modelos contratuais importados da *common law*. Nesse mister, realizou-se o estudo proposto com os seguintes objetivos: (i) aferir ser o modelo contratual *Silver Book, Contract for EPC/Turnkey Projects*, um contrato de construção internacional ou doméstico e quais as consequências daí advindas; assim como (ii) verificar a viabilidade de sua utilização sob o sistema legal brasileiro e, se necessário, quais as adaptações a serem realizadas quando da elaboração do contrato.

O fato, portanto, de localizar-se a obra em território nacional, ainda que diante de contrato internacional de construção e independente de sua lei de regência, impõe a observância obrigatória de limitações urbanísticas, do Código de Obras, de Leis de Zoneamento, da presença de Anotação de Responsabilidade Técnica perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA); do Plano Diretor municipal, do Estatuto da Cidade etc.

Não obstante, a já mencionada reduzida utilização de modelos contratuais em obras de engenharia realizadas no Brasil, na realidade, tende a se alterar de forma gradual, mudança que deverá intensificar-se diante da óbvia necessidade de financiamento para grandes obras de engenharia no país.

Apenas a título de exemplo, tal fato já se fez sentir em contratos lançados no mercado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), assim como pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), ambos envolvendo financiamento internacional mediante a adoção dos padrões contratuais FIDIC.

2.2.4- FIDIC 2017

Foi publicada, no início do mês de dezembro de 2017, a segunda edição atualizada e ampliada de três dos principais “Books” (“Red”, “Yellow” e “Silver”²¹) componentes do famoso “FIDIC Rainbow Suite”, assim coloquialmente denominada a coletânea das minutas-modelo de contratos de construção e de infraestrutura publicadas, desde o ano de 1999, pela Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC).

Os modelos contratuais propostos pela FIDIC desempenham papel fundamental, nos mais distintos projetos de engenharia conduzidos em todo o mundo. As soluções sugeridas pelos *Books*, quando não adotadas literalmente (como ocorre, substantivamente, na Ásia, na África, no Oriente Médio e na Europa Oriental, por exemplo), têm servido, cada vez mais, como parâmetro para os variados arranjos negociais e financeiros esquadrihados em todo o setor de infraestrutura, padronizando procedimentos e conferindo, com isso, as contratantes, financiadores e *stakeholder* em geral, níveis mais assertivos de previsibilidade, clareza e equidade na condução dos projetos. Não por outro motivo, a adoção das balizas contratuais sugeridas pela FIDIC vem sendo crescentemente demandada e estimulada, inclusive no Brasil, por grandes investidores e financiadores globais.

Dentre as alterações introduzidas, sem prejuízo de outras, merecem destaque as seguintes:

Administração contratual: os procedimentos e os mecanismos relativos à administração contratual são, na nova edição dos *Books*, muito mais prescritivos e detalhados, inclusive no que concerne às medições e ao pagamento do preço do contrato. Houve, particularmente, a inserção de variadas obrigações específicas de comunicação, colaboração e compartilhamento de informações, com vistas a assegurar uma condução mais transparente e conjunta do empreendimento pelas partes;

²¹ Em termos gerais, pode-se afirmar, segundo orientação da FIDIC, que o “Red Book” se presta, mais adequadamente, a prover as condições contratuais para obras de construção para as quais os projetos de engenharia devem ser elaborados e fornecidos pela contratante (dona da obra). O “Yellow Book”, de seu turno, é propriamente indicado para trabalhos de concepção e de construção atinentes a projetos elétricos e mecânicos e a edifícios em geral. O “Silver Book”, por fim, foi idealizado para empreendimentos em relação aos quais incumbem à contratada (empreiteira) todos os préstimos de engenharia, fornecimento e construção, para entrega do projeto em condições de operação (“EPC turnkey projects”).

Atribuições e responsabilidades do engenheiro²²: embora o engenheiro continue a atuar, em princípio, em nome da contratante, as alterações introduzidas buscaram mitigar a necessidade de obtenção do prévio consentimento, pelo primeiro, para a implementação de variações ou soluções mais adequadas – algo que já existia, mas em menor grau, desde a primeira versão dos *Books*. Ao engenheiro foi outorgado, assim, papel proativo mais acentuado na análise e na decisão acerca de pleitos e de proposições construtivas em geral. Mais do que atender aos interesses da contratante, ao engenheiro se atribuiu, então, obrigação positiva mais clara de encorajar, imparcialmente, arranjos colaborativos, a bem de ambas as partes e, principalmente, do próprio empreendimento;

Cronograma e plano de ataque: introduziram-se, para a contratada, obrigações mais rígidas quanto à especificação do cronograma físico e do plano de ataque – aqui incluído o dever de indicação precisa e clara, por exemplo, (a) das datas de início e de conclusão das obras, (b) das datas de liberação, de recebimento e de devolução das áreas, (c) do caminho crítico adotado e (d) da vinculação e do encadeamento lógico entre as fases e/ou parcelas das obras, conforme o caso. Previu-se, nessa linha, procedimento específico para a análise, discussão e validação prévias do “*programme*” pelo engenheiro ou pela contratante;

Circunstâncias adversas: foram ampliadas as hipóteses e as condições sob as quais cada Parte deve informar, à outra, a iminência ou a efetiva ocorrência de circunstâncias que possam afetar o desenvolvimento do empreendimento. A nova feição dos *Books* prevê que cada contratante deverá engendrar seus melhores esforços para noticiar, à outra, com antecedência razoável, qualquer evento que possa: (a) afetar adversamente a consecução das obras; (b) atrapalhar a performance do projeto, depois da implementação; (c) majorar o preço do contrato ou (d) atrasar a conclusão dos serviços. A proposta serve para estimular a transparência e a colaboração das partes no

²² A figura do engenheiro (“engineer”), nas estruturas contratuais preconizadas pela FIDIC, tem atribuições extensas, variáveis de acordo com o projeto de que se cuida. Em regra, o engenheiro não se restringe à execução ou ao acompanhamento das atividades técnicas de engenharia e projetos (“Yellow” e “Red Books”); a ele se conferem, também, em larga medida, responsabilidades que tocam à administração e ao planejamento do empreendimento como um todo, de forma neutra e ponderada.

enfrentamento dos eventos desfavoráveis que possam se impor, com vistas a evitar conflitos futuros;

Condições climáticas: restringiu-se a possibilidade de extensão de prazos fundamentada em ocorrência de condições climáticas prejudiciais. Segundo a nova sistemática das minutas, só seriam admissíveis pleitos relacionados a intempéries que fossem realmente imprevisíveis – assim consideradas aquelas que destoem substancialmente do histórico meteorológico pertinente ao local das obras;

Pleitos: ao contrário do que ocorria na edição anterior, passou-se a prescrever que tanto o contratante quanto a contratada devem dar notícia de seus pleitos e, posteriormente, detalhá-los dentro de prazos definidos, sob pena de preclusão. Anteriormente, a limitação temporal era aplicável, em regra, apenas à contratada. O procedimento de apresentação, análise e discussão dos pleitos foi, na mesma linha, amplamente minudenciado, a fim de trazer mais segurança e de evitar a posterior formação de controvérsias. Objetivou-se, em verdade, dificultar a formulação e/ou a tramitação de pleitos para além da conclusão do empreendimento, garantindo-se, tanto quanto possível, que as discussões relativas ao projeto sejam resolvidas apenas durante a vigência das relações contratuais;

Dispute board: as novas minutas pretenderam fortalecer a figura do “Dispute Adjudication Board” (DAB). Esse órgão, constituído e atuante desde o início do empreendimento, deverá atuar mais incisivamente na condução das atividades de prevenção de conflitos, visitando os locais das obras regularmente e avocando, inclusive, quando conveniente, a condução das tratativas referentes à solução de pleitos de que venha a ter conhecimento, ainda que sem provocação formal de qualquer das partes;

Cláusulas alternativas: fora significativamente expandido o repertório de cláusulas alternativas, passíveis de eleição, pelas partes, em conformidade com as peculiaridades de cada projeto. De serem destacadas, nesse sentido, (a) a previsão de diferentes limites de responsabilidade, aplicáveis, por exemplo, a perdas e danos indiretos e consequenciais ou a danos objeto de seguros, e (b) a possibilidade de estabelecimento de marcos intermediários,

concernentes a parcelas ou etapas das obras, mesmo que não haja imediata transferência dos riscos da posse dos trabalhos à contratante²³.

Importante consignar, todavia, que, embora as resenhadas novidades representem avanços admiráveis – mormente no que diz com o balanceamento de riscos e responsabilidades entre os contratantes – o estabelecimento de procedimentos e deveres instrumentais mais extensos pode acabar por representar, em alguns casos, incrementos de despesas e imposições de burocratização indesejável. A adoção das novas diretrizes contratuais sugeridas pela FIDIC pode, pois, demandar, por parte dos atores do setor de infraestrutura, um período de acomodação mais ou menos extenso. É também recomendável, nesse sentido, que seja realizada a análise crítica da oportunidade de aceitação, caso a caso, de cada uma das soluções propostas, conforme as exigências de cada empreendimento.

2.3- Princípios

Como mencionado anteriormente, nos contratos internacionais existem vários aspectos que merecem destaque no momento de sua definição. Ou seja, aspectos objetivos, subjetivos, econômicos etc. Dessa forma, nota-se as relevâncias que cada contrato tem, porém, merecem destaques, ainda, determinados princípios que devem ser preservados em todos os contratos e é o que veremos agora.

Os princípios envolvem valores de justiça e de equidade, são importantes norteadores de um sistema, uma vez que atuam como vetores de determinado conjunto mandamental. Trata-se de pensamentos de uma regulação jurídica existente ou possível, são mandamentos de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades, explica Thais Cárnio²⁴.

²³ Nesse caso, ainda que a contratante não venha recepcionar ou aceitar a parcela das obras já concluídas, assumindo os respectivos riscos e responsabilidades, pode-se resguardar a possibilidade de cobrança, pela contratante, das cabíveis indenizações (“delay damages”), acaso ocorra o não cumprimento de qualquer marco intermediário pela contratada.

²⁴ CÁRNIO, Thais Cíntia. *A aplicação dos princípios da Unidroit para dirimir controversias em contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

São princípios, são padrões juridicamente vinculantes, enquanto as regras, normas vinculativas de conteúdo meramente funcional. Lembra ainda a autora que os princípios são considerados como *soft law*, ou seja, é um comprometimento assumido pelas partes que não é imposto por regramento jurídico, pois a ideia de *soft law* refere-se a instrumentos desprovidos de caráter juridicamente cogente, diferindo das normas tradicionais (*Hard Law*), cuja obrigatoriedade é o elemento característico.

Merecem destaque alguns princípios, quando se pensa em arbitragem como forma de dissolução de conflitos.

2.3.1- Princípio da autonomia da vontade privada ou liberdade contratual

O princípio da autonomia da vontade espelha a liberdade de contratar inerente a todo o agente capaz, vale dizer, a liberdade de contrair obrigações e de satisfazê-las, mediante o concurso de terceiro que igualmente adimplirá uma parcela que lhe cabe, por força de uma convergência de vontades.

Ventura²⁵ corrobora o entendimento de Motta Jr. *et al.*²⁶ e acresce que essa liberdade abrange a liberdade de contratar quando a pessoa quiser, com quem quiser e sobre o que quiser. As partes podem contratar sem se submeter a qualquer interferência do Poder Público, desde que respeitem a ordem pública e os bons costumes. No entanto, os contratos que têm causa contrária a leis de ordem pública e aos bons costumes são nulos.

Gomes, noutras palavras, explica:

O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de autoregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.²⁷

²⁵ VENTURA, Luis Henrique. *Contratos Internacionais Empresariais*. São Paulo: Del Rey, 2002. ISBN 857308524X.

²⁶ MOTTA JR., Aldemar, et al. *Manual de Arbitragem para Advogados*. Brasília: OAB, 2015. ISBN 978-85-7966-037-5.

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. ISBN 9788530925208.

Leon Steffens explicou o termo liberdade contratual no seguinte sentido: “as partes de um contrato internacional podem escolher a lei aplicável e pela qual vão reger suas relações contratuais”²⁸. Para Noronha²⁹, a autonomia da vontade também pode ser denominada autonomia privada. Ela consiste na liberdade de as pessoas regularem os seus interesses, através de contratos (e também de negócios unilaterais, mas sendo estes de muitíssimo menos importância...), tanto no âmbito pessoal como especialmente no patrimonial.³⁰

Os princípios desse fundamento são: liberdade contratual, consensualismo e efeito relativo dos contratos.

Com relação ao princípio da autonomia da vontade – e, em especial à questão da lei aplicável – cabe destacar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil: Convenção de Direito Internacional Privado, adotada em Havana em 13 de fevereiro de 1928; Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 08 de maio de 1979; Estatuto da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, adotada na VII Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, de 09 a 31 de outubro de 1951.³¹

Nairardi e Salemu³² explicam que o princípio em questão confere aos contratantes direito subjetivo que lhes proporcionam possibilidade de ajuste comercial, confecção das cláusulas comerciais e conteúdo das mesmas. Observa gerar, portanto, uma microordem jurídica inserta num sistema interdependente de normas; este, contudo, é limitado pela observação obrigatória das leis internas. Nairardi e Salemu observam que: “a soberania nacional não tem objeção quanto ao desenvolvimento de uma lei autônoma de comércio internacional entre as partes, desde que sejam observadas, em cada jurisdição, as limitações impostas pela lei interna”³³.

²⁸ STEFFENS, Avelino Leon. El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional. In: BOURIE, Enrique Barros. *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991. p. 97.

²⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 9788502203198.

³⁰ NORONHA, ref. 29, p. 390.

³¹ AREAS, Patricia de Oliveira. *Contratos Internacionais de software: o direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

³² NAIRARDI, George Augusto, SALEMU, Edson Ricardo. In: *Temas atuais de Direito do Comércio Internacional*. pp. 393-395.

³³ NAIRARDI, SALEMU, ref. 32, p. 397.

Castro³⁴ advertiu preliminarmente que, a respeito de contratos, há disposições de três espécies: imperativas (critérios que serão obrigatoriamente utilizados na apreciação jurídica do ato), facultativas (permitem aos contratantes escolher entre dois ou mais critérios de apreciação de seus atos) e supletivas (impõem determinado critério para o caso de ser deficiente, nula, ou inexistente, a manifestação de vontade das partes, permitida pela disposição facultativa).

Um argumento importante de Lamy³⁵ sobre autonomia da vontade que diferencia contratos internos dos internacionais, e que aqui deve ser ressaltado com vistas a defender a possibilidade de criação de uma Teoria Geral de Contratos internacionais está em que:

Nos contratos internos, não se escolhe qual sistema ou sistemas jurídicos irão dirimir eventuais litígios oriundos da relação obrigacional, respeitando-se a autonomia da vontade apenas no que diz respeito às cláusulas contratuais e não havendo discussão quanto ao regime ou regimes jurídicos que irão embasar os deveres contraídos. Enquanto no direito privado interno a autonomia da vontade restringe-se ao estabelecimento das cláusulas contratuais caracterizadoras do compromisso, no Direito Internacional Privado, diferentemente, opta-se pela via contratual, tanto pelos sistemas jurídicos, quanto pelo estabelecimento das demais cláusulas obrigacionais. O contrato internacional pode estar embasado em mais de um sistema jurídico, sendo necessário, antes de qualquer outra análise, perquirir qual será a lei ou leis aplicáveis aos litígios dele decorrentes, podendo-se muitas vezes considerar um terceiro sistema neutro às partes, e que melhor se adapte às circunstâncias da negociação.³⁶

2.3.2 - Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos -“*Pacta Sunt Servanda*”

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado levando-se em conta todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.

Existe uma expressão em latim que resume o princípio. Ela é *Pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

³⁴CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. █

³⁵LAMY, Eduardo de Avelar. In: *Temas atuais de Direito do Comércio Internacional*. p. 410.

³⁶LAMY, ref. 35, p. 410.

Pereira veemente afirma que “o contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrepender-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes”³⁷.

³⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III – Contratos*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 14. ISBN 8530983165.

2.3.3 - Princípio da boa-fé

Uma versão resumida da ideia do princípio da boa-fé seria a noção de que “entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato”³⁸.

A boa-fé apresenta duplo significado: primeiramente, presume-se que as partes procedem com lealdade e confiança recíprocas (boa-fé), devendo fazer prova aquele que alega a má-fé do outro. Em segundo lugar, entende-se que a intenção das partes deve prevalecer sobre o que foi literalmente declarado. Daí a importância das testemunhas³⁹.

