

A arbitragem nos contratos de engenharia

(*) Antônio Fernando Guimarães Pinheiro

Desprezadas as menções ao instituto na legislação processual anterior, pode-se dizer que a arbitragem foi introduzida no país como mecanismo efetivo de solução de controvérsias com a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996 (“Lei de Arbitragem”). Desde então, a arbitragem tem sido crescentemente utilizada como procedimento alternativo ao processo judicial. E isso vem ocorrendo, de modo especial, nos contratos envolvendo obras de engenharia, aos quais se fará especial menção ao longo desta exposição.

Não se pretende aqui discorrer sobre a teoria, em si, da arbitragem nem sobre variados temas controversos que são objeto de extensa doutrina, tanto no Brasil como no exterior, mas tão somente oferecer uma visão prática do instituto e das vantagens que apresenta, resultante do exercício da advocacia.

A opção pela arbitragem deve constar de cláusula contratual (cláusula compromissória) e pode ser feita por pessoas capazes relativamente a direitos patrimoniais disponíveis (Lei de Arbitragem, art. 1º).

No que se refere à adoção da arbitragem pela administração pública, a doutrina e a jurisprudência indicam em linhas gerais as hipóteses em que é cabível a utilização da arbitragem pela administração: (i) quando se trata de ato de gestão; (ii) quando se trata de serviços comerciais e industriais do Estado; (iii) nos atos negociais, em que a administração se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas; (iv) nos contratos de direito privado; e (v) no caso das empresas estatais que exercem atividade econômica com base no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição.

Mas é certo que a controvérsia suscitada sobre o tema foi, de certa forma, dirimida pela introdução, no art. 1º da Lei de Arbitragem, de um novo § 1º dispondo que *“a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”* (Lei nº 13.129/2015).

Depois disso, tem sido frequente a edição, tanto no âmbito estadual quanto na esfera da União Federal, de normas que permitem a introdução, em contratos da administração pública, de cláusula arbitral, e regulam, no que for pertinente, o procedimento arbitral a que se deverá submeter o ente público, muitas vezes restringindo a apenas algumas câmaras de arbitragem a eleição para administrar o procedimento que for instalado.

No caso do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 19.477 de 2011, estabelece que o Estado e os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta poderão optar pela adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível, e dispõe sobre os requisitos para tanto.

Não obstante a natureza específica da obra objeto da relação contratual, inclusive nos contratos de concessão de serviços públicos, as partes contratantes têm optado pela arbitragem para dirimir controvérsias surgidas no curso da execução, consolidando a percepção de que esta modalidade possibilita, além do sigilo e da celeridade, um julgamento bem mais especializado.

Nessa linha, a Lei 8.987 de 1995 (“Lei Geral de Concessões”) prevê no seu artigo 23-A que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem. Da mesma forma, a Lei 11.079 de 2004 (“Lei de Parcerias Público-Privadas”), no seu artigo 11, Inciso III, prevê a possibilidade de o contrato de concessão prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Importante notar que no caso da administração pública a arbitragem será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade, nos termos do § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem.

No âmbito do procedimento arbitral as partes disporão de todos os meios para assegurar que a controvérsia seja apreciada e decidida por árbitros especializados, escolhidos na forma do regulamento aplicável, capazes de lidar com as questões de natureza técnica e jurídica envolvidas.

É comum nos contratos de engenharia envolvendo a execução de obras acontecerem situações não previstas que interferem com o planejamento inicial, gerando atrasos na execução e custos extraordinários, que podem afetar tanto o proprietário quanto a empreiteira contratada.

Essas situações levam à apresentação de reivindicações de ressarcimento de custos adicionais por parte da empreiteira, ou à aplicação de penalidades pelo proprietário da obra à empreiteira, conflito este que, muitas vezes, não se resolve amigavelmente especialmente quando existe culpa concorrente.

