

Arbitragens Internacionais de Construção Civil:

Melhores Práticas para Documentar Pleitos e Defesas

por Jennifer L. Permesly,
Tania Cohen e Manuela Costa

O presente artigo discute as categorias mais comuns de documentos necessários para comprovar pleitos ou defesas em arbitragens relacionadas à construção civil e sugere maneiras para que as partes possam se preparar para uma potencial arbitragem por meio da manutenção de boas práticas de registros durante todo o período de construção.

Arbitragens internacionais decorrentes de disputas de construção civil envolvem notoriamente um grande volume de documentos. Para comprovar pleitos e estabelecer defesas acerca de ineficiências, custos e atrasos de projeto, as partes devem confiar em documentos criados e mantidos durante o período de construção. A complexidade dos projetos de construção nos tempos modernos, acompanhada da variedade de práticas de manutenção de registros usadas por empresas em diferentes países, resulta em visões amplamente divergentes sobre os tipos de documentação que constituem prova adequada em uma arbitragem de construção.

Muitas vezes, é difícil saber precisamente durante um projeto de construção quais eventos poderão ser, no futuro, objeto de um pedido de arbitragem. Consequentemente, a melhor forma de se garantir que a documentação necessária para suportar um pleito ou defesa estará disponível quando do surgimento de uma disputa é estabelecer práticas adequadas de documentação desde as primeiras fases do projeto e enfatizar para toda a equipe a importância da manutenção adequada de documentos.

Embora as práticas aqui descritas não sejam exaustivas nem aplicáveis a todos os casos, elas fornecem orientações sobre como as partes devem se organizar para gerir os documentos muito antes do surgimento de uma disputa.

Chaffetz Lindsey LLP

1700 Broadway, 33rd Floor, New York, NY 10019

tel: +1 212 257 6960 | fax: +1 212 257 6950

www.chaffetzlindsey.com

A importância dos documentos para a arbitragem de construção

Embora o acesso à documentação contemporânea seja importante em qualquer arbitragem comercial internacional, este acesso tem mais relevância no contexto de disputas complexas de construção civil. Isso porque os árbitros têm a tarefa de desvendar um registro pormenorizado de fatos para determinar sua causa e efeito e atribuir responsabilidades às partes. Abaixo descrevemos diversas formas em que a documentação pode se provar crítica em um arbitragem de construção.

1. Documentos são fundamentais para cumprir o ônus da prova

Uma questão básica é documentar adequadamente as situações que são críticas para cumprir suficientemente o ônus da prova – isto é, o ônus de “inclinarmos a balança” a favor da probabilidade de que um pleito ou defesa seja “mais provável que não” de ser verdadeiro ou correto (vide John W. Hickey & Troy L. Harris, *International Construction Arbitration Handbook* § 9.5 (2015)).

Em arbitragens de construção, a importância do ônus da prova não pode ser negligenciada. Apenas para dar um exemplo, um empreiteiro pedindo indenização por atrasos no cronograma do projeto provavelmente arcará com o ônus de demonstrar que: a) o atraso ocorreu; b) o atraso foi causado por eventos dentro do controle do contratante; c) o empreiteiro não era responsável por qualquer atraso simultâneo; d) o atraso causou danos ao empreiteiro; e e) o valor desses danos (vide 67 Am. Jur. 3d Proof of Facts § 2 (2015)).

Sem a documentação contemporânea, como, por exemplo, cronogramas de projetos traçando os eventos de atraso ou correspondências notificando os atrasos e antecipando os danos dele resultantes, o empreiteiro fica à mercê de testemunhas para estabelecer os fatos e de peritos para recriar o histórico do projeto. A parte contrária certamente irá apresentar testemunhas concorrentes e peritos para insistir que não é responsável pelo atraso. O tribunal arbitral tem, então, que decidir sobre responsabilidades, causas e montantes devidos baseado, em grande parte, somente na credibilidade do depoimento testemunhal. Nos casos em que o requerente tem o ônus de “inclinando a balança” a favor de seus pedidos, a falta de documentação adequada pode impor um sério obstáculo ao êxito na arbitragem.