2.4- INCOTERMS

Comumente, um dos objetivos perseguidos em quaisquer contratos, nesse caso, em especial, nos contratos internacionais, é o da síntese, de uma formatação *standard* que não limita o entendimento nem a execução de seus termos.

Portanto, não se pode deixar de falar nas regras INCOTERMS (*International Commercial Terms* / Termos Internacionais de Comércio) que compõem uma norma internacionalmente reconhecida e são usadas no mundo inteiro em contratos nacionais e internacionais para a venda de mercadorias. Entretanto, esse tipo de contrato está intrínseco nos contratos de construção civil por guarnecerem as obras com matérias-primas.

Os INCOTERMS têm como finalidade definir a responsabilidade dos compradores e vendedores por ocasião da entrega do produto, conforme o contrato de venda. Os termos determinam os custos e riscos das partes.

Primeiramente foram publicados em 1936, os INCOTERMS têm auxiliado importadores, exportadores, advogados, transportadores, seguradoras e graduandos da área internacional por mais de 75 anos. Eles são reconhecidos

³⁸GOMES, ref. 27, p. 42.

³⁹VENTURA, ref. 25, p. 32.

pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) como o padrão global para a interpretação dos termos mais comuns em comércio internacional.

Lançadas em outubro de 2019, a última edição das regras, chamada INCOTERMS 2020, entrou em vigor em 1 de janeiro de 2020. Todos os contratos feitos sob as regras INCOTERMS 2010 continuam válidos após 2020. A Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce- ICC) o Brasil está trabalhando para lançar uma versão em português brasileiro, em 2020.

Para essa padronização, é de extrema relevância a contribuição da International Chamber of Commerce, com sede em Paris, pela publicação e pelo aperfeiçoamento dos International Rules for Interpretation of Trade (Commercial) Terms, expressão em inglês que se traduz por Regras Internacionais para a Interpretação de Termos Mercantis (INCOTERMS), que contêm fórmulas mercantis sintéticas com aplicação às cláusulas que regem a entrega e o transporte de mercadorias, tais como: FOB, CIF, FAZ, C&F e outras.⁴⁰

Assim é definido cada grupo do INCOTERMS:

Grupo E: O vendedor tem menos obrigações, o mesmo deve colocar as mercadorias para os compradores em um local antecipadamente acordado.

EXW (*Ex Work*) - A partir do Local da Produção: Participação do exportador no negócio que, após condicionar a mercadoria, a disponibiliza em seu próprio estabelecimento. Todos os ônus são do comprador.

Grupo F: O vendedor deve entregar a mercadoria para o comprador, cumprindo os seus requisitos.

FCA (*Free Carrier*) – Transportador Livre: As mercadorias devem ser entregues no terminal que o comprador indica ao vendedor. A responsabilidade do vendedor será complementada quando entregar a mercadoria desembaraçada para o exportador aos cuidados do transportador indicado pelo comprador, e que será entregue no porto de destino. Utilizado para qualquer modalidade de transporte.

⁴⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. *Elementos básicos de direito internacional privado*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 155. ISBN 8571310440.

FAS (*Free Alongside Ship*) – Livre no Costado do Navio: O vendedor se responsabiliza até quando a mercadoria é colocada ao longo do costado do navio, isto é, dentro do porto. O vendedor é responsável pelo desembarço da mercadoria, ou seja, pagamento de todos os encargos. Somente utilizado em hipótese de transporte aquaviário.

FOB (*Free On Board*) – Livre a Bordo: A mercadoria deve ser embarcada diretamente no navio, a responsabilidade do vendedor vai até dentro do mesmo. O vendedor é responsável pelo desembarço, exceto o transporte e frete. Utilizado em transporte aquaviário.

Grupo C: O vendedor deve contratar o transporte nos termos próprios e suprir com as expensas e o vendedor cuida do seguro e dos custos.

CFR (*Cost and Freight*) – Custo e Frete: O vendedor assume todos os custos anteriores ao embarque internacional, bem como a contratação de frete internacional e o transporte da mercadoria até o porto de destino. O desembarço é do vendedor. Só pode ser utilizado em hipóteses de transportes aquaviários.

CIF (*Cost, Insurance and Freight*) – Custo, Frete e Seguro: É idêntico ao CFR, todavia, é incluído mais o seguro. Exige que o vendedor faça o desembarço da mercadoria. Só pode ser utilizado em casos de transporte aquaviário.

CPT (*Carriage Paid to...*) - Transporte pago até frete e transporte até o local que foi designado, mas o comprador transfere os riscos para o vendedor, sendo o desembarço também de sua responsabilidade. A mercadoria é entregue sob custódia do transportador. Pode ser utilizado para qualquer modalidade de transporte, inclusive multimodal.

CIP (*Carriage and Insurance Paid to*) – Idêntico ao contrato anterior. Adicionalmente, o vendedor é responsável pelo pagamento dos prêmios do seguro (coberturamínima) durante todo o percurso do transporte.

O vendedor ficará responsável pelo desembarce aduaneiro das mercadorias para exportação.

Esse termo pode ser utilizado em qualquer modalidade de transporte, inclusive na multimodal.

Grupo D:

DAF (*Delivered at Frontier*) – Entregues na Fronteira: A responsabilidade é do vendedor e tal responsabilidade se completa quando a mercadoria já estiver desembaraçada para a exportação, devendo a mesma ser entregue em um ponto da fronteira indicado e definido de forma precisa. Essa mercadoria não ultrapassa a fronteira, sendo usualmente utilizado em transportes terrestres.

DEQ (*Delivered ex Quay*) – Entregue no Cais: Desembaraçado para exportação, mas não para a importação. Os custos são transferidos do vendedor para o comprador. É somente usada em hipótese aquaviária.

DES (*Delivered ex Ship*) – Entregue no Navio: A entrega da mercadoria é realizada a bordo do navio, logo, o vendedor completa suas obrigações. O desembarço tanto para exportação como para importação é responsabilidade do comprador. O vendedor assume todos os custos e riscos da viagem internacional. É somente utilizado em transporte aquaviário.

DDU (*Delivery Duty Unpaid*) - Entregues Direito Não pagos: Entrega de mercadorias dentro do país do comprador, descarregadas. Todos os riscos estão por conta do vendedor, até a entrega da mercadoria. A exceção encontra-se em gastos oriundos de pagamentos de direitos, impostos e outros encargos de importação.

DDP (*Delivery Duty Paid*) – Entregues Direitos Pagos: O vendedor cumpre com a negociação ao disponibilizar a mercadoria no país do importador com a mercadoria já desembaraçada e pronta para a importação, mas sem compromisso de desembarcar a mercadoria. Os riscos e custos oriundos de impostos e outros encargos estão por conta do vendedor até a entrega da mercadoria.

3 - CONTRATOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

3.1- Contrato de Construção – Empreitada

A indústria da construção pode ser classificada de várias maneiras. No Brasil, a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) divide a construção em edifícios e obras de infraestrutura⁴¹. A construção também pode ser segmentada em quatro grandes categorias, com base nos seus empreendimentos produzidos: construção residencial, construção comercial, construção pesada ou de infraestrutura e construção industrial⁴².

Neste trabalho, serão enfatizadas as obras de infraestrutura, especificamente o contrato de empreitada, que é bilateral. Constitui uma relação de obrigação contraída entre duas partes, em que cada parte condiciona sua prestação à contraprestação da outra. Por exemplo: o pagamento do preço acordado condicionado à entrega da obra.

Trata-se de um contrato consensual, na medida em que se aperfeiçoa com o acordo de vontades, independentemente de tradição. Não exige forma especial para sua validade. A forma é livre, em regra, mas aconselha-se fortemente a modalidade escrita. É, também, comutativa dada a equivalência mútua dos ônus e das vantagens. É, ainda, oneroso, pois ambas as partes obtêm um proveito, ao qual corresponde uma entrega. A onerosidade é da essência da empreitada, seja em dinheiro ou outra espécie, característica que o distingue da doação.

O contrato de empreitada é cumprido mediante uma série de atos subsequentes, necessitando de certo espaço de tempo para sua conclusão. Por isso, é considerado como trato sucessivo.

⁴¹ IBGE [Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística]. *Comissão Nacional de Classificação (Concla)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://concla.ibge.gov.br/>.

⁴² CLOUGH, Richard H., et al. *Construction Contracting: A Practical Guide to Company Management*. 8. ed. New Jersey: Wiley, 2015. ISBN 1118693213.

Além dessas características, Orlando Gomes⁴³ ensina que se trata de um contrato de execução única e, eventualmente, de duração, como nos casos em que o empreiteiro se obriga a produzir repetidamente a obra, executando-a em série, por unidades autônomas.

Na construção, o contrato é o instrumento regulador de um empreendimento, no qual estão inseridas as regras a serem seguidas pelas partes, bem como suas atribuições, e que possui o objetivo de fazer com que o empreendimento seja realizado dentro de parâmetros pré-acordados, como preço, prazo, qualidade, condições de pagamento e outras condições.⁴⁴

Portanto, abaixo os itens essenciais à formação de um contrato de empreitada⁴⁵.

3.1.1- Itens essenciais à formação de um contrato de empreitada

- Contraentes

Contraentes são as pessoas (físicas ou jurídicas) que entre si celebram um contrato para a execução de um escopo específico. O contrato deve trazer nome completo, endereço e Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) ou Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) das partes, dentre outras informações, de forma a especificar os contratantes.

- Objeto / Escopo e Documentos de Referência

O objeto da prestação de serviço consiste em uma obrigação de fazer, pois corresponde à prestação de uma atividade lícita, não proibida pela lei e pelos bons costumes, decorrente de energia humana aproveitada por outrem. Pode ser material ou imaterial.

O objeto deve transcrever a obrigação de fazer da parte contratada, correspondente a uma prestação de atividade lícita, não proibida por lei e pelos bons costumes. Em um contrato de empreitada, o objeto deve conter uma

⁴³GOMES, ref. 27.

⁴⁴RICARDINO, ref. 14.

⁴⁵CBIC [Câmara Brasileira da Indústria da Construção]. *Contratos de empreitada na construção*. Brasília: CBIC, 2019.

descrição sucinta e clara do projeto: o que será realizado, para quem ele será executado, sua localização e o regime de contratação. Essa descrição deve ser objetiva e completa, evitando-se termos generalistas que possam deixar dúvidas quanto a sua abrangência e ao que se espera receber ao final do contrato, sendo calcada em um bom projeto e uma boa especificação.

A definição do escopo é composta por uma descrição detalhada do projeto. Conforme disposto pelo *Project Management Institute*⁴⁶, seu principal benefício é descrever os limites das obrigações, ao definir o que deve e o que não deve ser feito. Serve como guia (ou ponto de referência). Em síntese, é o trabalho que será exigido do contratado para a realização do objeto.

Como o contrato é que rege o negócio, ele deve indicar de forma inequívoca e sem termos ambíguos qual é o escopo a ser cumprido. Logo, é fundamental que haja uma clara e cuidadosa descrição do escopo do trabalho no que diz respeito aos aspectos tanto técnicos dos serviços a executar quanto administrativos, econômico-financeiros e jurídicos, definindo-se, assim, não apenas a execução do escopo, como também as premissas consideradas na formação do preço.

Atualmente, tem sido cada vez mais comum a contratação de obras sem que nem mesmo o proprietário saiba exatamente o que deseja. Em contratos por administração isso até é possível, mas essa conduta nas demais modalidades de contratação abre espaço para a ocorrência de conflitos e disputas, levando a discussões intermináveis sobre o escopo, as condições de sua execução e o limite de responsabilidade de cada um, desgastando o relacionamento das partes e reduzindo muito as possibilidades de sucesso na implantação do projeto.

Documentos “mínimos” devem ser considerados para a definição da estratégia, dos métodos e do prazo de execução. Para que se tenha uma avaliação consistente do custo da obra e para a formação de um contrato de empreitada, projetos básicos, plantas, especificações e notas legais são essenciais. Os projetos e um cronograma básico são as bases dos documentos contratuais numa empreitada. Quanto mais especificados e

⁴⁶ PMI [Project Management Institute]. *Home*. Newtown Square: PMI, 2020 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://www.pmi.org/>.

detalhados, melhor a qualidade das propostas e menor a chance de conflitos e dúvidas durante a execução. As especificações da construção e as exigências do contratante também devem ser muito bem detalhadas.

A maioria dos projetos de empreitada passa por um processo para a formação do custo e valor. Eles são dimensionados e calculados com base nas diversas condições/premissas, normalmente, estabelecidas pelo cliente no edital de concorrência: exigências, cronograma, especificações técnicas, qualidade e local das obras, dentre outros itens.

Quanto mais bem detalhado o escopo e a qualidade das informações durante a fase de contratação, mais precisos os preços ofertados e menores as chances de ocorrerem problemas de interpretação durante a execução das obras. A falta de informações precisas relativas ao escopo prejudica a compreensão das responsabilidades e dificuldades às quais as empresas serão submetidas durante a execução das obras, o que dificulta o levantamento e o tratamento dos riscos na fase de formação da proposta, refletindo no aumento dos preços ofertados.

- Especificações

O empreiteiro deve executar as obras em conformidade com as especificações do contratante relativas a materiais, prazos e escopo, entre outros. Não cabe ao empreiteiro, por exemplo, alegar de boa intenção na utilização de um material alternativo ou na execução da obra com qualidade diferente daquela contratada. O proprietário da obra é quem decide qual material será empregado e a qualidade que deseja para seu empreendimento. Conforme descrito no Direito das Obrigações⁴⁷, o credor de coisa certa não é obrigado a receber outra em seu lugar. Como a entrega da obra trata-se de coisa certa, fica estabelecido o direito do contratante. Da mesma forma, o empreiteiro não é obrigado a executar algo para o qual não foi contratado. Se o proprietário da obra fizer alterações nas especificações ou introduzir modificações no projeto, respeitado o art. 621 do Código Civil (C. C.)⁴⁸ em

⁴⁷NORONHA, ref. 29.

⁴⁸BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 22-01-2002, p. 57 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

relação ao autor do projeto, o empreiteiro deve analisá-las e, executando-as, é dever do contratante pagar pelos serviços executados, como disposto no art. 619 do Código Civil⁴⁹.

- Obrigações, direitos e responsabilidades.

Os direitos e as obrigações devem constar no contrato de forma clara e objetiva, para que não surjam dúvidas durante a execução das obras quanto à abrangência e às responsabilidades das partes. Cuidados devem ser tomados para que os direitos e as obrigações sejam estabelecidos respeitando o princípio da equidade - isto é, a proporcionalidade no tratamento em relação às partes -, evitando, assim, que sejam considerados abusivos.

Um exemplo simples e efetivo para definir as obrigações dos contraentes é a matriz de responsabilidade, documento normalmente elaborado pelos contratantes ainda à época de concorrência, no qual são descritos, de maneira clara e objetiva, cada obrigação, dever e responsabilidade de uma parte para com a outra, em respeito ao negócio jurídico em questão.

- Prazos

Os prazos dos contratos de empreitada devem ser claros e compatíveis com o porte do empreendimento, sendo fator fundamental para o bom andamento dos trabalhos e o cumprimento das metas estabelecidas. Para assegurar que as ações ocorram de maneira tempestiva e, também, para uma boa gestão do planejamento, o contrato deve expressar, com apoio em um cronograma básico, não só os prazos e os marcos de responsabilidade do empreiteiro, como também aqueles de responsabilidade do contratante.

Um cronograma básico deve ser claro e razoável e considerar um método apropriado de execução, de acordo com o tipo do projeto. Sempre que possível, o contrato deve estabelecer em quais situações o prazo de execução e conclusão dos serviços poderá ser revisado e as regras para essa eventualidade.

⁴⁹ BRASIL, ref. 48, p. 57.

- Do Preço, Reajustamento, Mediação e Pagamento

Em um contrato de empreitada, o dono da obra obriga-se a pagar o preço ajustado, sem majoração, salvas as hipóteses de reajustamento de preços e de acréscimo de serviço. O regime de contratação, a data-base e as regras para o reajustamento de preços devem estar estipulados no contrato, bem como aquelas para os acréscimos de serviços. Caso contrário, poderá haver um longo percurso judicial para se provar o enriquecimento ilícito da parte que se aproveita do acréscimo ou da falta de reajustamento de preços.