Em tais situações, frustrada a negociação amigável, e tendo sido prevista a arbitragem como meio de solução das controvérsias, caberá então à parte que se sentir prejudicada dar início ao procedimento aplicável perante a entidade arbitral escolhida no contrato. Este mecanismo de solução de controvérsias apresenta significativa vantagem em relação ao processo judicial especialmente em razão do prazo que normalmente transcorre até solução final da controvérsia, mediante a prolação da sentença arbitral.

Exemplificativamente, uma questão de natureza técnica, envolvendo, por exemplo, a responsabilidade pela solidez e qualidade de determinada obra, se levada ao judiciário seguramente não terá uma desfecho definitivo antes de decorrido um bom número de anos. Com a utilização da arbitragem, conforme tem demonstrado a experiência, um litígio dessa natureza estará resolvido em até três anos.

É, pois, altamente recomendável nos contratos que envolvam obras de engenharia, tanto de natureza privada quanto administrativa, que seja escolhida a arbitragem como meio de solução das controvérsias, e também que respectiva na cláusula compromissória seja indicada a entidade arbitral escolhida pelas partes.

Não se pode deixar de mencionar ainda que, no caso de grandes projetos de engenharia, e paralelamente à adoção da arbitragem, tem sido crescente a utilização de Comitês de Soluções de Controvérsias (“*Dispute Boards*”). Esses comitês são formados por profissionais experientes e imparciais, contratados antes do início da execução das obras para acompanhar a execução do contrato e solucionar internamente as controvérsias que possam surgir, evitando, na medida do possível, o recurso à arbitragem.

Além do custo de um “*Dispute Board*” ser significativamente mais reduzido se comparado ao de um procedimento arbitral, o conhecimento do contrato pelos integrantes do comitê e o acompanhamento *pari passu* da execução das obras, na maioria das situações possibilitam uma solução rápida e imparcial, evitando que a controvérsia afete o próprio ambiente de execução do contrato e acabe por demandar o recurso à arbitragem.

I – Da contextualização do procedimento arbitral

As partes deverão formalizar sua vontade de submeter os litígios que possam resultar da execução do contrato ao juízo arbitral, o que farão mediante a celebração de convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir em relação ao contrato por elas celebrado. Tal cláusula deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado a ele relacionado.

O compromisso arbitral, por seu turno, é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Tendo as partes contratantes escolhido na cláusula compromissória as regras de alguma entidade a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo ainda as partes estabelecer, na própria cláusula ou em outro documento, regras específicas de procedimento para a instituição da arbitragem.

É de todo aconselhável, particularmente nos contratos de engenharia, que a entidade arbitral seja definida no momento da contratação, por meio da cláusula compromissória, de modo a evitar que o início de um eventual procedimento arbitral fique na dependência do acordo posterior das partes a esse respeito, ou até mesmo de sentença judicial para regular essa questão.

A cláusula compromissória dita vazia, que indica simplesmente a decisão das partes de submeter o litígio à arbitragem, não especifica os detalhes relativos a vários aspectos

fundamentais do procedimento arbitral, como a entidade à qual será submetida a controvérsia e o regulamento a ser seguido.

Neste caso, não havendo acordo posterior sobre o assunto, a parte interessada em dar início ao processo arbitral manifestará sua intenção à outra parte, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Não comparecendo a parte convocada ou, se comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, a parte interessada poderá ajuizar a demanda de que trata o art. 7º da Lei de Arbitragem perante o órgão do Poder Judiciário a que originariamente tocara o julgamento da causa. A sentença que julgar procedente o pedido da parte interessada valerá então como compromisso arbitral.

Importante ressaltar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Diversas são no Brasil as entidades credenciadas a administrar procedimentos arbitrais. Para a escolha daquela que será nomeada na cláusula compromissória e no compromisso arbitral deverão as partes avaliar cuidadosamente as opções existentes, inclusive mediante consultas a especialistas e ao próprio mercado. Neste caso, devem ser levados em consideração, especialmente, o número de procedimentos já administrados, a localização geográfica, o custo, a maior ou menor complexidade do regulamento aplicável, além de outros fatores.