Embora o ônus da prova seja um fator crucial em todas as arbitragens de construção, diferentes tipos de pleitos apresentam questões probatórias únicas. Por exemplo, uma parte pode apresentar pedidos relativos à qualidade do trabalho anos após a conclusão do projeto, dando origem a um conjunto diferente de elementos probatórios. Ou as partes podem alterar as regras sobre o ônus da prova em seu contrato, exigindo que as apresentações de documentos sejam adaptadas para atingir o ônus revisado (*vide* Anne Véronique Schlaepfer, “The Burden of Proof in International Arbitration,” in *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* 127, 129 (Albert Jan van den Berg ed., 2015)). Dessa forma, deve-se manter em mente que algumas recomendações podem não se aplicar a todos os cenários de uma arbitragem de construção.

2. A documentação protege contra alegações posteriores de renúncia, impedimento ou quitação

A documentação também pode ser crucial ao responder a alegações de renúncia, impedimento ou quitação. Uma defesa comum em disputas de construção é que o requerente não forneceu a notificação necessária e imediata de seu(s) pleito(s), ou que demonstrou de forma implícita a sua aceitação aos termos alterados ou trabalhos defeituosos durante o período do projeto (*vide* 2 Philip L. Bruner & Patrick J. O’Connor, Jr., *Bruner and O’Connor on Construction Law* § 7:149 (2015)). A documentação contemporânea, registrando a data de notificação dos pleitos e como (ou se) os pleitos foram resolvidos, pode ajudar na defesa contra tais argumentos.

3. A produção de documentos pode ser exigida em arbitragens

Árbitros frequentemente permitem que as partes requeiram a produção de documentos pela parte contrária em arbitragens internacionais de construção

civil (*vide* John W. Hinchey & Troy L. Harris, *International Construction Arbitration Handbook* § 5.22 (2015)). Nestas circunstâncias, as partes podem insistir na produção de documentos aos quais não tinham acesso (ou, caso tivessem acesso, mostraram-se desinteressadas) durante o projeto. Uma parte pode se encontrar forçada, por exemplo:

- a produzir comunicações internas sobre sua tomada de decisões para a escolha do contratado na licitação do projeto,
- a entregar seus registros contábeis internos para provar seus custos de construção,
- a revelar informações confidenciais sobre os seus acordos com subcontratados, ou
- a produzir arquivos internos, atas de reunião e outros documentos confidenciais.

Se a parte não manteve esses documentos de maneira adequada ou se eles contêm informações que a parte não está disposta a produzir, é possível que a parte contrária peça ao tribunal arbitral para que tire conclusões desfavoráveis (“adverse inferences”), isto é, que o tribunal presuma que a prova faltante é desfavorável à parte que não a produziu ou, ainda, que simplesmente negue os pedidos por completa falta de provas (*vide* Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* § 16.02, at 2391-93 (2d ed. 2014)).

As partes também podem ser obrigadas a fornecer à parte contrária o produto de programas de software de projetos, tais como computer-aided design (CAD) e building information modeling (BIM), e de qualquer software de planejamento (por exemplo, Primavera). Por esta razão, as partes devem ter em mente que todas as entradas de dados, ainda que não finalizadas, podem ser armazenadas pelos programas e acabar sendo divulgadas para a parte contrária.

4. A credibilidade e qualidade dos relatórios dos peritos é reforçada através de documentação

As partes de uma arbitragem internacional de construção normalmente contratam peritos para auxiliar o tribunal a compreender seus pleitos ou defesas e a avaliar os danos pedidos. É fundamental que o perito possa contar com a documentação contemporânea do projeto na formulação de seu relatório pericial. Quando os peritos de construção são obrigados a preencher grandes lacunas na história do projeto devido à inexistência de documentação adequada, seus relatórios estarão mais facilmente sujeitos a impugnações por falta de suporte factual. Bons registros do projeto ajudam na criação de um depoimento crível e de alta qualidade por parte do perito.