O contrato deve trazer regras claras quanto aos critérios de medição e às condicionantes para a emissão, aprovação e pagamento dos documentos de cobrança, bem como os prazos a serem respeitados pelas partes.

O entendimento jurisprudencial reconhece que, havendo enriquecimento ilícito do proprietário decorrente de desequilíbrio econômico-financeiro, não pode prosperar o contrato nos termos anteriores. Em todo caso, para que o contrato se mantenha equilibrado e, assim, a execução do empreendimento possa manter seu curso normal, é importante que as partes, já na formação do contrato, formalizem previsão expressa para o reestabelecimento da equação econômico-financeira em caso de desequilíbrio, manifestando, dessa forma, a intenção de reverem as condições assumidas contratualmente.

A legislação também não desampara o dono da obra. Ela dispõe, no art. 620 do C.C.⁵⁰, que, caso a diminuição do preço do material e/ ou da mão de obra seja superior a 10% do preço global, poderá haver revisão do valor da obra a seu pedido. Trata-se da conjugação do princípio da obrigatoriedade dos contratos com o princípio da onerosidade excessiva. Fica clara a intenção do legislador de evitar o enriquecimento ilícito das partes, empreiteiro e dono da obra.

- Serviços extras e ordens de variação

Independentemente do tipo de contrato firmado entre as partes, fatalmente surgirão serviços extras, ou seja, serviços não previstos originalmente no documento contratual. Para tanto, fundamental se faz incluir

⁵⁰ BRASIL, ref. 48, p. 57.

no contrato a previsão para essa eventualidade e determinar os critérios básicos a serem adotados nesses casos.

É necessário que o contrato indique que qualquer alteração nas condições acordadas originalmente apenas poderá ser feita após acordo entre as partes, acordo este que deverá ser por escrito, assinado por ambas as partes e anexado ao contrato original. Na eventualidade de redução do escopo inicialmente contratado, as partes devem zelar para que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja mantido, promovendo, de boa-fé, os ajustes que se fizerem necessários para tanto.

O Código Civil⁵¹, em seu art. 619, traz a possibilidade de o empreiteiro exigir o acréscimo no preço estipulado, caso o dono da obra solicite, por escrito, modificações no projeto. O parágrafo primeiro vai além ao determinar que o dono da obra é obrigado a pagar pelas modificações executadas, mesmo que não tenham sido autorizadas por escrito, desde que ele esteja sempre presente à obra e as modificações sejam de tal forma visíveis que ele não possa alegar ignorância do que se passa e nunca tenha se manifestado ao contrário.

- Penalidades

As cláusulas de penalidades são de extrema importância, pois representam meios não só de ressarcimento de eventuais prejuízos, como também de inibição da inadimplência das partes. Porém, precisam ser bem estruturadas para terem o efeito a que se prestam.

Os contraentes podem definir limites para a aplicação de certos tipos de penalidades (por atraso parcial e/ou total e descumprimento desistência específica, dentre outros), os quais, se atingidos, podem ensejar a rescisão contratual por justa causa pela parte inocente. Tal situação é utilizada como mecanismo de defesa em diversos negócios jurídicos.

Alguns erros são comuns ao se definirem cláusulas de penalidades, dentre eles:

⁵¹ BRASIL, ref. 48, p. 57.

- Copiar cláusulas de outros contratos sem a devida adequação e avaliação de sua aplicação ao caso;
- Estabelecer multas sem correlação com o tipo de inadimplência, resultando, muitas vezes, em multas baixas e sem efeito ou altíssimas e, nesse caso, sem possibilidade de serem cobradas;
- Utilizar-se de expressões genéricas para a aplicação de penalidades, tais como “o descumprimento de qualquer obrigação importará a multa de...”;
- Deixar de avaliar quais os aspectos técnicos que, descumpridos, realmente demandam a aplicação de penalidades;
- Estipular penalidades de forma unilateral, ocasionando desequilíbrio entre os direitos das partes, em franca violação ao dever de agir com boa-fé na elaboração e condução dos contratos.

- Aceite e conclusão

O ato de averiguar a solidez dos serviços prestados quando da entrega parcial ou total da obra é de suma importância, pois, aceitando-se a obra boa e perfeita, nenhuma reclamação poderá ser solicitada por quem a encomendou, a menos que se trate de vícios ocultos ou redibitórios que não ficarão descobertos pelo simples recebimento.

É obrigação do dono da obra receber, desde que ela tenha sido executada conforme os padrões e projetos contratados. No caso de alguma anomalia, poderá rejeitá-la ou recebê-la com abatimento do preço.

Os contratos devem estabelecer claramente a forma e os prazos para a entrega e o recebimento das obras. A recusa do dono da obra de recebê-la configura sua mora (inadimplência), passando a responder por todos os seus efeitos, inclusive pelos decorrentes e seu perecimento fortuito. Ao empreiteiro é assegurado o direito de consignar judicialmente a coisa e cobrar a contraprestação ajustada, somada das despesas de manutenção e conservação da obra.

- Garantias

Em um contrato de empreitada, podem existir garantias além daquelas estabelecidas pela legislação, visando proteger o contratante quanto à “*performance*” do contratado, ao cumprimento das obrigações contratuais ou a um montante financeiro pago adiantadamente sem a correspondente garantia física executada, dentre outras. Como consequência da reciprocidade das prestações nos contratos bilaterais, os instrumentos jurídicos podem prever também garantias a serem prestadas pela contratante em relação ao contratado. Para isso, em relação aos contratos de empreitada, existem diversas opções de garantia. Dentre elas, destacam-se: seguro garantia, emitido por seguradora (modalidade mais comum); carta de fiança bancária, emitida por instituição financeira; e garantias em espécie.

As modalidades do seguro garantia mais utilizadas são:

- **Seguro garantia do licitante:**

Garante a indenização se o tomador adjudicatário, após vencer a concorrência, deixar de assinar o contrato de execução ou de fornecimento previsto no edital de licitação. Dita garantia é comumente exigida em licitações públicas.

- **Seguro garantia para construção, fornecimento ou prestação de serviços (Seguro *Performance Bond*):**

Garante a indenização dos prejuízos decorrentes do inadimplemento do tomador em relação às obrigações assumidas em contratos de construção, fornecimento ou prestação de serviços firmados entre ele e o segurado. Foi criado com o objetivo de garantir a execução completa do objeto contratual, sendo que, no caso de inadimplemento do tomador, os custos de execução passam a ser da seguradora, que poderá contratar terceiros para o fiel cumprimento contratual ou indenizar o proprietário da obra.

- **Seguro garantia de retenção de pagamento:**

Garante a indenização dos prejuízos causados pelo tomador, em razão do inadimplemento de suas obrigações vinculadas às retenções de pagamentos previstas no contrato principal e substituídas pela garantia em julgo.

- **Seguro garantia de adiantamento de pagamento:**

Garante a indenização dos prejuízos decorrentes do inadimplemento do tomador em relação aos adiantamentos de pagamentos concedidos contratualmente pelo segurado e que não tenham sido liquidados na forma prevista, conforme o contrato de execução.

- **Seguro garantia de manutenção corretiva:**

Garante a indenização dos prejuízos decorrentes da inexecução pelo tomador, dentro de prazo previamente acordado, das ações corretivas apontadas pelo segurado que sejam necessárias para a correção de distúrbio ocorrido por responsabilidade exclusiva do tomador.

- **Seguro garantia imobiliário:**

Também é conhecido como “seguro-garantia de conclusão de obra” ou “seguro garantia para licenciamento das construções de prédios residenciais e comerciais”, assegura que o construtor executará a obra nas condições fixadas no memorial de incorporação, garantindo a entrega do imóvel naquelas condições ou, eventualmente, após acordo, a devolução das importâncias recebidas. O objetivo perseguido é garantir a conclusão da obra, e não a devolução de recursos. Nesse caso, a seguradora passa a ser uma terceira envolvida no processo construtivo. Muitas vezes, fiscaliza/acompanha o andamento da obra, sendo proativa na solução de atrasos por parte do tomador.

- **Seguro de risco de engenharia:**

Garante a indenização por prejuízos ocorridos nas construções (com ou sem fundações). Dependendo do tipo de contratação, traz proteção

total/cobertura contra vários tipos de danos materiais causados à obra (desmoronamento, incêndio, explosão e intempéries, dentre outros), danos em consequência de erro de projeto, despesas extraordinárias, tumultos, greves, desentulho de local, danos que possam ser causados a terceiros decorrentes dos trabalhos de execução da obra, instalações provisórias, responsabilidade civil geral (danos contra terceiros), responsabilidade civil do empregador, danos morais em decorrência de responsabilidade civil, lucros cessantes em decorrência de responsabilidade civil, danos a propriedades vizinhas e obras concluídas e a equipamentos e móveis, honorários de perito, contenção e salvamento de sinistros, além de outras coberturas.

O dono da obra pode preferir contratar o chamado “seguro guarda-chuva”, que cobre os riscos de engenharia para todo o empreendimento, inclusive as contratadas e subcontratadas envolvidas no processo de construção e implantação. Tal situação, porém, deve ser vista com atenção pelas empresas, pois as franquias estipuladas na apólice de seguros no caso de sinistros podem ser até mais onerosas que o próprio valor do contrato, já que o valor segurado levará em conta o desembolso financeiro de todo o empreendimento, e não apenas a parte de responsabilidade individual do contratado.

- Solução de Controvérsias

Nos contratos de empreitada, em geral, os contratantes ainda têm preferido a via judicial para a solução de controvérsias. Todavia, em função do extenso prazo para a solução, do alto custo e, principalmente, do desgaste que provoca no relacionamento das partes, essa alternativa tem sido cada vez mais substituída pelo uso da arbitragem.

A arbitragem, como caminho para a solução de controvérsias, evoluiu muito no Brasil nos últimos anos, principalmente após sua regulamentação, em 1995, representando uma maneira eficiente, célere, rápida, conduzida por profissionais altamente qualificados e menos formal que a ação judicial.

A inserção nos contratos de uma cláusula arbitral compromissória está cada vez mais presente. Mas isso requer atenção e cuidados, para não se deixar de colocar na cláusula compromissória de arbitragem os requisitos

necessários, dentre eles: indicação da Câmara de Arbitragem que melhor atenda as partes, idioma no qual a arbitragem será conduzida, número de árbitros, local da arbitragem e se a questão será resolvida por equidade ou pelo direito vigente, dentre outras situações capazes de elucidar as reais vontades dos contraentes.

- Suspensão e extinção da empreitada

• Suspensão da empreitada

O art. 625 do Código Civil⁵² estipula as situações em que o empreiteiro poderá suspender a obra. São elas:

- Por culpa do dono ou por motivo de força maior;
- Quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução resultantes de causas geológicas ou hídricas ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa e leve o dono da obra a se opor ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado;
- Se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço. Essas situações dependem de comprovação para serem solicitadas. Além delas, aplicam-se aos contratos de empreitada as hipóteses das regras gerais de suspensão dos contratos, as quais, por não serem objeto deste trabalho, não serão abordadas.

• Extinção da empreitada

O contrato de empreitada pode ser extinto de diversas formas. A maneira mais esperada e natural é por meio de sua conclusão, com a entrega da obra e o recebimento do preço. Todavia, tais contratos também poderão ser extintos em quaisquer das seguintes situações:

- Morte do empreiteiro nos casos de contratos personalíssimos como aqueles que levam em consideração a pessoa da parte contratada, baseando-se, geralmente, na confiança que o contratante tem no contratado. Só ele pode

⁵² BRASIL, ref. 48, p. 58.

executar sua obrigação. Exemplo: procuração outorgada à pessoa de confiança do mandante;

- Resilição bilateral, exercendo a autonomia da vontade;
- Resolução, se um dos contraentes deixar de cumprir sua obrigação;
- Resilição unilateral, por parte do dono da obra;
- Excessiva onerosidade superveniente da obra;
- Extinção do objeto, por força maior ou caso fortuito;
- Falência do empreiteiro ou insolvência do proprietário.

Tendo visto acima as cláusulas pertinentes que devem contar em um contrato de empreitada, vejamos agora a importância de se destacar que há uma distinção básica entre os contratos celebrados com empresas privadas (“contrato de direito privado”) e os contratos em que a parte contratante é uma entidade do setor público (“contrato administrativo”).

Gonzalez⁵³ separa os contratos privados em dois tipos: os contratos de construção e os contratos de incorporação imobiliária. Conceitua, também, que os contratos de construção podem ser firmados por empreitada ou por administração.

No Brasil, o contrato administrativo se baseia na Lei nº 8.666/93⁵⁴. Portanto, no artigo 10, encontra-se a forma de execução de obras e serviços, ou seja, poderão ser várias formas de execução direta ou de execução indireta, admitindo quatro regimes para esta última, empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral.

É o que veremos a seguir.

3.1.2 - Tipos de Empreitadas

3.1.2.1 - Empreitada por preço global

⁵³ GONZALEZ, Marco Aurélio Stumpf. *Os contratos de empreitada e de incorporação imobiliária: uma exposição das principais características*. In: ENCONTRO NACIONAL DE TECNOLOGIA DO AMBIENTE CONSTRUÍDO, 7., 1998, Florianópolis. Anais [...]. Florianópolis: ANTAC, 1998. p. 483-490.

⁵⁴ BRASIL, ref. 3.

A construtora paga à empreiteira um preço fixo para a execução da obra completa. Se necessário, deve arcar com os custos extras, como aumento de preço de materiais ou gastos excedentes.

É o contrato mais prático e o que oferece menos riscos. Nesse tipo de transação, o cliente realiza o pagamento de um valor fixo pré-determinado e, dessa forma, a construtora executa a obra completa, do início até o acabamento.

É importante que o objetofim e os procedimentos durante o decorrer de toda a obra estejam definidos e incluídos no ajuste. Qualquer alteração que não esteja prevista no acordo poderá onerar o cliente, gerando, assim, o desgaste da relação entre as partes.

A desvantagem desse tipo de contrato é a carga tributária imposta, fator que encarece todos os serviços. A nota fiscal emitida pela construtora inclui diversos impostos sobre o preço da obra, tais como PIS, COFINS e ISS.

3.1.2.2 - Empreitada por preço unitário

Nesse tipo de contrato, são definidos os serviços a serem realizados e os preços unitários (por unidade de medida) do material necessário. O preço final é calculado a partir da multiplicação entre o total do preço dos serviços executados e a quantidade de itens utilizados.

A maior vantagem para o dono da obra é poder modificar o projeto, diminuí-lo ou aumentá-lo com maior liberdade. Porém, a variação do que foi contratado deve ser limitada, sob pena de se descaracterizarem as bases consideradas na formação dos preços. Caso um percentual de variação não seja estabelecido no contrato, ficam as regras gerais estabelecidas no Código Civil (arts. 317, 421, 422 e 478)⁵⁵. Essas características têm tornado o contrato a preços unitários o mais comumente utilizado em obras industriais no Brasil, já que são raras as ocasiões em que o proprietário da obra possui as especificações do projeto no nível de detalhamento necessário para utilizar a modalidade de empreitada a preço global.

⁵⁵BRASIL, ref. 48.

3.1.2.3 - Empreitada por tarefa

A tarefa ocorre quando se contrata mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo ou quando ocorre tarefa de obra ou serviço de pequena monta, e a administração pode ou não fornecer o material.

3.1.2.4 - Empreitada integral

Quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação [...].⁵⁶

No caso da contratante ser entidade ou órgão público, no escopo da contratada não pode figurar a elaboração do projeto básico, pois a existência deste constitui requisito indispensável à realização da licitação.⁵⁷

Em caso de contratação de obra ou serviço público, quando o contratante é a administração pública e o contratado uma empresa privada, o contrato é chamado de administrativo, e tem características peculiares, pois os interesses públicos se sobrepõem aos interesses privados, representados pela outra parte do contrato.

Pedrosa⁵⁸, referindo-se aos contratos de empreitada, reitera, porém, que a administração pública pode alterar o projeto e as condições de execução do contrato, porém, não pode trazer desequilíbrio financeiro, prejudicando o contratado.

Depois de verificados os quatro regimes de empreitada, podemos dizer que os empreendimentos de construção são, por natureza, complexos, caros, longos e fragmentados. A complexidade tecnológica de suas atividades pode contemplar desde trabalhos com materiais simples e conhecidos até instalações altamente detalhadas com múltiplos sistemas interligados. Independentemente das características tecnológicas específicas de cada caso, qualquer empreendimento de construção também envolve altos níveis de

⁵⁶BRASIL, ref. 3, pp. 02-03.