Por outro lado, assim como ocorre no processo judicial, as partes poderão se fazer representar por advogados munidos de poderes necessários para agir em seu nome em todos os atos pertinentes ao procedimento arbitral. A arbitragem será considerada instituída quando aceita a nomeação pelo árbitro, se único, ou por todos, se forem vários, e sua instituição interrompe a prescrição retroagindo à data do requerimento de sua instauração.

Segundo os preceitos constitucionais serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Finalmente, vale destacar que a revelia de uma parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

II – Da nomeação dos árbitros

Uma vez iniciados os trâmites para a instauração do procedimento arbitral, as partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar. Se as partes nomearem árbitros em número par estes, de comum acordo, nomearão um terceiro que atuará como presidente do tribunal arbitral.

No desempenho de sua função o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Ele é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir será final, não estando sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

A escolha do árbitro é decisiva para o bom andamento dos trabalhos no curso do procedimento arbitral, e também para assegurar que a controvérsia seja apreciada por quem tenha efetivamente a qualificação e a experiência para decidir sobre o objeto da lide. Em se tratando de questão de natureza técnica mais crítica se torna essa escolha.

Por isso, devem as partes nomear para atuar como árbitro preferencialmente pessoa que detenha conhecimento específico sobre as questões objeto da arbitragem, o que certamente possibilitará um encaminhamento mais célere e objetivo do procedimento, além de uma decisão bem formulada e completa, fundamentada nas provas produzidas e nas alegações das partes.

A escolha do árbitro pode se fazer livremente, a critério de cada uma das partes, através da nomeação de qualquer pessoa que seja capaz e tenha a sua confiança, salvo se o regulamento da entidade arbitral exigir que o mesmo seja escolhido dentre aquelas pessoas que figuram na lista de credenciados pela entidade.

Em se tratando a divergência de questão de conteúdo preponderantemente técnico ou relacionado ao alegado descumprimento de obrigações contratuais, a escolha mais adequada certamente recairá sobre profissionais das áreas mais afeitas à natureza da controvérsia.

III – Do Termo de Compromisso

Após a nomeação do(s) árbitro(s) as partes e o Tribunal Arbitral deverão firmar o Termo de Arbitragem em audiência especialmente designada para tal finalidade, ocasião em que serão efetuados o pagamento da Taxa de Administração e o depósito dos honorários do Tribunal Arbitral.

Constarão obrigatoriamente do compromisso arbitral (i) o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; (ii) o nome, profissão e domicílio do(s) árbitro(s); (iii) a matéria que será objeto da arbitragem; e (iv) o lugar em que será proferida a sentença arbitral; (v) a autorização para que o(s) árbitro(s) julgue(m) por equidade, se assim for convencionado pelas partes; (vi) o prazo para apresentação da sentença arbitral; (vii) o idioma em que será conduzido o procedimento arbitral; (viii) a determinação da forma de pagamento dos honorários do(s) árbitro(s) e da taxa de administração, bem como a declaração de responsabilidade pelo respectivo pagamento e pelas despesas da arbitragem; e ((ix) a assinatura de 2 (duas) testemunhas.

É prática usual nos procedimentos arbitrais a definição de prazos para as respectivas etapas, compreendendo as alegações iniciais (inclusive para a reconvenção, sendo o caso), impugnação, réplica, tréplica e alegações finais. Tais prazos serão detalhados no Termo de

Arbitragem e só poderão ser modificados de comum acordo entre as partes e o Tribunal Arbitral.

IV – Do procedimento arbitral

Na audiência de assinatura do Termo de Arbitragem o Tribunal Arbitral promoverá inicialmente a tentativa de conciliação das partes. Frustrada a conciliação as partes disporá(ão) de prazo comum, contado da data do Termo de Arbitragem, para que apresente(m) suas alegações iniciais (o qual se aplicará para a parte requerida no caso de reconvenção) e indique(m) as provas que pretende(m) produzir.

As alegações iniciais deverão conter os pedidos e suas especificações. Após a apresentação das alegações iniciais nenhuma das partes poderá formular novos pedidos, aditar ou modificar os pedidos existentes ou desistir de qualquer dos pedidos sem anuência da(s) outra(s) parte(s) e do Tribunal Arbitral.