5. A documentação contemporânea pode ser crucial para o estabelecimento dos danos

Manter uma documentação detalhada de custos durante todo o período de construção pode ser vital para comprovar o nexo de causalidade e os danos devidos em uma arbitragem. Uma vez concluído o projeto, é muitas vezes difícil isolar e categorizar os tipos específicos de perdas e suas causas. Isto pode ser devido ao fato de que a equipe do projeto foi dissolvida, o acesso ao local do projeto e seus registros foram encerrados ou o próprio registro do projeto era imperfeito. Nesses casos, sem a documentação contemporânea permitindo a identificação dos danos ligados especificamente a problemas ou modificações de escopo, o requerente corre o risco de ser incapaz de demonstrar o nexo de causalidade necessário.

Pelas razões discutidas acima, as partes de uma arbitragem internacional de construção podem aprimorar significativamente suas chances de êxito se puderem comprovar suas alegações, não só através de fatos e do testemunho pericial, mas também através da documentação contemporânea ao projeto.

Categorias de documentos que podem ser requeridas em arbitragens de construção

Nesta seção, analisamos algumas categorias de documentos que são comumente invocadas em arbitragens de construção, bem como identificamos algumas questões que as partes devem levar em consideração durante o período de construção, a fim de estarem preparadas para usar estes documentos em conexão com uma arbitragem.

Como ponto geral aplicável a todas as seções abaixo, as partes devem prestar atenção especial às necessidades específicas do seu contrato para avaliar o tipo de documentação a ser mantida durante o projeto e preservada por tempo razoável. Quando as partes têm uma relação de trabalho anterior e um costume de práticas entre elas, as formalidades exigidas pelo contrato podem parecer desnecessárias e excessivamente onerosas. Muitas vezes o contrato ainda oferece a melhor orientação quanto ao acordo entre as partes sobre a forma de demonstrar e preservar pleitos e é potencialmente necessário para a avaliação do tribunal se a parte comprovou seus pedidos. É, portanto, fundamental ter em mente e prestar a devida atenção aos requisitos do contrato ao se estabelecer um registro de documentos.

1. Edital e premissas pré-contratuais

Arbitragens de construção muitas vezes podem exigir que partes retornem às primeiras premissas adotadas no projeto para comprovar o seu direito a perdas e danos (e a quantificação destes). Por exemplo, as premissas e considerações que o empreiteiro usou para chegar a sua proposta para o projeto, bem como as considerações adotadas pelo contratante na adjudicação do contrato, podem ser peças críticas para determinar se o preço do contrato era razoável quando de sua elaboração (*vide* Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 13.02[H] (2016-1 cumulative supp.)). As partes devem manter a documentação interna, com o histórico e as justificativas destas decisões, nos quais as partes ou os árbitros poderão se basear no futuro (por exemplo, um acordo para reduzir horas de trabalho em resposta a um pedido do contratante).

Também é importante documentar as respectivas expectativas das partes quando da celebração do contrato, incluindo qualquer informação trocada entre elas, acerca das condições do site do projeto, dos regulamentos aplicáveis e das condições ambientais (*vide* Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 5.01 (2016-1 cumulative supp.); *vide também* 4A Philip L. Bruner & Patrick J. O'Connor, Jr., *Bruner and O'Connor on Construction Law* § 14:51 (2015) (discutindo pleitos sobre a condição do site do projeto)). A razoabilidade dessas premissas iniciais e o entendimento mútuo das partes sobre estes temas podem se tornar críticos na avaliação de responsabilidade em uma data posterior.

2. A correspondência do projeto e as notificações de pleitos

Durante as fases iniciais do período de construção, e mesmo quando surgem as primeiras disputas, contratantes e empreiteiros podem tentar evitar uma intensificação da disputa através da cooperação e da negociação por meio de linhas informais de comunicação, ao invés da documentação formal dos pedidos. Enquanto uma boa relação de trabalho é fundamental para o sucesso do projeto, ambas as partes vão se beneficiar de uma prática que garanta que a parte contrária esteja ciente de quaisquer potenciais reclamações e em que as disputas sejam documentadas quando originadas.