⁵⁷BRASIL, ref. 3, p. 06.

⁵⁸ PEDROSA, Verônica de Andrade. *Reivindicações em contratos de empreitada no Brasil*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

complexidade organizacional, que decorrem da contribuição de muitas profissões e habilidades especializadas no processo de construção⁵⁹, além de variadas matérias e disciplinas incorporadas, desde requisitos legais, conceitos e institutos econômico-financeiros, normas sobre meio ambiente, segurança do trabalho, saúde ocupacional, entre outros.

Sendo assim, reclamações, divergências, contestações e disputas são eventos normais de um contrato. Mesmo com todas as precauções tomadas na formação de um contrato, geralmente, este não é perfeito diante da complexidade que envolve seu escopo, tornado notoriamente possível o surgimento de lacunas durante sua concepção. E, certamente, não contemplará todas as possibilidades de situações e soluções para os desvios que ocorrerão ao longo de sua execução, gerando divergências que precisarão ser resolvidas, imediata e racionalmente, de forma a não comprometer o objetivo principal do contrato. Invariavelmente, os contraentes precisarão acertar questões de mudança de contrato, extensão de tempo, desequilíbrios, alterações de escopo/especificações e alterações de condições preestabelecidas, dentre outras, de forma a ajustar o contrato à realidade executiva imposta pelas novas condições.

Em caso de surgimento dos desvios, deve-se imediatamente iniciar um processo de acerto e adequação às novas condições, buscando-se soluções que não interfiram no andamento do projeto nem tragam prejuízos a nenhuma das partes. Geralmente, quanto mais longo o processo de acerto, mais caro e desgastante ele é⁶⁰.

Portanto, na tentativa de elaboração de um Contrato de construção, com cláusulas mais completas, surge a necessidade de ter como base de estrutura um dos modelos de contrato de construção mais usado internacionalmente, ou seja, o da Fédération Internationale des Ingénieur-Conseils (FIDIC).

Entretanto, a adoção de contratos padronizados na construção civil está muito disseminada internacionalmente, sendo ainda pouco utilizada nos contratos submetidos à legislação brasileira ou para serem cumpridos no

⁵⁹ HUGHES, Will, CHAMPION, Ronan, MURDOCH, John. *Construction Contracts: Law and Management*. 5. ed. Abingdon: Routledge, 2015. ISBN 0415657059.

⁶⁰ CBIC, ref. 45, p. 35.

Brasil. Existem tentativas de tradução do mais importante desses padrões, os contratos modelo FIDIC, e alguns cursos e seminários para treinamento em sua utilização já foram aqui realizados⁶¹.

Quando se fala em FIDIC, não podemos deixar de fazer uma leve comparação entre contrato for EPC/ Turnkey e contrato de empreitada, pois apesar de possuírem características similares, afinal os dois têm como foco basicamente a consecução da obra, o EPC possui raízes na empreitada, mas com fortes influências externas e faces mais complexas⁶².

Há ainda diferenças entre os dois contratos, por exemplo⁶³:

Empreitada – material opcional (art.610); projeto sem execução obrigatória (art.610,§2º); alterações em regra, que dependem da autorização do dono da obra; risco de execução por conta do dono da obra em fornecimento mão de obra (art.612); responsabilidade pós-obra: empreiteiro responderá por solidez e segurança por cinco anos após o término da obra (art. 618 e 622); outros.

EPC – material incluído; projeto com execução obrigatória; alterações de projeto que não reflitam em preço e *performance* não interferem no contrato; risco do epecista, salvo disposição em específica;a responsabilidade pós-obra, o epecista responde pela solidez, também pelo desempenhado empreendimento; outros.

A empreitada integral da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93⁶⁴) constituiu um ponto de partida para a discussão do contrato de EPC no Brasil. Todavia, tal iniciativa depende ainda de uma concretização maior para que se possa falar de um regramento típico desse instituto entre nós.

Visto isso, em virtude de sua larga utilização na prática e da relevância que o setor da construção representa no cenário da economia nacional, incumbe ao nosso legislador a tarefa de dar continuidade à iniciativa tomada

⁶¹ CORBETT, C. F. Commentary by Corbett. *Western Journal of Nursing Research* [online]. SAGE Journals. Abril 2008, 30(3), 342-344. [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://doi.org/10.1177%2F0193945907303108>.

⁶² CARMO, Lie Uemado. *Contratos de Construção de grandes obras*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 173.

⁶³BRASIL, ref. 48.

⁶⁴BRASIL, ref. 3.

pela Lei nº 8.666/93⁶⁵, de se estabelecer um regramento específico para a empreitada integral (sob o regime de “virar as chaves” ou contrato de EPC).

Quanto a contratualização e gestão contratual do projeto tipo EPC, em regime “TURNKEY”, em modelo tipo “SILVER BOOK” (LIVRO PRATA)

Esse contrato em si é a grande ferramenta de gestão contratual, que se encontra ao dispor em todo o processo de execução do projecto, desde o seu início até à recepção definitiva do projecto.

Tendo por base, por exemplo, a realização de um contrato comercial, com as áreas principais a considerar, compreendendo os seguintes pontos principais da minuta de acordo de contrato, composta ainda pelos devidos anexos:

- Identificação das partes;
- Especificação dos fornecimentos, obras ou serviços a serem prestados;
- Conformidade com a especificação;
- Prazo;
- Preço e pagamento;
- Lista de documentos apensos nos anexos, dos quais se incluem o seguinte:
 - Danos e prejuízos (para fornecimentos ou obras durante o transporte ou durante a execução, aos trabalhadores, a terceiros, bem como a propriedade intelectual);
 - Questões Sociais e Ambientais; o Término (danos por atraso, danos de desempenho; padrão; rescisão; segurança);
 - "Cláusulas Automáticas" (lei do contrato, linguagem do contrato, ordem de precedência, divisibilidade, dispensa, atribuição, emenda, avisos);
 - Resolução de contrato;

⁶⁵ BRASIL, ref. 3.

4- A ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO BRASIL

4.1- Breve histórico do Mercado Internacional e a necessidade da Arbitragem

Primeiramente, para um bom entendimento a respeito da necessidade da arbitragem no mercado internacional e no mercado interno, como alternativa de solução de conflitos em um contrato de construção civil, é de extrema importância fazermos um breve relato a respeito da *Lex Mercatoria*, começando pelo sistema conflitual, pode-se dizer que este é o sistema que o legislador criou para determinar a lei aplicável quando existe um conflito de leis no espaço.

O direito internacional privado e o sistema conflitual são normas peculiares e têm a função de determinar a lei aplicável a um contrato internacional. É importante estabelecer uma conexão, eleger a mais viável, aquela que o legislador entendeu como a lei mais apropriada para regimentar o contrato, mas o sistema conflitual varia no mundo, varia de estado para estado, ou seja, as normas de conflitos, os critérios individualizadores, os critérios orientadores e os critérios indicadores da lei aplicável aos contratos internacionais, não são os mesmos no Brasil, não são os mesmos em Portugal e em nenhum outro país.

Sendo assim, isso gerou alguma insegurança para o comércio jurídico internacional, e mais, há algo importante na era da globalização, que é a discussão se pode ou não aplicar ao contrato internacional uma lei estadual. Portanto, há uma especificidade nos mesmos, que o legislador interno não

positivou, não previu, porque não pensou na contratação internacional, só criou lei para seu ordenamento interno.

Portanto, questão fundamental é se as leis estaduais são adequadas aos contratos internacionais e se tutela os interesses internacionais do comércio internacional.

Visto isso, conclui-se que as leis estaduais não foram pensadas para serem aplicadas aos interesses do comércio internacional. Desse modo, nota-se que uma compra e venda interna não é igual a uma compra e venda internacional, uma vez que nesta última há sua especificidade, deve-se ter outros tipos de ferramentas para, de alguma forma, incutir a previsibilidade e a segurança jurídica nesse tipo de relação.

O sistema conflitual em Portugal, em matéria de contratos, as normas de conflitos dos estados membros são encontradas nas normas de conflitos europeias, ou seja, da União Europeia. Mas o problema da contratação internacional é o mesmo, ou seja, uma norma de conflito, seja de fonte estadual, seja de fonte europeia, é a mesma, pois nos leva sempre ao direito estadual, aplicável em um contrato internacional com as limitações que o direito estadual tem para regimentar os contratos internacionais. A maioria dos contratos internacionais nem sequer está positivada nas leis dos estados, fala-se do contrato de transferência de tecnologia, do contrato de engenheiro, de *joint venture*, de outros tantos que não têm regimentação em muitos dos ordenamentos jurídicos. Portanto, significa que não poderemos continuar a aplicar o regime da compra e venda a todos os contratos. Assim, certamente as coisas não ficam bem regimentadas, os contratos não ficam tutelados entre si.

O sistema conflitual brasileiro e suas vicissitudes encontram-se na Lei de Introdução⁶⁶, no artigo 9º, e não prevê sequer o princípio da autonomia da vontade para os contratos internacionais, princípio este que é o centro da contratação internacional, é o princípio basilar do comércio internacional, mas a

⁶⁶BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 09-09-1942, pp. 136-135 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm.

Lei da Arbitragem de 1996⁶⁷, com reforma em 2015, prevê no seu artigo 2º o princípio da autonomia da vontade na arbitragem, de modo que pode haver aqui algum equilíbrio.

Destaca-se que em matéria de contratação internacional é possível a escolha da lei aplicável no contrato. Porém, no Brasil, não é admitido, tendo em vista não constar nas normas introdutórias tal permissão, o que gera problemas.

Sendo assim, caso as partes de um contrato queiram contratar com outro estado, ou seja, uma empresa nacional celebrar um contrato internacional com outra empresa, no momento da escolha da lei que irá reger o referido contrato, irá iniciar uma situação desconfortante. Verifica-se aqui um sistema conflitual, e isso ocorre tanto no Brasil como na Europa, a Lei Estadual não foi criada para atender o comércio Internacional.

Em contrapartida, nos sistemas de *common law*, os órgãos legislativos e os tribunais são menos propensos a interferir nas cláusulas do contrato, bem como a amparar a parte lesada pelo inadimplemento. Na conceitualização de Ian Macneil⁶⁸ sobre as dimensões da liberdade contratual, o *common law* favorece apenas uma versão estreita dessa liberdade, no sentido de ausência de restrições (*freedom from restraint*).

Portanto, enquanto na tradição *common law* os órgãos legislativos e os tribunais são menos propensos a interferir nas cláusulas de um contrato internacional, a tradição romano-germânica consagra com maior força a outra faceta da liberdade contratual, o “poder contratual” (*power of contract*), que consiste na capacidade de assegurar sanções jurídicas para o incumprimento⁶⁹.

Tendo em vista o que foi dito a respeito de conflitos, podemos citar alguns conceitos de disputas e conflitos, e especificamente em contrato internacional de engenharia, para podermos verificar em seguida a lei aplicável.

⁶⁷ BRASIL, ref. 1.

⁶⁸ MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. *Southern California Law Review* [online]. 1974, 47, 691-816. [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/MacNeil-I.-1973-1974-%E2%80%98The-Many-Futures-of-Contracts%E2%80%99.pdf>.

⁶⁹ MACNEIL, ref. 68, p. 745.

Para Kumaraswamy⁷⁰, a disputa surge quando uma assertiva de uma parte é rejeitada pela outra e essa rejeição não é admitida.

A definição de disputa proposta pelo Institution of Civil Engineers Arbitration Procedure é bastante próxima, trazendo ainda o termo “claim” ou reivindicação. Henry Brown e Arthur Marriot⁷¹ definem a disputa como um tipo de conflito que se manifesta de maneira autônoma e envolve o desentendimento sobre aspectos que precisam ser solucionados com a intervenção de terceiros.

Nesse sentido, Richard John Gebken II⁷² pondera que a disputa corresponde a uma questão que não é passível de ser solucionada pelo pessoal do canteiro de obras, mas necessita da intervenção de terceiros para ser equacionada. Esse autor destaca que, enquanto os conflitos são inevitáveis no contrato de construção civil, as disputas podem ser evitadas ou ao menos mitigadas mediante progressos contratuais ou mecanismos adequados de gestão das desavenças. Entretanto, quando as disputas surgem, há uma pleora de alternativas para solucioná-las.

Hughes, Champion e Murdoch⁷³ ponderam que o contrato de construção civil, tal como qualquer outro tipo de contrato, envolve promessas e compromissos a serem adimplidos pelos signatários, com o objetivo de produzir uma obra de engenharia sob condições de preço, de prazo e técnicas estipuladas contratualmente. As disputas podem surgir a partir de desentendimentos sobre a interpretação das cláusulas contratuais, sobre aplicação ou não de uma lei ou regulamento ao contrato ou, ainda, sobre condições não claramente previstas ou mesmo imprevistas, em especial aquelas relacionadas com as efetivas condições do local de implantação da obra as quais podem ser muito distintas daquelas previstas originalmente.

Visto isso, podemos analisar qual seria a lei aplicável aos contratos internacionais, sendo que existem vários mecanismos, várias convenções.

⁷⁰ KUMARASWAMY, Mohan Maheswaran. Conflicts, claims and disputes in construction. *Engineering, Construction and Architectural Management* [online]. MCB UP Ltd. 1997, 4(2), 95-111. [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://doi.org/10.1108/eb021042>.

⁷¹ BROWN, Henry, MARRIOT, Arthur. *ADR: principles and practice*. 2nd ed. London: London Sweet & Mawell, 1999, v. 1. ISBN 0421579609.

⁷² GEBKEN II, Richard John. *Quantification of transactional dispute resolution costs for the U.S. construction industry*. Tese de Doutorado, Universidade do Texas em Austin, Austin, 2006.

⁷³ HUGHES, CHAMPION, MURDOCH, 2015, ref. 59.

Podemos citar a convenção de Viena sobre a compra e venda de mercadoria, que o Brasil ratificou em 2014⁷⁴, mas existem outros instrumentos, sendo um deles os princípios UNIDROIT, que é um instituto que vem ao longo dos anos regulando regras para disciplinar a contratação internacional, mas de uma forma harmônica, harmonizando o regime da contratação internacional. No fundo, queriam e conseguiram um instrumento capaz de prevenir futuros litígios e implementar, dinamizar a segurança jurídica dos operadores do comércio internacional.

Quando se fala em princípios UNIDROIT, estamos falando de soft law, em contraposição com hard law. Hard Law é o direito positivo dos estados, é o direito vinculativo, pouco flexível, que tem aplicação uniforme a todos os casos. Por outro lado, o soft law é flexível, não vinculativo, aplicável apenas quando e como for útil no caso concreto, muitos o conhecem como *lex mercatoria*, *new law merchant*. Este corresponde a um novo corpo normativo bastante amplo no que tange ao seu conteúdo, compreendendo usos e costumes (direito consuetudinário), modelos jurídicos: contratos autonormativos, contratos atípicos, jurisprudência, princípios gerais do direito e, em especial, os princípios gerais em matéria contratual. Por último, direito harmonizado, unificado e uniforme da contratação internacional.

Em muito tempo, o comércio internacional começou por se disciplinar com base em usos e costumes do comércio internacional no setor dos vinhos, das carnes, do petróleo, foi enraizando os seus usos e costumes, capazes de regimentar a relação entre os operadores dentro do setor do mercado. Os franceses são pioneiros na abordagem dessa *lex mercatoria*, foram evoluindo através dos tempos e, depois, algumas organizações internacionais como as Convenções das Nações Unidas, o Instituto Unidroit e mesmo as Convenções de Haia para um direito internacional privado, têm contribuído para uma criação de regras harmonizadas e capazes de disciplinar o comércio internacional.

Ressalta-se a necessidade de se fazer um reparo. Quando falamos de Unidroit, *lex mercatoria*, INCOTERMS (termos do comércio internacional), constituem regras oficiais da Câmara do Comércio Internacional de Paris (CCI)

⁷⁴BRASIL, ref. 4.

para a interpretação de termos comerciais usados nos contratos relativos a transações transnacionais.

Portanto, quando há mudanças, como quando a Câmara do Comércio Internacional de Paris elabora algumas transformações ao longo dos anos com novas edições, no fundo, isso é direito flexível e não vinculativo. Será que se o contrato internacional, ao surgir um litígio e se esse litígio for submetido ao judiciário, o judiciário pode aplicar *soft law*? Pode aplicar direito não vinculativo? O judiciário tem resistido em aplicar o *soft law*? Parece que não. A tendência é usar direito positivo: o Hard Law.