Havendo reconvenção será aberto prazo comum à requerente e à requerida para apresentação da impugnação às alegações iniciais da outra parte, oportunidade em que a parte reconvincente deverá indicar as provas que pretende produzir.

Encerrado o prazo para impugnação o Tribunal Arbitral deliberará sobre a produção de provas. Caso entenda não serem necessárias novas provas declarará encerrada a instrução e concederá às partes prazo comum para que ofereçam suas alegações finais.

Tem sido prática comum que o Tribunal Arbitral convoque audiência específica para que as partes possam fazer a apresentação do caso. Assim, terão os árbitros oportunidade de obter esclarecimentos amplos sobre o caso, seja de natureza técnica quanto jurídica, municiando-se para a perfeita compreensão das questões nele tratadas.

Os patronos das partes, e também técnicos que detenham conhecimento dos fatos ocorridos na execução do contrato, farão suas apresentações utilizando meios de suporte documental e de mídia, de modo a contribuir para a elucidação dos fatos discutidos e para sanar dúvidas de natureza técnica que possam eventualmente surgir.

Geralmente essas apresentações se dão em caráter bastante informal, iniciando-se com a apresentação da parte requerente e, em seguida, da parte requerida. Os árbitros geralmente formulam pedidos de esclarecimento na medida do necessário e todo o material produzido pelas partes é posteriormente juntado aos autos do procedimento arbitral.

Entendendo o Tribunal Arbitral necessária a realização de prova pericial disporá sobre a apresentação de quesitos, a nomeação do perito, o pagamento dos honorários periciais, a admissão de assistentes técnicos, a apresentação do laudo pericial e outros aspectos. O perito será escolhido pelo Tribunal Arbitral deverá ser necessariamente um expert no tema objeto de elucidação técnica ou científica.

Se entender necessária a realização de audiência de instrução designará dia, hora e local para sua realização. Na referida audiência serão produzidas as provas orais, iniciando-se pelos esclarecimentos do perito, se for o caso, seguindo-se pelo depoimento pessoal das partes e pela inquirição de testemunhas arroladas.

Concluída a produção das provas as partes disporão de prazo comum para apresentar suas alegações finais, a partir do que o Tribunal Arbitral proferirá a Sentença Arbitral no prazo estabelecido no Termo de Arbitragem.

IV – Das Alegações Iniciais

Cuidado especial deverá ter a requerente do procedimento arbitral na formulação de suas alegações iniciais. Esta peça processual é de extrema importância para situar de forma completa, consistente e coerente seu pedido, devendo ser a petição acompanhada da documentação comprobatória dos fatos alegados.

Em se tratando de divergência na execução de obras de engenharia é recomendável seja apresentado um relato minucioso e ordenado das circunstâncias ocorridas durante a execução do contrato para proporcionar aos árbitros uma visão precisa dos fatos e das responsabilidades atribuíveis a cada uma das partes contratantes.

De fato, sendo a finalidade do pedido da parte interessada ver reconhecido seu direito em obter compensação financeira pelo descumprimento contratual da parte requerida, será imperativa a demonstração da responsabilidade desta última pelo inadimplemento de suas obrigações e a adequada quantificação do dano daí resultante.

Para tanto, usualmente o advogado patrono da arbitragem trabalhará em estreito contato com a equipe técnica de sua cliente, seja colhendo subsídios para abordar adequadamente as questões de natureza técnica envolvidas, seja para juntar provas capazes de caracterizar, de maneira clara e consistente, a responsabilidade da requerida pelo descumprimento de suas obrigações.

Na elaboração das alegações iniciais é prática costumeira das partes utilizarem o suporte de consultorias especializadas na gestão de contratos e obras para retratar os fatos ocorridos, dentro de parâmetros temporais e da lógica construtiva da obra envolvida, e quantificar com exatidão os danos ou prejuízos resultantes que serão objeto do pedido.

As alegações iniciais devem conter a exposição histórica dos fatos ocorridos, o detalhamento das situações que caracterizam o descumprimento das obrigações e os fundamentos contratuais e legais que dão suporte às alegações. Devem contemplar ainda a quantificação das penalidades contratuais aplicáveis, sendo o caso, assim como dos prejuízos resultantes.