Uma boa prática, cada vez mais comum em grandes projetos de construção, é manter um banco de dados do projeto, pelo qual todas as correspondências são

trocadas. As comunicações são geralmente enviadas como cartas numeradas sequencialmente, o que garante que a sua transmissão possa ser rastreada. Tais correspondências são armazenadas em um banco de dados centralizado, acessível por ambas as partes durante todo o período do projeto. O banco de dados também pode ser usado para armazenar praticamente qualquer categoria de documentos, incluindo, por exemplo:

- Atualizações do cronograma;
- Relatórios de campo;
- Registros de projetos;
- Planos;
- Documentos da licitação;
- Atas de reunião.

No caso de uma disputa atual ou já antecipada, ambas as partes normalmente desejam manter algum acesso ao banco de dados mesmo após o término do projeto ou da relação entre as partes.

Além da troca de correspondências, as partes muitas vezes se comunicam por e-mail. Todas as trocas de e-mail devem ser mantidas, em especial quando uma disputa ocorre ou está em vias de ocorrer. As partes também devem esperar que a correspondência de e-mail interno dentro da empresa, bem como os e-mails trocados com a outra parte, estejam sujeitos a pedidos de produção documental.

Ao documentar pleitos ou pleitos em potencial, existem diversas regras gerais para se ter em mente:

- **Esteja atento a quaisquer procedimentos de notificação de pleitos especificamente descritos no contrato.** Contratos de construção, muitas vezes, incluem disposições pormenorizadas sobre formas de reivindicação de pleitos, incluindo prazos rigorosos. Podem, igualmente, exigir que a outra parte tenha uma oportunidade para sanar o problema. Conforme explicado acima, o cumprimento destes procedimentos pode ser visto como uma formalidade durante o período do projeto, mas sua observância pode tornar-se crítica no contexto de disputas (*vide* 33 Robert A. Rubin et al., *New York Construction Law Manual* § 16.2 (2014) e, por exemplo, FIDIC, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* at Sub-Clause 2.5 (1st ed. 1999) (exigindo que o

contratante dê ao empreiteiro “aviso e indicação” de pleitos do empregador); Sub-Clause 20.1 (exigindo que o empreiteiro notifique o contratante “no mais tardar até 28 dias após o empreiteiro tomar ou dever ter tomado conhecimento do evento ou circunstância”, dando origem a uma extensão de tempo e/ou a qualquer pedido de pagamento adicional)).

- **Inclua referências a quaisquer efeitos secundários ou de longo prazo ao pedido e reserve o direito de postular danos adicionais no futuro.** Uma das disputas mais comuns na arbitragem de construção é se a notificação do pleito forneceu informações suficientes sobre custos secundários ou cumulativos (*vide* 33 Robert A. Rubin et al., *New York Construction Law Manual* § 6.29 (2014)). Por exemplo, um empreiteiro pode notificar o contratante que excedeu determinado custo ou solicitar uma extensão de prazo para completar uma tarefa específica, mas pode não estar em condições de quantificar os efeitos específicos do impacto a longo prazo na produtividade. Nestas circunstâncias, o empreiteiro deve destacar os potenciais efeitos cumulativos a longo prazo e reservar o seu direito de reivindicar os custos em uma data posterior.

- **Documentar cuidadosamente reuniões em que pleitos são discutidos e decisões são tomadas.** Durante o período do projeto, as partes vão precisar enfrentar e resolver muitas reivindicações em reuniões de equipes de construção ou gestão. Por exemplo, durante estas reuniões as partes podem:

- aditar os termos do contrato;
- alterar o escopo de trabalho;
- alterar o cronograma do projeto;
- acordar acerca do pagamento de certos custos;
- renunciar ou quitar pleitos.

O ideal é que ambas as partes documentem contemporaneamente suas discussões nas reuniões em uma linguagem acordada e que cada parte assine a ata da reunião. As partes devem observar quais decisões foram tomadas ou, alternativamente, quais itens de ação ou pedidos foram discutidos sem que nenhuma solução tenha sido alcançada, observando nesses casos que os direitos permanecem reservados até uma data posterior.