Destaca-se que a expressão “Regras Internacionais de Comércio” compreende não só tratados internacionais de comércio, mas também normas desenvolvidas por organismos não estatais de renome e compilações de regras amplamente aceitas no comércio internacional com origem nos usos e costumes, tais como os “Princípios de Contratos Comerciais Internacionais” da UNIDROIT. Podem haver, portanto, pontos de interseção com os princípios gerais de direito.⁷⁵

Visto isso, nota-se que as regras mais consentâneas com o comércio internacional, que foram criadas para disciplinar a contratação internacional de princípio unidroit, não são só para compra e venda, são para todos contratos internacionais. Por isso, chamam-se princípios. Porém, são regras básicas sobre contratações internacionais, tão básicas que têm influenciado as nações no mundo, os legisladores nacionais, e depois são adaptadas a cada contrato internacional com as especificidades dos contratos internacionais. Não podemos esquecer que há contratos sem lei, contratos que a primeira lei é ele mesmo, é o seu regime, se auto regulam, e isso no comércio internacional é uma realidade. Se for submetido um litígio de um contrato sem lei ao judiciário, o que ele faz? Aplicará a lei, é claro, do seu ordenamento. Há, então, um desfazimento entre a dinâmica de um comércio internacional e entre a dinâmica da contratação internacional e a lei aplicável. Portanto, temos que evidentemente reparar, refletir e, de alguma forma, analisar, no fundo, qual é

⁷⁵ MAIA NETO, Francisco, MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Reforma da Lei da Arbitragem – Comentários ao texto completo*. Belo Horizonte: Edição dos Autores, 2015. p. 29. ISBN 978-85-69640-00-4.

ou quais são as regras capazes de disciplinar, de modelar e de tutelar os interesses das partes envolvidas.

Há várias regras, há usos e costumes e há regras de entidades internacionais. Por isso, fala hoje, não de *lex mercatoria*, mas de *new law merchant*, porque *lex mercatoria* era só usos e costumes no comércio internacional. Com essa proliferação pseudo legislativa de organizações internacionais, digamos que elaborando regras para regular o comércio internacional, isso deu origem àquilo que chamamos de *new law merchant*, nova *lex mercatoria*, *soft law*, direito flexível capaz de regular a contratação internacional, assim, o contrato internacional tem a sua problemática, ou seja, a lei reguladora do contrato internacional deve ser indicada pela via conflitual, ou deve-se escolher um corpo de regras internacionais, que não pertença a um estado, como os princípios UNIDROIT, como tantas outras regras, como as regras da FIDIC, para construção internacional, para obras de grandes invergadas.

Então, passando do sistema conflitual, que é delimitador apenas dos sistemas estaduais ou do direito estadual, para o *soft law*, que é direito não vinculativo, e se o judiciário pode ou não aplicar esse direito não vinculativo, a esse *soft law* só resta a arbitragem. Então, surge a importância da arbitragem, do árbitro, a arbitragem internacional, porque ele não está vinculado, foi um modelo inspirador para o comércio internacional, para as partes envolvidas, ele próprio permite que os árbitros possam aplicar o direito não estadual, o tal conjunto de regras internacionais. O árbitro estará para aplicar o direito mais apropriado para o litígio, sendo que o direito mais apropriado é o que for capaz de dar a segurança jurídica de incutir dinâmica do comércio internacional. Se olharmos para Convenção de Viena, de 1980, aquela que o Brasil ratificou em 2014⁷⁶.

Percebe-se que a intenção do legislador não é a quebra do contrato, mas a manutenção do contrato, o não rompimento das relações entre as partes. É isso que se quer, é a preocupação que entendemos que deve ser enfatizada no comércio internacional e não haver rompimento, e as partes se pautarem

⁷⁶BRASIL, ref. 4.

em boa-fé. A boa-fé tem que ser intrínseca no contrato, *pacta sun servanda*, à manutenção do contrato, porque se o contrato se romper, os vínculos contratuais se romperem, isso acaba por causar prejuízos enormes entre as partes. Se pensarmos no contrato de engenheiro, contrato de infraestrutura, conclui-se que é um contrato de bilhões de dólares, de grande complexidade, e se houver rompimento ou suspensão dos trabalhos na obra, isso acarreta danos irreparáveis. Então, há que tentar manuseamento.

Destaca-se que o que falta à *lex mercatoria* ainda, é a necessária segurança jurídica encontrada nos sistemas jurídicos estatais, que não se modifica pela simples alteração dos costumes; costumes que se apresentam em constante alteração pela dinâmica comercial internacional. Entretanto, não se pode negar a evidência de que a nova *lex mercatoria* se apresenta como um sistema normativo (embora não estatal) capaz de atender às necessidades daquele comércio.

Chega-se aqui ao ponto crucial deste trabalho, que é o momento da utilização de um meio alternativo de disputa, ou seja, na elaboração de um contrato internacional, quando uma das partes é uma empresa brasileira e ambas têm interesse em colocar uma cláusula compromissória de arbitragem, é importante estarem em comum acordo. Sendo assim, as partes podem escolher as regras aplicáveis à solução do mérito do litígio, desde que isso não implique em ofensa à ordem pública e/ou aos bons costumes. Esse permissivo autoriza não só a eleição da lei de países estrangeiros, como também de normas para reger o mérito que não sejam propriamente ordenamentos jurídicos, tais como princípios gerais de direito, usos e costumes, regras internacionais do comércio e até mesmo julgamento por equidade.

Nesse ponto, faz-se uma distinção entre a lei aplicável ao contrato, a lei que rege o procedimento de resolução de conflitos e a lei da aplicação das sentenças arbitrais. Essa distinção é importante, pois é geralmente aceito que a lei aplicável ao procedimento de resolução de conflitos é a lei do tribunal, jurisdição, onde o litígio ou arbitragem ocorre. Como tal, pode-se verificar que, no mesmo contrato, a lei aplicável ao contrato e a lei aplicada ao procedimento de resolução de conflitos sejam distintas e pertencentes a jurisdições

diferentes. Essa distinção não é fácil, pois os conceitos gerais do procedimento incluem, entre outras coisas, áreas de evidência, assistência dos tribunais e, em alguns casos, as regras de limitação.

Um árbitro nomeado para determinar uma disputa numa arbitragem comercial internacional pode entender que a lei aplicável ao contrato é diferente da lei aplicável aos processos de arbitragem interna. Normalmente, as arbitragens são deslocalizadas, sendo regidas pelo direito processual da jurisdição onde os processos de arbitragem são realizados. Como tal, define-se local de arbitragem como sendo tecnicamente a sede da arbitragem. Em muitos casos, a escolha da sede de arbitragem cabe ao árbitro ou a uma terceira parte (como a autoridade designada para a escolha do árbitro).

A autoridade designada para escolher o árbitro deve ser uma instituição, por exemplo, o Tribunal Internacional da Câmara do Comércio Internacional (*International Court of the International Chamber of Commerce, ICC*), em Paris, ou o Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*). Nesse caso, a sede de arbitragem é fixada de acordo com as regras da Instituição.

No caso da ICC, caso o local de arbitragem não seja acordado pelas partes, é normalmente escolhido com base na neutralidade. Opta-se por um local diferente daquele a que cada parte está ligada. O Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres, por sua vez, refere que, na ausência de consenso entre as partes, a sede de arbitragem será Londres, salvo circunstâncias especiais que determinem uma sede mais adequada.

A jurisprudência brasileira, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), mostra-se favorável à arbitragem. Além disso, o custo de arbitragem no exterior tende a ser maior do que no Brasil. E, se o devedor estiver no Brasil, estabelecer aqui o local facilita a execução da sentença arbitral, pois se evita o processo de reconhecimento. Há de se pensar muito ao se colocar o local da arbitragem no exterior, se as partes estiverem todas localizadas no Brasil.

Quando se avaliar a escolha como local da arbitragem de país sem reconhecida tradição em arbitragem, há de se verificar se ele cumpre com certas condições indispensáveis, tais como (i) ter jurisprudência favorável à

arbitragem; (ii) possuir lei de arbitragem adequada, de preferência refletindo a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL; e (ii) ser signatário à Convenção de Nova Iorque, que permite o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira nos demais países que aderiram ao tratado.

Surge aqui a importância da arbitragem no comércio internacional. O fato de o árbitro não ter que aplicar um direito estadual dá a flexibilidade para que ele possa aplicar o *soft law* e possa regular o litígio emergente de uma dada situação através de preceitos que estão muito mais adequados ao comércio internacional.

Destaca-se que o árbitro, na arbitragem internacional, tem que ter um cuidado exímio com a lei aplicável, porque o fato de ele ter que aplicar *soft law* exige cuidado para que, mais tarde, não possa pôr em causa o conhecimento da decisão arbitral no estado onde se pretende que ela venha produzir efeitos jurídicos, ou seja, cuida se não ofenderá a ordem pública do estado onde se pretende que a sentença produza os seus efeitos, porque se não está a defraudar as expectativas das partes na arbitragem, prevemos que a arbitragem seja um modo alternativo de justiça. Os árbitros são pessoas com conhecimentos técnicos e precisos sobre o assunto que está a ser discutido, não precisa ser um jurista, para o enquadramento jurídico, no estágio de ser proferida a sentença, haverá o árbitro jurista, que geralmente é o presidente.

Entretanto, deve-se destacar que a arbitragem não deve desprezar totalmente a *Hard Law*, deve-se ter certo limite para que mais tarde aquela decisão, aquele contrato, produza efeitos que não ofendamos princípios, à Soberania Nacional e aos bons costumes, ou seja, à ordem pública. Nem pode ser consubstanciado no sentido de fraudar a lei para o estado onde vai ser cumprido o contrato, onde vai ser revisto no momento da Homologação da Sentença Arbitral.

Assim, o artigo 17 da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil)⁷⁷ preceitua o seguinte: “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

⁷⁷BRASIL, ref. 66, p. 04.

Vale destacar que, apesar das críticas feitas ao judiciário brasileiro, estudos recentes demonstram que o sistema estatal de resolução de disputas enfrenta problemas em todo o mundo. Analisadas três variáveis básicas (tempo, custo e isenção das decisões), é difícil encontrar algum país cujo judiciário apresente uma relação equilibrada entre elas na solução dos litígios. Se, por um lado, o judiciário brasileiro é criticado pela sua lentidão e pela quantidade de recursos, o judiciário norte-americano, muitas vezes usado como referência de eficiência, é criticado pelos seus custos e pelo excesso de estímulos à realização de acordos.

Sendo assim, a crise do judiciário ao redor do mundo faz ressurgir a demanda pelos métodos alternativos de resolução de disputas. Mauro Cappelletti, sem dúvida um dos principais mestres do direito processual, em seu clássico estudo sobre o acesso à justiça, destaca a relevância dos métodos alternativos de solução de disputas na pacificação dos conflitos sociais:

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.⁷⁸

E diante das condições contratuais que incutem direitos e obrigações às partes, bem como aos restantes intervenientes no processo construtivo: engenheiro, projetista, subempreiteiro, entre outros. Dada a interação entre entidades distintas, o surgimento de reclamações relativas ao incumprimento de obrigações ou desrespeito de direitos verifica-se com alguma frequência, o que acarreta atrasos e, conseqüentemente, custos adicionais e redução das margens de lucro.

Segundo manuais⁷⁹, na tentativa de resolver uma disputa, tendo em vista o processo de arbitragem ser consideravelmente dispendioso em um contrato de construção, faz-se necessária, inicialmente, a tentativa de acordo amigável entre as partes antes de recorrer à Arbitragem e, principalmente, evidencia a

⁷⁸ CAPPELLETI, Mauro. *Accès a la justice et ét at-providence*. Paris: Economica, 1984. p. 29.

⁷⁹FIDIC, ref. 11.

constituição de um Conselho de Resolução de Disputas (CRC), que substitui o engenheiro no que à resolução de conflitos diz respeito, prevenindo, desse modo, algumas das desconfianças do empreiteiro relativamente ao seu poder de imparcialidade. O CRC tem o poder de analisar, rever qualquer certificado, determinação, instrução, opinião ou avaliação do engenheiro.

Visto isso, cria-se a necessidade de identificar qual o melhor meio alternativo de solução de disputa, cabe a cada um, de acordo com seus interesses, descobrir a forma mais ágil e menos onerosa.

E ainda, de forma a resolver qualquer disputa de uma forma rápida, justa e mais econômica possível, os novos manuais FIDIC acrescentam um novo passo no procedimento de solucionamento de disputas. Esse passo, Conselho de Resolução de Disputas (CRC), substitui o papel do engenheiro no procedimento de resolução de disputas, prevenindo o recurso à arbitragem, processo de custo elevado, por suspeita de falta de imparcialidade do engenheiro no processo de decisão, visto que o seu nome consta na folha de pagamentos do dono de obra, porém, não será o foco deste trabalho.

Portanto, para que se possa perceber a real importância da arbitragem como uma forma atrativa de resolução de conflitos, serão expostas abaixo, algumas vantagens e desvantagens das empresas de construção civil, ao colocar em seus contratos cláusulas de arbitragem.

4.1.1- Breve comparação entre a Arbitragem do Brasil e Portugal

A atual legislação portuguesa prevê duas possibilidades de utilização da arbitragem: a necessária, ou seja, submetido exclusivamente por lei especial a voluntária.

Entretanto, a matéria está regulada pela Lei 64/2011, que modernizou a Arbitragem de forma a dar maior abrangência e efetividade ao instrumento. Construída sobre o pilar da Autonomia da Vontade, o procedimento arbitral

tem se tornado cada vez mais utilizado de forma a se tornar uma das principais ferramentas de pacificação social.

O que se verifica é a vasta semelhança entre os institutos e as disposições previstas nas duas leis, ressalvadas as particularidades inerentes à espécie já estamos diante de países coirmãos, mas que guardam em sua linha histórica traços muito particulares. O fato de a raiz jurídica brasileira ser flagrantemente romana e européia, facilita contudo o estudo comparado.

Em ambas as normas estão previstas a convenção de arbitragem como instrumento norteador e sem o qual não se pode falar na utilização da técnica. Isto porque nela repousa a confirmação do elemento volitivo de utilização da arbitragem como forma de solução de impasse ou conflito entre as partes.

A lei brasileira, assim como a portuguesa, preveem a liberdade contratual ou a autonomia da vontade das partes como pilar de construção de um procedimento capaz de, garantindo os princípios gerais da igualdade das partes, ampla defesa e do contraditório, buscar o caminho mais conveniente a ser seguido pelas partes e pelo árbitro na consecução de sua finalidade.

De acordo com a doutrina brasileira, a equidade ocuparia o lugar da lei de forma plena. Já a doutrina portuguesa entende que o legislador possibilitou a utilização da equidade como forma de inserir as variáveis do caso concreto e interpretação da lei a partir daí. Ou seja, a equidade não substitui a lei posta, mas possibilita a inclusão de um critério subjetivo moderador.

4.2- Vantagens e desvantagens da utilização da arbitragem

4.2.1- As principais vantagens da arbitragem em relação ao procedimento judicial⁸⁰

- Celeridade – Em virtude de seu caráter informal e da ausência de recursos, o procedimento arbitral costuma ser bem mais rápido do que a via

⁸⁰CMA [Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG]. *Cartilha de Arbitragem*. Belo Horizonte: OAB, 2009. p. 13.

judiciária. Segundo a lei, se outro prazo não for estipulado pelas partes, o prazo máximo para proferimento da sentença é de seis meses. Contra essa sentença, não há recurso: ela é definitiva.

- Informalidade – Arbitragem emprega técnica ágil e dinâmica, mais adequada a uma sociedade moderna na qual a busca por soluções amigáveis e rápidas é o mais importante.

- Sigilo – Na arbitragem, ao contrário do que acontece no Poder Judiciário, o sigilo é a regra geral. Assim, é possível evitar a divulgação de informações e documentos estratégicos para os negócios das partes envolvidas na disputa.

- Especialização - Os árbitros são profissionais especializados, normalmente afeitos à matéria objeto da controvérsia, podendo, assim, decidir com absoluto conhecimento de causa e chegar à conclusão com objetividade e precisão, garantindo uma melhor qualidade da decisão.

- Prestígio da autonomia da vontade - Na jurisdição estatal, o poder de decisão cabe sempre ao Estado, representado por um juiz. Na arbitragem, as partes têm maior autonomia, pois são elas que elegem o(s) árbitro(s) que decidirá(ão) a demanda e a entidade que ficará encarregada da administração do procedimento arbitral. As partes também podem escolher as regras de direito material e processual a serem aplicadas.