Vale ter presente que os registros mantidos ao longo da execução do contrato, tais como atas de reunião e Registros de Diário de Obra (RDOs) serão extremamente importantes para comprovar as situações ocorridas no dia a dia da obra, especialmente na liberação de áreas ou

no cumprimento do cronograma físico, problemas de mão de obra direta e indireta, fornecimento de materiais e equipamentos, interferências com outras empreiteiras, etc.

Os relatórios de acompanhamento mensal, assim como os relatórios fotográficos obtidos ao longo da execução da obra e, sendo o caso, imediatamente após o seu término (ou, eventualmente, após o abandono por parte da empreiteira ou no momento da suspensão dos trabalhos por parte do proprietário da obra), serão também de enorme importância para dar suporte às alegações iniciais da parte requerente.

Ao final das suas alegações iniciais deverá a requerente indicar as provas que pretende produzir no curso do procedimento arbitral, as quais incluirão, nos casos que envolvem divergências surgidas na execução de obras, prova documental, testemunha e pericial.

Havendo interesse da requerida em reconvir os mesmos cuidados acima indicados se aplicarão, uma vez que a reconvenção não é um meio de defesa em relação ao mérito do pleito da requerente, mas um verdadeiro contra-ataque pelo qual a requerida, dentro do mesmo procedimento arbitral, apresenta pedido diferente e em sentido contrário àquele apresentado pela requerente.

Assim, num mesmo procedimento arbitral, de um lado a requerente pleiteia indenização por prejuízos causados pela requerida, enquanto esta, de sua parte, faz o mesmo, em sentido contrário, imputando a requerente a responsabilidade por prejuízos resultantes do inadimplemento de obrigações contratuais.

Naturalmente, mais complexo será o procedimento arbitral em tais casos, na medida em que caberá ao Tribunal Arbitral analisar dois diferentes pleitos em paralelo, um da requerente contra a requerida, e outro desta contra a primeira, sendo que cada um deles seguirá a mesma sistemática processual, passando pelas etapas da alegação inicial, impugnação, réplica, tréplica e alegações finais.

V – Da impugnação

A impugnação é a peça processual na qual a requerida contesta as alegações iniciais da requerente, buscando demonstrar, da maneira clara e consistente, o não cabimento, total ou parcial, das alegações da requerente.

Além de apresentar um relato minucioso das circunstâncias ocorridas durante a execução do contrato, de forma a proporcionar aos árbitros uma visão precisa dos fatos e das responsabilidades atribuíveis a cada uma das partes, deverá a requerida impugnar cada um dos valores quantificados pela requerente ao longo das alegações iniciais e juntar documentação comprobatória dos fatos alegados em sua defesa.

Assim como ocorre em relação às alegações iniciais da requerente, serão extremamente importantes para a comprovação das alegações da requerida na sua impugnação, os registros

mantidos ao longo da execução do contrato, tais como atas de reunião e RDOs, assim como os relatórios de acompanhamento mensal.

Se for o caso, poderá ainda a requerida juntar relatórios fotográficos elaborados ao longo da execução da obra e, sendo o caso, imediatamente após o seu término ou, eventualmente, após o abandono por parte da requerente, ou no momento em que possa ter ocorrido a suspensão dos trabalhos.

É comum também a utilização de consultorias especializadas na gestão de contratos e obras para retratar os fatos ocorridos, dentro de parâmetros temporais e da lógica construtiva da obra envolvida, para impugnar os argumentos da parte requerente.

Finalmente, deverá a requerida indicar os fundamentos contratuais e legais que dão suporte às suas alegações e, no fecho da petição, pleitear ao Tribunal Arbitral que declare a improcedência total ou parcial dos pedidos da requerente.

VI – Da réplica e da tréplica

Se assim estabelecido no Termo de Compromisso, após a impugnação por parte da requerida terá a requerente o direito de apresentar sua réplica e, em seguida, terá a requerida o direito de apresentar sua tréplica. Caso tenha havido reconvenção no mesmo procedimento arbitral essas etapas se aplicarão em relação a cada um dos processos.