3. Pedidos de alterações e aditivos de escopo

As alterações de escopo de trabalho e outras variações são comuns durante o curso da construção. Dada a importância de manter o projeto em andamento, as partes frequentemente implementam uma mudança antes que elas tenham reduzido a termo o pedido de alteração. Isso pode levar a disputas no decorrer do projeto sobre o que foi precisamente acordado entre as partes acerca do escopo da mudança e custos associados.

As partes devem insistir para que todas as solicitações de mudanças e pedidos de alteração sejam contemporaneamente documentados em um formato pré-acordado e acompanhados de documentos para suportar o pedido e qualquer decisão atingida. A maioria dos contratos de construção contêm requisitos específicos detalhando o processo de pedidos de alteração e a documentação de suporte que deve ser apresentada juntamente com o pedido. As partes devem aderir a estes requisitos, ausente circunstâncias especiais (*vide* Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 6.02 (2016-1 cumulative supp.) e, *por exemplo*, FIDIC, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* at Sub-Clause 13.3 (1st ed. 1999) (detalhando o procedimento para uma variação)).

Ao solicitar e/ou documentar um pedido de alteração de escopo, o seguinte é recomendado:

- **Preste muita atenção à linguagem utilizada para documentar os pedidos de alteração de escopo.** Muitas vezes, disputas surgem quando os pedidos de alteração não são claros acerca do alcance do que foi coberto ou quando o preço é deixado em aberto para ser resolvido em uma data futura. Quando um pedido ou alteração de escopo é vago, ambíguo ou lhe faltam informações pertinentes, as partes irão encontrar maior dificuldade em comprovar quaisquer futuros pleitos que dependam desses documentos. Por exemplo, um pedido de alteração de escopo deve indicar claramente:
 - quais mudanças estão sendo cobertas;
 - como as partes acordaram para estabelecer o preço da alteração;
 - as categorias de custos que as partes esperam cobrir em conexão com a mudança;

- se a mudança pode levar a custos adicionais em uma data posterior; e
- se existem categorias específicas de custos que as partes concordaram em dividir ou se uma das partes renunciou ao seu direito à indenização.

- **Leve em conta o impacto que um pedido de alteração de escopo pode ter sobre outro trabalho e esteja consciente de qualquer linguagem padrão de quitação.** Modelos de alteração de escopo muitas vezes incluem linguagem padrão de liberação/quitação na qual o contratante pode argumentar que o empreiteiro renunciou a todos os pleitos relacionados à mudança (*vide* 2 Philip L. Bruner & Patrick J. O'Connor, Jr., *Bruner and O'Connor on Construction Law* § 7:155 (2015)). Isto se torna particularmente problemático quando o pedido de alteração não levou em conta o impacto cumulativo ou os efeitos secundários da alteração de escopo. Ao solicitar os custos associados, deve-se avaliar cuidadosamente o impacto que a mudança terá sobre outros trabalhos, como a sequência e eficiência do trabalho, e documentar esses custos ou reservar o direito de reivindicá-los no futuro, por meio do pedido de alteração de escopo ou em carta enviada simultaneamente ao pedido de alteração.

4. Cronogramas do projeto e solicitações de aceleração

Cronogramas do projeto são fundamentais para comprovar alegações de atraso em arbitragens de construção. No entanto, os cronogramas não são atualizados para registrar disputas e melhor maximizar a capacidade de comprovar pleitos de potenciais atrasos. Além disso, medidas de aceleração muitas vezes são implementadas sem um acordo formal para sua compensação. Dadas as dificuldades em registrar eventos que afetaram o cronograma uma vez que o projeto está concluído, a atenção cuidadosa ao planejamento pode ser um componente crítico para comprovar pleitos em arbitragens de construção.