- Exequibilidade - Por ser considerada título executivo judicial, a sentença arbitral pode ser imediatamente executada em caso de descumprimento, não estando sujeita a recursos ou a homologação prévia pelo Judiciário. A sentença arbitral tem natureza idêntica à da sentença judicial e dispõe dos mesmos efeitos da decisão proferida pelo juiz estatal.

- Melhor relação custo-benefício - Em virtude da rapidez na resolução do conflito, os custos indiretos decorrentes da demora e da insegurança do processo judicial são minimizados na arbitragem, uma vez que não existe a multiplicidade de recursos permitidos na via judiciária, que oneram em demasia o custo processual.

- Menor resistência ao cumprimento da decisão - Existe maior adesão das partes à sentença arbitral, já que esta é proferida por um árbitro de confiança delas e de acordo com um procedimento por elas escolhido.

- Vantagens para os advogados - Na arbitragem, as partes podem e devem se fazer acompanhar de seus advogados, indispensáveis para a solução rápida e justa do conflito. A arbitragem, na verdade, representa para os advogados uma nova oportunidade de trabalho, já que, além de patrocinar o interesse de seus clientes em procedimentos arbitrais, os advogados podem atuar também como árbitros.

- Vantagens para a sociedade - A arbitragem constitui mecanismo ágil e eficaz para a solução de litígios, o que desafoga o Judiciário e permite, assim, criar condições para melhorar o seu padrão de eficiência em benefício da sociedade.

4.2.2-As principais desvantagens da arbitragem em relação ao procedimento judicial

Em relação às desvantagens, Amaral⁸¹ cita o fato de a sentença ser irrecorrível no caso de uma sentença arbitral ser de má qualidade, pois o árbitro pode ser um bom especialista na área técnica, mas desconhecer a legislação. Pode-se também apontar um árbitro despreparado tecnicamente, que levará a uma sentença ruim. No caso de uma sentença com vícios, esta poderá ser anulada pela justiça estatal, conforme o Artigo 32 da lei 9.307/96⁸², gerando perda de tempo e valores aos envolvidos.

Borges⁸³ indica que o desconhecimento da arbitragem por empresas de porte pequeno e médio também é uma desvantagem, pois se torna uma barreira à sua utilização, devido ao temor de se utilizar um procedimento à margem da justiça estatal. Aponta que não há tradição em seu uso no Brasil,

⁸¹AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional*. São Paulo: Hottopos, 2010. Disponível em <http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>.

⁸²BRASIL, ref. 1.

⁸³BORGES, Eduardo C. Vilar. *As vantagens da prática arbitral para a solução das controvérsias das micro e pequenas empresas*. Santos: CBMAE [Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial], 2008. Disponível em <http://www.cbmae.org.br/sites/1000/1083/00000242.doc>.

sem instituições ou árbitros reconhecidos, levando a um sentimento de desconfiança da sua eficácia. Cita, também, a cultura do litígio:

Onde um bom advogado é aquele que, através de vários recursos e artifícios, leva os processos até o tribunal e por lá estes ficam anos sem julgamento. Com isso, a falta da utilização da prática arbitral inibiu a construção de jurisprudência própria, deixando o instituto disperso no mundo jurídico, adormecido nos livros e com uma minoria de adeptos.⁸⁴

Outra desvantagem é que, embora a sentença judicial seja equiparada a um título executivo judicial, caso o perdedor se negue a cumpri-la, a parte vencedora deverá entrar com uma ação judicial para que seu cumprimento se efetive.

E ainda, a Arbitragem, apesar de apresentar vantagens como árbitros imparciais e com experiência profissional no campo da construção, atualmente apresenta custos e tempo de procedimento que podem até rivalizar com os despendidos em processos judiciais⁸⁵.

Farrer⁸⁶ afirma que, nos 20 anos que sucederam a regulamentação da arbitragem no Brasil, a maioria dos árbitros atuantes no país, que é formada por advogados, tem adotado manobras protelatórias que possuem sucesso no meio judiciário. Segundo o autor, essas manobras, também chamadas de “Táticas de Guerrilha”, contemplam, especialmente:

- Práticas dilatórias: condutas para retardar o procedimento, tais como recusa de uma das partes de se submeter à arbitragem por entender que não está vinculada à cláusula de arbitragem, recusa do Termo de Arbitragem e de pagar as custas processuais, bem como a substituição constante de advogados durante o processo arbitral;
- Impugnações frívolas e recorrentes dos árbitros;

⁸⁴BORGES, ref. 83.

⁸⁵ TRINDADE, Bernardo Ramos, et al. Conhecimento e Aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas - CRD em Obras de Médio e Grande Porte. In: CRD [Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura]. *Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: Uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: PINI, 2016. p. 34-57. ISBN 8572664734.

⁸⁶FARRER, Robert. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: CRD [Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura]. *Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: Uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: PINI, 2016. p. 75-84. ISBN 8572664734.

- Recursos ao Poder Judiciário a respeito do conteúdo das sentenças arbitrais, e mesmo a inércia no pagamento de 109 eventuais condenações, forçando processos de execução judicial⁸⁷.

Para o autor, é fato inconteste que no setor da construção muitos empresários têm manifestado insatisfação com o custo crescente das arbitragens, com decisões demoradas e sustentadas por aspectos processuais ou procedimentais, em detrimento dos fatos efetivamente ocorridos no desenvolvimento das obras. Além de os procedimentos arbitrais estarem cada vez mais demorados e caros, as estratégias jurídicas têm se assemelhado às que são adotadas nos procedimentos judiciais e as sentenças, muitas vezes, podem ser questionadas quanto à sua nulidade.

Outra dificuldade que poderá ocorrer na arbitragem *ad hoc* é a sua própria instauração. As partes, ao estabelecerem a arbitragem no contrato, deverão ter o cuidado de redigirem o que a doutrina denomina de cláusula compromissória cheia, e estabelecerem o *modus operandi* que as partes deverão seguir se quiserem iniciar a arbitragem, tais como exemplificativamente: (i) nomear os árbitros ou estabelecerem os critérios que serão considerados para suas escolhas; (ii) fixar os prazos que as partes deverão respeitar para a nomeação dos árbitros; (iii) estabelecer os endereços em que as partes receberão as comunicações manifestando a intenção de instaurar a arbitragem; (iv) estabelecer o prazo em que os árbitros nomeados pelas partes, e estes, cumpridas as obrigações de dever de revelação, aceitem os encargos, deverão escolher e nomear o Presidente do Tribunal Arbitral, e somente a partir de então é que a arbitragem terá o seu normal andamento. As demais questões, bem como o custeamento das despesas administrativas, poderão ser estabelecidas em reunião conjunta entre o Tribunal Arbitral e as partes. O importante é estabelecer, na cláusula compromissória cheia, as ações necessárias para que as partes possam dar início ao procedimento arbitral.

A ausência de qualquer informação que possa dificultar a instauração da arbitragem por uma das partes – denominada pela doutrina como cláusula compromissória vazia - poderá ensejar na necessidade de interposição de

⁸⁷FARRER, ref. 86, p. 80.

ação de cumprimento de cláusula compromissória estabelecida no artigo 7º da Lei de Arbitragem⁸⁸.

E ainda tem o obstáculo a ser superado pelas partes por escolherem a arbitragem ad hoc, é o contato direto com o Painel Arbitral. Qualquer reclamação a ser feita de ordem administrativa – demora no andamento da arbitragem, ausência de expedição de ordens processuais, não cumprimento de prazos etc - as partes deverão se dirigir diretamente aos árbitros, o que poderá, eventualmente, ocasionar algum desconforto ou constrangimento. Se as partes tiverem nomeado o secretário, essas questões poderão ser a ele dirigidas; caso as partes tenham decidido por não nomeá-lo, seja por questões financeiras, por exemplo, essas dificuldades deverão ser ultrapassadas pelas partes, o que também poderá ser objeto de novos conflitos.

Benvenuti⁸⁹ pondera que, apesar de o uso da arbitragem ter sido ascendente após a criação da Lei nº 9.307/96, em contratos de construção civil, a sua utilização resume-se às grandes empresas construtoras que inserem a cláusula compromissória apenas em seus grandes contratos.

Todos esses fatores fazem com que, ininterruptamente, sejam buscadas novas opções de prevenção e solução de disputas que se adequem ao contexto dos contratos de construção brasileiros. Ainda que a adoção da arbitragem apresente algumas desvantagens, a Lei Federal nº 9.307 de 1996 foi um importante marco para o tratamento de litígios contratuais no país.⁹⁰

4.3- Arbitragem na construção civil

Diversos são os organismos internacionais, organizações de classe e grupos de estudo e de profissionais da área que recomendam a utilização da arbitragem. Esse é o caso, por exemplo, dos contratos-padrão FIDIC,

⁸⁸ BRASIL, ref. 1.

⁸⁹ BENVENUTI, ref. 18.

⁹⁰ JOBIM, Jorge Pinheiro, RICARDINO, Roberto, CAMARGO, Rui Arruda. A Experiência Brasileira em CRD: O Caso de Metrô de São Paulo. In: CRD [Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura]. *Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: Uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: PINI, 2016. p. 169-191. ISBN 8572664734.

instrumentos internacionalmente muito adotados e que começam a ter maior aderência também no cenário brasileiro.

Sem falar que, hoje, já são superados os entraves da utilização da arbitragem pela administração pública, pois a cláusula compromissória é uma constante até mesmo nas contratações público-privadas para grandes projetos de infraestrutura. Resta dizer que, apesar de relevante, a inovação legislativa apenas consubstanciou a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, constante no artigo 1º, § 1º da Lei 9.307/96⁹¹ e que já era amplamente aceita pela prática, pela jurisprudência e, inclusive, por inúmeras leis específicas.

Porém, não se pode ignorar que, quando a Administração Pública for parte em uma arbitragem, uma maior complexidade deverá ser esperada, impondo, conseqüentemente, uma maior reflexão acerca de aspectos teóricos e práticos do instituto e, eventualmente, de adaptações e restrições. Assim, é indispensável que alguns cuidados suplementares sejam tomados ao firmar contratos com a Administração Pública, em que se convencie cláusula compromissória de arbitragem.

Uma das questões mais tormentosas relativas à arbitrabilidade atine à possibilidade de pessoas jurídicas de direito público participarem de arbitragem. Não só pela capacidade em si desses entes de se submeter à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), mas também por eles lidarem com interesse público, que, a princípio, seria indisponível e, portanto, não arbitrável (arbitrabilidade objetiva). Sendo assim, essa questão deve ser analisada sob os ângulos da arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Visto isso, levando-se em consideração que a atividade da construção civil é complexa, e que envolve diversos agentes e participantes independentes - cada um com especialidades diversas, mas todos almejando um mesmo objetivo, além dos problemas que usualmente surgem ao longo de qualquer contrato, os projetos de infraestrutura e de construção civil dão origem a litígios típicos dessa indústria: recorrentes renegociações de contratos e controvérsias ligadas a erros em projetos de construção, acerto de contas no encerramento de obra, divergências na incorporação imobiliária (como cálculo das áreas e

⁹¹ BRASIL, ref. 1.

rateio das despesas entre os contratantes), atrasos nos cumprimentos das etapas, execução de garantias pós-obra e subestimação dos custos em projetos *turnkey*. E que à medida que pequenos problemas se transformam em conflitos, também aumenta o preço do projeto, bem como se ampliam o tempo e os custos para solução definitiva da controvérsia. Na indústria da construção civil, quanto mais tarde forem tomadas as decisões, maiores serão as despesas para implementação das medidas e os riscos de suspensão de pagamentos, atrasos na entrega do projeto e variação de preços.

Portanto, apesar de arbitragem ser considerada uma solução cara, por serem utilizados órgãos arbitrais institucionais de grande porte e pela falta de confiança dos agentes em instituições arbitrais de pequeno porte ou em arbitragens *ad hoc*, como já foi dito, a inclusão de cláusulas compromissórias passou a ser regra em contratos de infraestrutura e construção civil, notadamente quando há a presença de algum elemento internacional.

4.4- Tipos de arbitragens

4.4.1 - Arbitragem *ad hoc*

A arbitragem será chamada *ad hoc* quando é escolhido um árbitro particular, que segue um formalismo menor e é mais direto. Nesse caso, as partes envolvidas decidem as regras e critérios do julgamento arbitral.

Ou seja, a arbitragem *ad hoc* é aquela em que as partes optam por elas mesmas por administrarem o procedimento arbitral ou delegar ao árbitro ou ao Tribunal Arbitral (colegiado de árbitros sempre em número ímpar) as regras e prazos que nortearão o desenvolvimento da arbitragem, além da própria administração operacional. Dessa forma, a arbitragem *ad hoc* não está sujeita a nenhuma instituição.

4.4.2-Arbitragem institucional

A arbitragem pode ser institucional quando se escolhe uma instituição para a escolha do(s) árbitro(s), tais como as Câmaras Arbitrais do Instituto de Engenharia, do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias na Engenharia, da Federação das Indústrias e Comércio do Estado de São Paulo. Nesse caso, as câmaras administram o processo, sem entrar no mérito do julgamento. Estas seguirão seus regulamentos internos, sistematizando os processos arbitrais, com maior formalismo e metodologia instituída.

As instituições que administram procedimentos arbitrais prestam serviços e, para tanto, disponibilizam meios e condições para o bom andamento da arbitragem. E se entenda como meios e condições, dentre eles, a oferta de regulamento que norteará a condução do procedimento arbitral. Uma das características da arbitragem é a possibilidade de as partes estabelecerem a forma como o procedimento se desenvolverá. Isso porque, ao escolherem a arbitragem, as partes renunciam ao Código de Processo Civil e fixam regras próprias para o procedimento arbitral. Essa é uma das principais razões que levam as partes à arbitragem – participar de um procedimento ágil, informal e rápido para resolver seus conflitos.

4.5- Arbitragem de direito ou equidade

4.5.1 - De direito

Antes da edição da Lei de Arbitragem, o direito brasileiro era considerado pouco flexível à escolha de norma de direito material aplicável a contratos internacionais. Isso porque não havia dispositivo legal autorizando, expressamente, a eleição de regra de direito a reger negócios jurídicos. Já a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁹², norma geral sobre conflito de leis no espaço,

⁹² BRASIL, ref. 66.

A Lei de Arbitragem⁹³ alterou esse paradigma, gerando dois regimes distintos para escolha de leis aplicáveis a contratos internacionais. Por um lado, nos litígios a serem resolvidos por arbitragem, incide o artigo 2º e as partes podem escolher a lei aplicável, desde que não haja violação à ordem pública. Por outro lado, para contratos com foro judicial, continua a vigor a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹⁴. Trata-se de situação singular do direito brasileiro, em que as normas de conflito de lei no espaço variam de acordo com o método de solução de controvérsia (judicial ou arbitral) e não em virtude da existência de determinado elemento de conexão ou em vista das características da relação jurídica subjacente.

No sistema jurídico brasileiro, a liberdade das partes de selecionar as regras de direito aplicável ao mérito do contrato sujeito ao foro for arbitral não é plena, pois tal escolha não poderá ensejar violação à ordem pública e aos bons costumes. Clóvis Bevilácqua⁹⁵ definia ordem pública como os princípios cuja manutenção uma determinada sociedade considera indispensáveis. Em sua faceta positiva, a ordem pública visa à afirmação dessas normas, princípios e valores essenciais. Em sua faceta negativa, impede a eficácia de lei estrangeira, o reconhecimento de ato judicial, administrativo ou arbitral proveniente de outra jurisdição e qualquer outra forma de aplicação de regras de direito estranhas ao ordenamento jurídico local que venham de encontro a tais normas, princípios e valores essenciais⁹⁶.

4.5.2-Equidade

O termo “equidade” tem várias acepções na ciência jurídica, dentre as quais se destacam, no sentido amplo, a ideia de justiça ideal e direito natural e, no sentido estrito, a noção de justiça no caso concreto. Adota-se o termo julgamento por equidade quando esta estiver em sua função substitutiva e o julgador tiver a faculdade de não se a ter a uma norma jurídica pré-existente,

⁹³ BRASIL, ref. 1.

⁹⁴ BRASIL, ref. 66.

⁹⁵ BEVILÁCQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951. ISBN 858748463X.

⁹⁶ MAIA NETO, MUNIZ, ref. 75.

criando seu próprio comando para resolver a disputa, com base em sua consciência de qual resultado seria mais justo.