Essas duas etapas, assim como as alegações iniciais, a impugnação e as alegações finais têm por finalidade assegurar que as partes tenham a mais ampla oportunidade de apresentar suas alegações no curso do procedimento arbitral, em verdadeiro processo dialético, exercitando o contraditório em toda a sua extensão, de modo que o Tribunal Arbitral tenha todos os elementos necessários para julgar o feito.

A réplica servirá essencialmente para que a requerente conteste as alegações da requerida constantes da impugnação, apresente documentos complementares, se for o caso, e reitere seu pedido inicial.

Já a tréplica, permitirá que a requerida se manifeste sobre a réplica da requerente, inclusive juntando novos documentos se for o caso.

VII – Da prova pericial

Na data especificada no Termo de Compromisso, ou quando assim determinado pelo Tribunal Arbitral, deverão as partes especificar as provas que pretendem produzir, seja através de documentos, perícia e oitiva de testemunhas.

A prova pericial consiste no exame e avaliação dos fatos e questões colocados pelas partes através dos quesitos que vierem a formular a luz das provas documentais juntadas aos autos, bem como das constatações que o perito vier a fazer por inspeção física no local das obras.

Contudo, por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só poderá ser admitida pelo Tribunal Arbitral quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

O laudo pericial é o instrumento escrito apresentado pelo perito, no qual este registra suas repostas aos quesitos das partes, a análise de cada alegação ou pedido, e suas conclusões, devendo fazê-lo de maneira objetiva e completa.

Para elaborar o laudo o perito deverá ter contato direto com as fontes de prova – pessoas e coisas -, analisando-as com base em métodos técnicos e científicos e todos os outros elementos que se façam necessário. O laudo pode ser constituído também com projetos, plantas, mapas, desenhos, fotografias ou qualquer outro meio de representação como maquetes, por exemplo.

Para tanto é imprescindível que as partes formulem questões objetivas a serem respondidas pelo perito, a exemplo de fatos ou documentos que comprovem suas alegações, a verificação de cálculos apresentados, a confirmação de registros de obra e suas consequências, etc.

Cada parte poderá indicar seu assistente técnico para acompanhar os trabalhos do perito nomeado pelo Tribunal Arbitral, sendo que, ao final da perícia, poderão os mesmos apresentar sua manifestação sobre o laudo pericial. Uma vez recebido o laudo pericial o Tribunal Arbitral obrigatoriamente dará conhecimento do fato às partes e as intimará para falar sobre o mesmo.

A esse respeito, o processualista Humberto Theodoro Júnior assim se pronuncia: *“Em hipótese alguma, é de admitir-se que o juiz proceda ao julgamento da causa imediatamente após a juntada do laudo pericial, sem ouvir as partes a seu respeito. Semelhante proceder representaria grave violação ao contraditório, acarretando nulidade da sentença por cerceamento de defesa.”* (Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. Ed. Rev. Amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.1, p.491-492).

VIII – Da prova testemunhal

No caso da prova testemunhal é aconselhável que as partes indiquem especificamente o contexto no qual será ouvida cada testemunha, assim entendidos os fatos ou os períodos em que cada uma delas teve contato com as questões discutidas no âmbito do procedimento arbitral, de modo que fique evidenciada a pertinência de sua oitiva.

A prova testemunhal s será produzida na audiência de instrução iniciando-se pelos esclarecimentos do perito, se for o caso, seguindo-se pelo depoimento pessoal das partes e, logo após, pela inquirição das testemunhas arroladas.

Por ocasião dos esclarecimentos do perito os representantes das partes e os membros do Tribunal Arbitral terão ampla liberdade de formular perguntas, solicitar esclarecimentos sobre aspectos do laudo pericial, abordar pontos que não tenham sido adequadamente respondidos pelo perito e, se for o caso, inclusive solicitar ao Tribunal Arbitral a complementação do trabalho.

Isso é particularmente importante no caso de existir indefinição ou dúvida em relação a fatos essenciais para a caracterização da efetiva responsabilidade das partes contratantes por fatos geradores de atraso ou de custos não adicionais durante a execução da obra. Como exemplo, pode-se tomar, de um lado, a alegação por parte da empreiteira, encarregada da execução das obras civis de uma obra industrial complexa, de que incorreu em custos adicionais em razão de atraso na liberação de projetos pelo proprietário do empreendimento e, de outro lado, a alegação deste último de que os eventuais atrasos ocorridos em razão disso não comprometeram o caminho crítico da obra, pelo que não se justificaria o pleito de ressarcimento de pretensos custos adicionais daí resultantes.

A perícia será então imprescindível para determinar se a curva de liberação dos projetos executivos teve ou não real impacto sobre a curva de execução física da obra, pressupondo-se que todos os demais recursos necessários estavam disponíveis. E, caso se conclua que determinada parcela de responsabilidade cabe a uma das partes, será imprescindível que o perito verifique os cálculos apresentados pela parte requerente para determinar sua exatidão.

Questões dessa ordem podem e devem ser exaustivamente debatidas na audiência em que se ouve o perito, para o esclarecimento mais completo possível do Tribunal Arbitral a respeito dos temas objeto do procedimento arbitral, podendo ocorrer até mesmo a determinação de investigações adicionais por parte do perito caso persista ainda alguma dúvida quanto à matéria em exame.

E esta será também a oportunidade para que, caso assim permitido pelo Tribunal Arbitral, possa o Assistente Técnico indicado por cada contribuir para o esclarecimento dos fatos tratados na perícia e, inclusive, apresentar conclusões divergentes do Laudo Pericial.

No tocante à prova testemunhal, serão ouvidas as testemunhas indicadas pelas partes, havendo ampla oportunidade de formulação de perguntas, seja pelos árbitros seja pelos patronos da requerente e da requerida. A oitiva de testemunhas é geralmente feita de modo bastante informal.

O depoimento testemunhal contribuirá para a formação do livre convencimento dos árbitros e será complementar aos demais meios de prova utilizados por cada uma das partes,

especialmente quando a prova documental se mostre insuficiente para a cabal cognição do feito.

Espera-se que as partes indiquem testemunhas que possam efetivamente contribuir para confirmar os fatos por elas alegados. Assim, em se tratando de questões decorrentes da execução de obras de engenharia, serão ouvidos, além dos representantes legais da requerente e da requerida, pessoas diretamente envolvidas na administração do contrato, os gerentes de projeto, o pessoal de campo, os técnicos encarregados da fiscalização da obra, etc.

Ademais, na indicação das testemunhas há que observar alguns requisitos especialmente no que concerne à qualidade pessoal dos mesmos. O art. 447, caput, do novo CPC, dispõe que poderão depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

Assim, cabe ao patrono de cada parte, quando do conhecimento do rol de testemunhas da parte adversa, analisar criteriosamente cada situação e, se for o caso, apresentar contradita visando a impugnação de qualquer delas que se enquadre em alguma das hipóteses previstas na lei. O momento oportuno da contradita da testemunha é aquele entre a qualificação da mesma e o início de seu depoimento. Sendo acolhida a contradita a testemunha impugnada ficará impedida de prestar seu testemunho.

IX – Das alegações finais

Concluída a produção das provas, as partes disporão de prazo comum para apresentarem suas alegações finais. Nesse documento as partes farão a síntese dos fatos que cercam a controvérsia e apresentarão os argumentos e provas que dão suporte às suas alegações.

Em se tratando a divergência de matéria complexa, deverão as partes utilizar as razões finais para retratar de forma sucinta e completa, na medida do possível, todos os elementos que dão suporte às suas alegações, sejam documentais, periciais ou testemunhais, bem como aqueles que demonstrem a improcedência dos pedidos da outra parte.

É esta etapa a última oportunidade para o convencimento dos membros do Tribunal Arbitral antes da prolação da sentença arbitral, pelo que a preparação das alegações finais deve extremamente cuidadosa.