A regra geral no direito brasileiro é que os julgamentos se fundamentem em norma legal. Portanto, a decisão por equidade só poderá ser reconhecida quando houver autorização legal expressa, como ocorre no caso de arbitragem (Art. 2º, caput⁹⁷), desde que as partes concordem com isso.

A arbitragem por equidade não poderá resultar em decisão que viole a ordem pública, ou seja, a escolha do julgamento por equidade não pode servir como subterfúgio para fraude à lei nem para se evitar a incidência de norma em cuja aplicação ao caso concreto exista interesse público.

No sistema jurídico brasileiro, a liberdade das partes de selecionar as regras de direito aplicável ao mérito do contrato sujeito ao foro, se for arbitral, não é plena, pois tal escolha não poderá ensejar violação à ordem pública e aos bons costumes. Clóvis Beviláqua⁹⁸ definia ordem pública como os princípios cuja manutenção uma determinada sociedade considera indispensáveis.

Em sua faceta positiva, a ordem pública visa à afirmação dessas normas, princípios e valores essenciais. Em sua faceta negativa, impede a eficácia de lei estrangeira, o reconhecimento de ato judicial, administrativo ou arbitral proveniente de outra jurisdição e qualquer outra forma de aplicação de regras de direito estranhas ao ordenamento jurídico local que venham de encontro a tais normas, princípios e valores essenciais.⁹⁹

A doutrina internacional e brasileira de Direito Internacional Privado há muito distingue diversos níveis de ordem pública¹⁰⁰.

Há nível interno, que visa a garantir a aplicação de normas cogentes e impedir que elas sejam derogadas pela vontade das partes. São as chamadas “normas de ordem pública”. Existe, ademais, a ordem pública no nível internacional, que impediria a aplicação de normas de direito estrangeiro que são indicadas pelas regras de conexão de Direito Internacional Privado, se

⁹⁷ BRASIL, ref. 1.

⁹⁸ BEVILÁQUA, ref. 95.

⁹⁹ GAMA JR., Lauro. A metamorfose (do bem): teoria e prática da homologação de sentenças arbitrais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2006, **28**, 133-176.

¹⁰⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado– Parte Geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. pp. 402-408. ISBN 8530967011.

ofensivas aos valores essenciais de nosso ordenamento jurídico. Alguns autores reconhecem um terceiro nível de ordem pública, denominado “ordem pública verdadeiramente internacional” ou “universal”, referente a grandes princípios universais, que servem aos mais altos interesses da comunidade internacional e estão latentes em diversos tratados e normas de organizações internacionais.¹⁰¹

4.6- Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

4.6.1-Cláusula Compromissória

A cláusula compromissória é uma disposição inserida em um contrato pela qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os eventuais litígios que possam vir a surgir daquele contrato. Com a estipulação da cláusula compromissória, as partes contratantes, mesmo antes do surgimento de alguma controvérsia, escolhem o juízo arbitral para resolver o possível litígio proveniente do contrato, excluindo, desde logo, a jurisdição do Poder Judiciário.

Portanto, a “cláusula compromissória” ou o “acordo de arbitragem” é a cláusula de um contrato que permite que as partes tenham sua disputa resolvida por um tribunal arbitral, ao invés de por tribunais estaduais comuns. Uma cláusula compromissória é vinculativa e as partes não podem renunciar unilateralmente à jurisdição do tribunal arbitral.

4.6.2 - Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral é o acordo através do qual as partes submetem à arbitragem um litígio previamente determinado, mesmo que não exista cláusula compromissória anterior. O compromisso arbitral pode ser judicial ou extrajudicial.

¹⁰¹ MAIA NETO, MUNIZ, ref. 75, p. 27.

Ninguém é obrigado a ver um conflito de que seja parte submetida à arbitragem, se não tiver concordado com isso através de cláusula ou de compromisso arbitral. Se uma das partes nunca concordou com o uso da arbitragem, ela pode se recusar a participar desse procedimento e exigir que o conflito seja resolvido pelo Poder Judiciário. Todavia, uma vez celebrada a cláusula ou o compromisso arbitral, a parte não pode se recusar a participar da arbitragem. A revelia da parte não impedirá que seja iniciada a arbitragem e proferida a sentença arbitral.

4.7- Sentença Arbitral, os precedentes do STJ e Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira

A sentença é o produto que se espera do procedimento arbitral, o objetivo da demanda apresentada, onde o árbitro ou os árbitros irão decidir a controvérsia estabelecida, seja de forma a encerrar a disputa sem resolução de mérito, seja decidindo o mérito, parcial ou integralmente, ou pondo termo ao procedimento, ante uma conciliação, mediante sentença de homologação de acordo (art. 28 da Lei de Arbitragem¹⁰²). Caberá ainda à sentença (art. 27 da Lei de Arbitragem¹⁰³) decidir sobre a responsabilidade do pagamento das despesas da arbitragem, taxas institucionais e honorários dos árbitros, observando-se, no que possível, o que tiver estatuído na convenção de arbitragem e/ou no Termo de Arbitragem. E até mesmo, poderá reconhecer litigância de má-fé de uma das partes e atribuir multa por tal incidência. Dessa forma, como a sentença judicial, a sentença arbitral deverá ser definitiva, condenando uma das partes a pagar a outra alguma coisa que tenha sido discutida no procedimento, como, por exemplo, a atribuição de uma multa contratual.

A sentença arbitral, contudo, pode ser apenas terminativa, quando encerra o procedimento sem avançar sobre o mérito da disputa, quando reconhecer, por exemplo, que a questão trazida à arbitragem não é arbitrável;

¹⁰² BRASIL, ref. 1.

¹⁰³ BRASIL, ref. 1.

ou verificar que há vício de consentimento na convenção de arbitragem. A sentença arbitral que avance sobre o mérito poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, a depender dos tipos de pedidos formulados na demanda. A sentença arbitral é irrecorrível e não fica sujeita a qualquer homologação do Poder Judiciário (art. 18 da Lei de Arbitragem¹⁰⁴), cabendo às partes se submeterem ao cumprimento do que nela ficou estabelecido.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC 45/04)¹⁰⁵, a competência para homologar sentença estrangeira no Brasil foi transferida do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça. Assim, em substituição ao Regimento Interno do STF, a Resolução nº 09 do STJ¹⁰⁶, conjuntamente à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁰⁷, passou a regulamentar os procedimentos à homologação no país.

Os processos que visam a homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil são apreciados pelo STJ sob dois conjuntos de critérios, estabelecidos pelos artigos 34º ao 40º da Lei de Arbitragem nº 9.307/96¹⁰⁸, juntamente com o artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁰⁹ e os artigos 5º e 6º Resolução nº 9 do STJ de 2005¹¹⁰. Cabe trazer à baila que, por se tratar de ação de homologação de sentença arbitral estrangeira, o julgamento na justiça brasileira ocorre por meio do juízo de deliberação. Tal juízo impõe que não se deve analisar o mérito da causa, apenas atendo-se aos critérios formais.

Segundo Oscar Tenório, o direito brasileiro adota o sistema da deliberação, consagrado no direito italiano. Nesse sistema, “não entra na apreciação do mérito da sentença; aprecia apenas se foram cumpridos determinados

¹⁰⁴ BRASIL, ref. 1.

¹⁰⁵BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004: Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 31-12-2004, p. 9 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.

¹⁰⁶ STJ [Supremo Tribunal Federal]. Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005: Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *Diário da Justiça Eletrônico* [em linha]. Brasília: Superior Tribunal de Justiça Presidência, 06-05-2005, pp. 01-02 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/portarias-pgr/docs_portarias/resolucao-no-9-stj-homologacao-de-sentencas-estrangeiras-e-concessao-de-exequatur.pdf/at_download/file.

¹⁰⁷ BRASIL, ref. 66.

¹⁰⁸ BRASIL, ref. 1.

¹⁰⁹ BRASIL, ref. 66.

¹¹⁰ STJ, ref. 106.

requisitos legais”¹¹¹, “senão para a verificação dos requisitos formais e da ofensa à ordem pública”¹¹². O Brasil respeita assim “o pronunciamento judicial da soberania estrangeira e atendemos ao interesse do Estado onde a sentença será executada”¹¹³.

Tais conjuntos podem ser, didaticamente, assim definidos: critérios formais e critérios de mérito. Como critérios formais, extrai-se da referida legislação a obrigatoriedade de que a sentença arbitral estrangeira tenha sido traduzida para o idioma português por tradutor juramentado; chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; prolação por autoridade competente, devida ciência do réu nos autos da decisão homologada; e o trânsito em julgado da sentença estrangeira. No tocante aos critérios de mérito, estes podem ser assim considerados: a sentença arbitral estrangeira não deve ferir a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Portanto, o regime de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil está assentado no princípio da vedação da revisão de mérito da decisão estrangeira pela jurisdição nacional, não cabendo ao STJ o exame de matéria pertinente ao mérito, salvo para, dentro de estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional.

4.8- Ação Anulatória Arbitral

A Lei de Arbitragem preconizava, inicialmente, que a sentença arbitral que não decidisse todos os pontos controversos poderia ser objeto de ação anulatória, o que não era a redação mais correta tecnicamente, pois não se queria invalidar a sentença, mas sim forçar sua complementação. A reforma da Lei de Arbitragem corrigiu esse ponto e previu expressamente que não se trata de ação anulatória, mas de ação judicial específica, para o árbitro proferir sentença arbitral complementar, sem prejuízo da sentença arbitral original.

¹¹¹ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. p. 448. ISBN 1000179418346.

¹¹² ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 295. ISBN 8553213269.

¹¹³ TENÓRIO, ref. 111, p. 448.

Interessante notar que a violação da ordem pública não é uma hipótese de anulação da sentença arbitral doméstica. Tampouco prevê a Lei de Arbitragem¹¹⁴, como hipótese de anulação, erro de direito. Tratou-se de uma decisão consciente do legislador, para não estabelecer hipóteses de anulação amplas ou genéricas, que pudessem amparar uma enxurrada de ações e, ao longo do tempo, pudessem enfraquecer o próprio instituto.

Portanto, a ação anulatória não implica em revisão do mérito, mas apenas na desconstituição da sentença arbitral questionada. Se a escolha do foro arbitral tiver sido válida, a matéria poderá voltar a ser julgada por arbitragem.

4.8.1-A Fase 1 da Construção da Linha 4, do Metrô de São Paulo

I -A Contratação

O empreendimento intitulado “Implementação da Linha 4, do Sistema de Metrô de São Paulo” foi previsto para ocorrer em duas fases¹¹⁵ e o seu custo foi estimado, inicialmente, em US\$ 1,2 bilhões. As obras previstas na primeira fase do projeto (Fase 1), estimadas em US\$ 740 milhões, contemplavam desde a execução de um túnel que ligaria as regiões Luz e Butantã, bem como a realização de cinco estações de acesso (Luz, República, Paulista, Pinheiros e Butantã), e a construção do Pátio Vila Sônia¹¹⁶.

O edital de licitação da Fase 1 da Linha 4 - Amarela do Metrô - dividiu o escopo em três lotes, que incluíam obras e serviço de construção (demolição de edificações, remoção e substituição de interferências, túneis, estruturas, estações, vias permanentes, serviços de acabamento, paisagismo, ventilação e saída de emergência, passagens e pavimentação, urbanização e serviços complementares) e fornecimento e instalação de sistemas e equipamento (sistemas de força de corrente alternada de alta e média tensão, sistema de força de tração de corrente contínua, sistema de força de baixa tensão, sistema

¹¹⁴ BRASIL, ref. 1.

¹¹⁵ JOBIM, RICARDINO, CAMARGO, ref. 90.

¹¹⁶ VAQUERO, Rogério. *Financiamento para implantação da Linha 4 do Metrô sairá em março deste ano*. São Paulo: Site do Estado de São Paulo, 2002 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://www.saopaulo.sp.gov.br/eventos/financiamento-para-implantacao-da-linha-4-do-metro-saira-em-marco-deste-ano/>.

de detecção de incêndio, sistema de ventilação, sistemas de telecomunicações, voz e vídeo, sistema de controle local, iluminação, escadas rolantes e elevadores).¹¹⁷

A partir da concorrência pública internacional que foi promovida pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, em 2003, foi divulgado o resultado da licitação pelo Governo do Estado de São Paulo, responsável pela contratação do empreendimento. Os vencedores da concorrência foram o Consórcio Via Amarela formado pelas empresas CBPO, OAS, Alston e Queiroz Galvão, e o Consórcio Camargo Corrêa, composto pelas empresas Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Siemens.¹¹⁸

O Consórcio Via Amarela ficou responsável pela construção dos lotes 1 e 2, cujo escopo contemplava 12,8 quilômetros de túneis e a execução e a instalação de sistemas das estações Butantã, Pinheiros, Paulista, República e Luz. Por sua vez, o consórcio Camargo Corrêa ficou responsável pelos serviços referentes ao lote 3, que correspondiam à construção e à instalação de sistemas do pátio de manobras Vila Sônia.¹¹⁹

Assim, em 01/10/2003, foram celebrados os seguintes contratos¹²⁰:

- Contrato de Empreitada de Construção Completa da Obra nº 4130121201 – Implantação Completa da Linha 4 Amarela, do Sistema de Metrô de São Paulo – Lote 1 – Paulista;

- Contrato de Empreitada de Construção Completa da Obra nº 4130121202 – Implantação Completa da Linha 4 Amarela, do Sistema de Metrô de São Paulo – Lote 2 – Pinheiros;

- Contrato de Empreitada de Construção Completa da Obra nº 4130121203 – Implantação Completa da Linha 4 Amarela, do Sistema de Metrô de São Paulo – Lote 3 – Vila Sônia Yard;

Para a implantação desses contratos, a Companhia do Metropolitano utilizou parte dos recursos proveniente da iniciativa privada, parte do Tesouro e parte oriunda de concessão de financiamento do Banco Internacional para

¹¹⁷ JOBIM, RICARDINO, CAMARGO, ref. 90.

¹¹⁸ BASILE, Gláucia. *Governador comemora resultado da licitação da Linha 4 do Metrô*. São Paulo: Site do Estado de São Paulo, 2003 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://www.saopaulo.sp.gov.br/eventos/governador-comemora-resultado-da-licitacao-da-linha-4-do-metro/>.

¹¹⁹ BASILE, ref. 118.

¹²⁰ JOBIM, RICARDINO, CAMARGO, ref. 90.

Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e do *Japan Bank International Corporation* (JBIC)¹²¹.

O pedido de concessão de financiamento junto ao BIRD implicou a aceitação, por parte do Metrô, de um sistema de prevenção e resolução de conflitos nunca implementado em contratos administrativos no Brasil. A minuta contratual estabelecia, além da obrigatoriedade de utilização de arbitragem como solução definitiva de todos os litígios, a previsão de um método de conciliação entre as partes nos moldes dos *Dispute Review Boards*, utilizados nos EUA e em outros países.¹²²

Caso semelhante, veremos ainda neste capítulo, aconteceu na SEC 14.930¹²³, subrogação de direitos entre segurada e seguradora envolve também cláusulas arbitrais de contratos, que gerou a discussão no STJ a respeito de extensão subjetiva da arbitragem, em uma homologação de sentença estrangeira, sendo polêmica a discussão, se confunde com o próprio instituto jurídico quando se é levado à discussão com base em um conceito de ordem pública.

O cumprimento da exigência do BIRD tinha como respaldo a Lei Federal nº 8.666/1993¹²⁴, que estabelece, em seu Art.42, § 5º, que podem ser admitidas exigências de organismos financiadores para obtenção de financiamento.

II - A disputa judicializada

A disputa judicializada referente a uma sentença arbitral não aceita pela a Companhia do Metropolitano de São Paulo, sendo assim, a mesma protocolou junto à Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo uma Ação Anulatória da Sentença Arbitral, com pedido de Antecipação de Tutela para realização de prova pericial de engenharia. Em junho de 2010, a 13ª Vara da Fazenda Pública deferiu “[...] a medida liminar para garantir a realização da

¹²¹ BASILE, ref. 118.

¹²² JOBIM, RICARDINO, CAMARGO, ref. 90.

¹²³ STJ [Superior Tribunal de Justiça]. Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930 – EX (2015/0302344-0). *Diário da Justiça Eletrônico* [em linha]. Brasília: Superior Tribunal de Justiça Presidência, 27-06-2019, pp. 01-02 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/sec_14930.pdf.

¹²⁴ BRASIL, ref. 3.

prova pericial de engenharia no curso do processo que tramita perante o Tribunal Arbitral”¹²⁵.