É recomendável, inclusive, que a peça seja gradativamente elaborada ao longo da realização dos atos processuais, de modo que, encerrada a fase produção de provas, possa ela conter todos os elementos relevantes para dar suporte às alegações de cada parte.

X – Da Sentença Arbitral

Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem. A sentença arbitral é o ato pelo qual o Tribunal Arbitral decide a controvérsia em caráter final, fazendo, portanto, coisa

julgada. Portanto, as questões de mérito decididas na sentença arbitral não mais poderão ser objeto de novo julgamento por um tribunal, seja arbitral ou judicial.

No prazo de 5 (cinco) dias contados do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado, poderá a parte interessada solicitar ao Tribunal Arbitral que (i) corrija qualquer erro material da sentença arbitral; ou (ii) esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Por outro lado, nos termos do artigo 31 da Lei de Arbitragem a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Para o cumprimento da sentença arbitral, caso a parte condenada não o faça voluntariamente, caberá então à parte vencedora propor em juízo a demanda executiva, uma vez que não cabe ao Tribunal Arbitral determinar as providências cabíveis para tanto.

Quanto à possibilidade de anulação da sentença arbitral, o artigo 32 da Lei de Arbitragem indica taxativamente quais são os casos possíveis. Assim, será nula a sentença arbitral (i) se for nula a convenção de arbitragem; (ii) se emanou de quem não podia ser árbitro; (iii) se não contiver os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem (i.e. os requisitos obrigatórios da sentença arbitral); (iv) se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; se (v) ficar comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (vi) se foi proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e (vii) se forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Ocorrendo qualquer desses casos poderá a parte interessada pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral.

XI – Conclusão

Como se pode ver, a arbitragem permite a solução de controvérsias de forma rápida e especializada, com árbitros escolhidos pelas próprias partes, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, e trazendo ainda, como vantagens adicionais o efeito definitivo da sentença arbitral que faz coisa julgada e a preservação do sigilo do procedimento.

Num contexto de comprovada morosidade dos tribunais no julgamento dos feitos, e do excessivo trâmite burocrático que permite incontáveis recursos que travam o andamento dos processos, esse mecanismo alternativo tem sido cada vez mais utilizado com indiscutível vantagem para as partes, ainda que possa eventualmente acarretar custo superior ao do contencioso tradicional.

Não é sem razão que a fórmula de resolução de divergências através da arbitragem passou a ser incorporada aos contratos administrativos, proporcionando maior segurança para o contratante privado, tendo em vista, justamente, o risco que até então existia de resultarem prejuízos irremediáveis para este em face da morosidade da tramitação dos feitos no judiciário. Esse foi, sem dúvida, um grande passo na modernização das relações entre o setor público e o privado.

A escolha da arbitragem reflete ainda o desejo subjetivo das partes contratantes que assim o fizeram de manter seu relacionamento comercial a despeito de questões que possam surgir no curso da execução dos contratos e que devam ser rapidamente resolvidas. É notória a disposição das partes que buscam esse mecanismo de colaborar não apenas com os árbitros, mas, de certa forma, também entre si, para a rápida solução da controvérsia.

Por tudo isso, explica-se sua crescente utilização, especialmente nos contratos envolvendo obras de engenharia, que requerem soluções rápidas e equitativas para possibilitar seja alcançado o objetivo maior, de ambas as partes, que é justamente a conclusão dos respectivos projetos aos quais as mesmas se relacionam.

(*) Antonio Fernando Guimarães Pinheiro é sócio sênior do escritório Veiga, Hallack Lanzioti e Castro Vêras Advogados, com sede em Belo Horizonte, Brasil. Atua na área societária, contratos de engenharia, mineração, energia, estruturação de projetos industriais, fusões e aquisições, financiamento de projetos e contratos administrativos, especialmente na estruturação de projetos de concessão e parcerias público-privadas, além de arbitragem. Atua fortemente no atendimento a clientes internacionais. Pode ser contatado através dos telefones 31+2535-8801, 31+99142-9131 ou do e-mail fernandopinheiro@vhclaw.com.br.