De acordo com os membros da Junta de Litígios, em razão do acolhimento em questão, o processo arbitral que até então corria sob sigilo passou a ser uma peça pública. A opção de recorrer ao Tribunal de Justiça, não prevista nos contratos firmados entre as partes, teve grande repercussão na mídia nacional e internacional por se mostrar um posicionamento judicial controverso e oposto ao indicado quando há vontade expressa das partes em adotar meios extrajudiciais para resolução de conflitos.¹²⁶

Destaca-se que a confidencialidade é frequentemente considerada como uma das principais vantagens da arbitragem internacional. Por exemplo, a confidencialidade reduz a divulgação de informações confidenciais e a influência da opinião pública.

De acordo com Coelho ¹²⁷, em julho de 2012, foi reconhecida a decadência do mandado de segurança impetrado pelo juízo e o processo foi extinto sem julgamento de mérito. Ainda assim, a submissão do caso ao Poder Judiciário e sua decisão inicial ocasionaram, além da quebra do sigilo, impactos no andamento da arbitragem e dificuldades no alcance de uma solução mais rápida para a disputa.

4.8.2-SEC 14.930 - sub-rogação de direitos entre segurada e seguradora

Relevante mencionar uma questão polêmica com relação ao STJ, pois sabe-se que o referido Tribunal recebe a atuação da arbitragem por dois ângulos: a homologação da sentença arbitral estrangeira e os recursos, sobretudo, das demandas anulatórias, que veremos ainda nesse capítulo.

Seria, quando o contrato, em sua cláusula compromissória, dispuser que a arbitragem é nacional, será aplicada não só a legislação, mas os precedentes

¹²⁵ JOBIM, RICARDINO, CAMARGO, ref. 90, p. 170.

¹²⁶ COELHO, Arlis de Oliveira. *Dispute board: meio extrajudicial de prevenção de litígios e preservação das relações negociais*. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

¹²⁷ COELHO, ref. 126.

aplicáveis, e ainda, se os precedentes vinculantes, sobretudo aqueles oriundos do STF e do STJ, se aplicam à arbitragem. Esse é um tema importante, ainda mais em um contexto transnacional.

Como exemplo, podemos mencionar a SEC 14930 EX 2015/0302344-0 (STJ) em que fora feito um contrato de infraestrutura entre duas partes, pelo qual foi contratada a realização de serviços e compra de objetos e uma grande obra de infraestrutura, sendo que, a parte contratada, aquela parte que contratou e queria receber os serviços e os bens, realizou um segundo contrato, que foi um contrato de seguro. No primeiro contrato, uma parte era a prestadora de serviços e a outra era a empresa compradora, resolveram celebrar o contrato com cláusula de arbitragem, e em contrapartida surgiu um segundo contrato, no qual a empresa compradora fezera um seguro, porém sem constar cláusula de arbitragem, no referido contrato de seguro, acontece que ocorreu o sinistro, uma parte recebeu o seguro integralmente, a seguradora se sub-rogou, por força do dispositivo expresso da lei interna do STJ, se sub-rogou nos direitos e ações, e a partir dessa sub-rogação, foi ao judiciário cobrar do causador do dano, os prejuízos que resultaram a seguradora, por outro lado, a suposta causadora do dano instalou a arbitragem paralela em Nova Iorque, alegando o precedente de extensão subjetiva, sendo assim, esse contrato tinha que ser submetido a arbitragem, embora no segundo contrato, não constasse cláusula de arbitragem.

Diante disso, surgiu uma discussão, a respeito da possibilidade de homologação de uma sentença estrangeira, por extensão subjetiva, para um terceiro, cujo contrato não constava cláusula de arbitragem, sendo assim, surgiu a polêmica, pois a preocupação do STJ era se feriria a ordem pública interna e não propriamente a extensão subjetiva, mas por fim, foi reconhecida a possibilidade de transmissão da cláusula arbitral ao segurador sub-rogado, apesar do segundo contrato não constar cláusula de arbitragem, assim, foi homologada pelo STJ, a sentença estrangeira.¹²⁸

¹²⁸STJ, ref. 123.

Outro precedente é a extensão objetiva – coligação contratual extensão ou não de grau coligados, como por exemplo, a parcialidade do árbitro influenciando o julgamento interno.

Visto isso, levando-se em consideração os diversos fatores, na tentativa de usar da melhor maneira a arbitragem, sem cláusulas abusivas e com atenção aos princípios basilares e aos precedentes do STJ e STF, sem dúvida a arbitragem tem diversas vantagens, como, por exemplo, custo, tendo em vista o procedimento mais célere, o sigilo, a participação ativa do árbitro no processo arbitral, o custo benefício, a irrecorribilidade. Enfim, existem inúmeras vantagens.

Em caso de contrato internacional o processo é resolvido por arbitragem internacional, através das regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Da mesma, farão parte três árbitros nomeados de acordo com o regulamento, e o idioma é o definido nas condições particulares do contrato.

5 - CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa, procuramos traçar o panorama da utilização da arbitragem sob a ótica das empresas de infraestrutura e construção civil de grandes obras.

Primeiramente, demos ênfase em contratos que seguem o modelo FIDIC, que tem grandes facilidades em inserir cláusulas de arbitragem em seus contratos, e ainda tem reconhecimento internacional e vem sendo seguido no Brasil de forma gradual, tendo em vista a necessidade de financiamento através de bancos internacionais.

Porém, apesar de ser um modelo de contrato bem elaborado, tem sua fragilidade, ou seja, ele reconhece a necessidade de aplicação da lei local da obra.

Foi exposto também que existem princípios basilares que devem constar em um contrato internacional, até mesmo em um contrato internacional de construção civil, por serem princípios adequados ao sistema *Common law*.

Conclui-se, então, que o modelo FIDIC tem mais facilidade em ser inseridas em seus contratos cláusulas de arbitragem.

Em contrapartida, nesta pesquisa, também foram expostos os contratos de construção no Brasil, especificamente o de empreitada, visando as grandes obras, pois diante da complexibilidade de seus contratos, sempre geram conflitos, e estes foram demonstrados, sendo assim, tendo em vista a complexibilidade do contrato, as empresas preferem órgãos arbitrais institucionais de grande porte para instituir a arbitragem no caso de uma disputa. Essas grandes empresas construtoras se recusam a utilizar órgãos arbitrais institucionais de pequeno porte ou arbitragens *ad hoc*, por não confiarem na capacidade desses órgãos ou dos árbitros.

Porém, as empresas menores, apesar de existir órgãos institucionais de pequeno porte, ainda resistem em colocar em seus contratos cláusulas de arbitragem, pode ser por desconhecimento ou outro motivo. Esse seguimento é

uma alternativa de continuidade de pesquisa do tema, assim como o aprofundamento da pesquisa nas empresas mistas e públicas.

E, ainda, foram demonstradas as vantagens e desvantagens em se utilizar a arbitragem.

Conclui-se que nem todos os contratos de construção civil são viáveis para utilização da arbitragem, pois considerando o fato de uma das desvantagens ser o custo, percebe-se que a arbitragem é mais apropriada em construções de obras com contratos mais complexos e custo exorbitantes, obras que qualquer empecilho gera prejuízo. Portanto, não pode se submeter à morosidade da justiça comum, por isso, na elaboração de seu contrato, inserem a cláusula de arbitragem de imediato.

Destaca-se nesta pesquisa que, no sistema jurídico brasileiro, se a liberdade das partes de selecionar as regras de direito aplicável ao mérito do contrato sujeito ao foro for arbitral, não é plena, pois tal escolha não poderá ensejar violação à ordem pública e aos bons costumes.

Portanto, diante de tudo que foi exposto sobre a arbitragem nos contratos internacionais de construção civil, nota-se que o FIDIC é o modelo que tem mais afinidade com a arbitragem, especialmente os países seguidores do common law. Em contrapartida, a importância da arbitragem na construção civil no Brasil está em desenvolvimento, pois apenas as empresas de infraestrutura e construção civil de grandes obras inserem em seus contratos cláusulas de arbitragem. Porém, devem se atentar para o fato de que essas cláusulas não poderão violar a ordem pública e os bons costumes.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional*. São Paulo: Hottopos, 2010. Disponível em <http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>.

APPC [Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores]. *A Associação*. Lisboa: APPC, 2020 [consult. 20 maio 2019]. Disponível em <http://www.appconsultores.org.pt/pt/appc/a-associacao/>.

ARAÚJO, Nadia de. Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro. In: RODAS, João Grandino Rodas. *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 8520322360.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 295. ISBN 8553213269.

AREAS, Patricia de Oliveira. *Contratos Internacionais de software: o direito moral do autor como limitante da autonomia da vontade*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN 8502013688.

BASILE, Gláucia. *Governador comemora resultado da licitação da Linha 4 do Metrô*. São Paulo: Site do Estado de São Paulo, 2003 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://www.saopaulo.sp.gov.br/eventos/governador-comemora-resultado-da-licitacao-da-linha-4-do-metro/>.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, e prática*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 18. ISBN 9788573480726.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. ISBN 9788573482171.

BENVENUTI, Ronaldo. *Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BEVILÁCQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951. ISBN 858748463X.

BORGES, Eduardo C. Vilar. *As vantagens da prática arbitral para a solução das controvérsias das micro e pequenas empresas*. Santos: CBMAE [Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial], 2008. Disponível em <http://www.cbmae.org.br/sites/1000/1083/00000242.doc>.

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014: Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 17-10-2014, p. 2 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República,

09-09-1942, pp. 136-135 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004: Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 31-12-2004, p. 9 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 22-01-2002, p. 57 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015: Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 27-05-2015, p. 01 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 22-06-1993, pp. 01-32

[consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União, Seção 1* [em linha]. Brasília: Presidência da República, 04-09-1996, pp. 188-197 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Poder%C3%A3o%20as%20partes,costumes%20e%20%C3%A0%20ordem%20p%C3%ABlica.

BROWN, Henry, MARRIOT, Arthur. *ADR: principles and practice*. 2nd ed. London: London Sweet & Maxwell, 1999, v. 1. ISBN 0421579609.

CAPPELLETI, Mauro. *Accès a la justice et ét at-providence*. Paris: Economica, 1984. p. 29.

CARMO, Lie Uemado. *Contratos de Construção de grandes obras*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 173.

CÁRNIO, Thais Cíntia. *A aplicação dos princípios da Unidroit para dirimir controversias em contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CBIC [Câmara Brasileira da Indústria da Construção]. *Contratos de empreitada na construção*. Brasília: CBIC, 2019.

CLOUGH, Richard H., et al. *Construction Contracting: A Practical Guide to Company Management*. 8. ed. New Jersey: Wiley, 2015. ISBN 1118693213.

CMA [Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG]. *Cartilha de Arbitragem*. Belo Horizonte: OAB, 2009. p. 13.

COELHO, Arlis de Oliveira. *Dispute board: meio extrajudicial de prevenção de litígios e preservação das relações negociais*. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

CORBETT, C. F. Commentary by Corbett. *Western Journal of Nursing Research* [online]. SAGE Journals. Abril 2008, 30(3), 342-344. [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://doi.org/10.1177%2F0193945907303108>.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado– Parte Geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. pp. 402-408. ISBN 8530967011.

FARRER, Robert. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: CRD [Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura]. *Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: Uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: PINI, 2016. p. 75-84. ISBN 8572664734.

FIDIC [Fédération Internationale Des Ingénieur-Conseils]. *Conditions of contract for EPC Turnkey projects: general conditions (“silver book”)*. Lausanne: FIDIC, 1999.

GAMA JR., Lauro. A metamorfose (do bem): teoria e prática da homologação de sentenças arbitrais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2006, 28, 133-176.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Elementos básicos de direito internacional privado*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 155. ISBN 8571310440.

GEBKEN II, Richard John. *Quantification of transactional dispute resolution costs for the U.S. construction industry*. Tese de Doutorado, Universidade do Texas em Austin, Austin, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. ISBN 9788530925208.

GONZALEZ, Marco Aurélio Stumpf. *Os contratos de empreitada e de incorporação imobiliária: uma exposição das principais características*. In: ENCONTRO NACIONAL DE TECNOLOGIA DO AMBIENTE CONSTRUÍDO, 7., 1998, Florianópolis. Anais [...]. Florianópolis: ANTAC, 1998. p. 483-490.

HUGHES, Will, CHAMPION, Ronan, MURDOCH, John. *Construction Contracts: Law and Management*. 5. ed. Abingdon: Routledge, 2015. ISBN 0415657059.

IBGE [Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística]. *Comissão Nacional de Classificação (Concla)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://concla.ibge.gov.br/>.

JOBIM, Jorge Pinheiro, RICARDINO, Roberto, CAMARGO, Rui Arruda. A Experiência Brasileira em CRD: O Caso de Metrô de São Paulo. In: CRD [Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura]. *Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: Uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: PINI, 2016. p. 169-191. ISBN 8572664734.

KEATING CHAMBERS. *Construction Dispute Resolution Handbook*. 2nd ed. London: ICE Publishing, 2011. ISBN 9780727741455.

KUMARASWAMY, Mohan Maheswaran. Conflicts, claims and disputes in construction. *Engineering, Construction and Architectural Management* [online].

MCB UP Ltd. 1997, 4(2), 95-111. [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://doi.org/10.1108/eb021042>.

LAMY, Eduardo de Avelar. In: *Temas atuais de Direito do Comércio Internacional*. p. 410.

MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. *Southern California Law Review* [online]. 1974, 47, 691-816. [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/MacNeil-I.-1973-1974-%E2%80%98The-Many-Futures-of-Contracts%E2%80%99.pdf>.

MAIA NETO, Francisco, MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Reforma da Lei da Arbitragem – Comentários ao texto completo*. Belo Horizonte: Edição dos Autores, 2015. p. 29. ISBN 978-85-69640-00-4.

MOTTA JR., Aldemar, et al. *Manual de Arbitragem para Advogados*. Brasília: OAB, 2015. ISBN 978-85-7966-037-5.

NAIRARDI, George Augusto, SALEMU, Edson Ricardo. In: *Temas atuais de Direito do Comércio Internacional*. pp. 393-395.

GOULD Nicholas, FENWICK Elliott LLP, An introduction to FIDIC, international procurement and development bank procurement, ICE Learned Event, King's College London, Londres, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 9788502203198.

PEDROSA, Verônica de Andrade. *Reivindicações em contratos de empreitada no Brasil*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III – Contratos*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 14. ISBN 8530983165.

PMI [Project Management Institute]. *Home*. Newtown Square: PMI, 2020 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em <https://www.pmi.org/>.

RICARDINO, Roberto. *Administração de Contrato em Projetos de Construção Pesada no Brasil: Um Estudo da Interface com o Processo de Análise de Risco*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

STEFFENS, Avelino Leon. El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional. In: BOURIE, Enrique Barros. *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991. p. 97.

STJ [Superior Tribunal de Justiça]. Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930 – EX (2015/0302344-0). *Diário da Justiça Eletrônico* [em linha]. Brasília: Superior Tribunal de Justiça Presidência, 27-06-2019, pp. 01-02 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em: https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/sec_14930.pdf.

STJ [Supremo Tribunal Federal]. Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005: Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *Diário da Justiça Eletrônico* [em linha]. Brasília: Superior Tribunal de Justiça Presidência, 06-05-2005, pp. 01-02 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/portarias-pgr/docs_portarias/resolucao-no-9-stj-homologacao-de-sentencas-estrangeiras-e-concessao-de-exequatur.pdf/at_download/file.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3ª edição. São Paulo: Editora LTR, 1998. ISBN 9788576252016.

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. p. 448. ISBN 1000179418346.

TITO Adriano. Breve Análise à Luz do Direito Comparado. Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa. Site: adrianotitocf.jusbrasil.com.br

TRINDADE, Bernardo Ramos, et al. Conhecimento e Aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas - CRD em Obras de Médio e Grande Porte. In: CRD [Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura]. *Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: Uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: PINI, 2016. p. 34-57. ISBN 8572664734.

VAQUERO, Rogério. *Financiamento para implantação da Linha 4 do Metrô sairá em março deste ano*. São Paulo: Site do Estado de São Paulo, 2002 [consult. 21 dez. 2020]. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/eventos/financiamento-para-implantacao-da-linha-4-do-metro-saira-em-marco-deste-ano/>.

VENTURA, Luis Henrique. *Contratos Internacionais Empresariais*. São Paulo: Del Rey, 2002. ISBN 857308524X.