As partes devem:

- **Manter e atualizar regularmente o cronograma do projeto.** Normalmente é responsabilidade do empreiteiro atualizar o cronograma e fornecer atualizações ao contratante em intervalos regulares

ou quando houver alterações. A programação é mantida tipicamente em formato eletrônico, pelo uso de software especializado e com relatórios acessíveis em formato previamente acordado. Para garantir continuidade, o empreiteiro deve ter um time de planejamento no local para atualizar o cronograma, garantir sua precisão, e compartilhar as atualizações regularmente com o contratante. O gerente de planejamento deve manter uma estreita comunicação com a equipe que negocia atrasos e alterações, devendo estar em condições de apresentar versões alternativas do cronograma (por exemplo, acelerado e não acelerado) quando necessário. O gerente deve também ter ciência que rascunhos de projeções do cronograma podem ser divulgados em uma disputa.

- **Documentar cuidadosamente as solicitações para acelerar o cronograma do projeto, incluindo acelerações não reconhecidas pelo contratante.** As partes devem documentar cuidadosamente instruções de aceleração por meio de atas de reuniões ou cartas. Se um empreiteiro acredita que está sendo orientado a acelerar, seja porque o contratante negou uma extensão de tempo (*vide* Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 4.05 (2016-1 cumulative supp.)) ou porque de outra forma ordenou medidas que resultaram em uma necessidade de acelerar, então o empreiteiro deve documentar esta impressão tanto internamente como em correspondência com o contratante. Por outro lado, se um contratante está ciente de que um empreiteiro está tomando medidas de aceleração, mas acredita que não é o responsável pela necessidade da aceleração, ele deve enviar uma carta buscando explicações e estabelecendo sua posição.

5. Relatórios diários de obra, horas de trabalho e relatórios de projetos

O pleito por horas adicionais trabalhadas busca compensação pelas homem-horas adicionais incorridas para satisfazer as demandas de aceleração ou para compensar eventos de atraso, escopo adicional ou impactos do projeto. A parte que busca compensação destes custos normalmente arca com o ônus de provar o montante devido e a responsabilidade da parte contrária por estes custos (*vide* 33 Robert A. Rubin et al., *New York Construction Law Manual* § 7:53 (2014)).

Uma defesa comum contra pedidos de horas adicionais trabalhadas é o argumento de que o empreiteiro não conseguiu vincular adequadamente as horas adicionais

incorridas a eventos específicos causados pelo contratante. Por exemplo, o contratante pode contestar as estimativas de horas sem registros contemporâneos como não confiáveis, acumulando injustamente horas em favor do empreiteiro em casos que podem ou não terem sido causados pelo contratante. O contratante pode ainda argumentar que o empreiteiro não mostrou de forma adequada o vínculo entre as horas adicionais e as perdas específicas de produtividade causada pelo contratante.

Enquanto existem outros métodos que podem ser usados para comprovar esse tipo de pleito, um registro documental adequado pode ser útil e as partes devem considerar o seguinte:

- **Manter registros e relatórios diários detalhados.** Além dos relatórios semanais e mensais, registros diários de trabalho ou relatórios de obra são muitas vezes essenciais para comprovar pedidos de horas excedentes trabalhadas, vez que permitem que as partes conectem as horas de trabalho com a atividade específica do local em uma base diária. Tome o cuidado de incluir informações detalhadas em relatórios diários, tais como:
 - o número de trabalhadores no local;
 - o número de homem-horas trabalhadas;
 - uma descrição do trabalho realizado naquela data; e
 - quaisquer eventos notáveis, tais como alterações na sequência de trabalho ou agenda, condições do local de trabalho, instruções dirigidas pelo contratante, interferências do projeto e condições meteorológicas.
- **Avaliar a metodologia para rastrear horas de trabalho e garantir que esta seja aplicada de forma coerente e defensável.** Embora as metodologias de documentação devam ser razoáveis e de baixo custo, vale a pena gastar algum tempo no início do projeto para escolher a melhor metodologia para o rastreamento das horas de trabalho. É importante garantir que todos os gestores que trabalham em diferentes áreas do projeto estejam familiarizados com esta metodologia. O acordo mútuo entre as partes é o ideal.
- **Considerar a contratação de um perito/consultor independente durante o projeto.** Um método mais rigoroso, mas também mais caro, para documentar custos com excedentes de horas e outros pleitos de

construção envolve a contratação de um perito independente ou consultor para monitorar eventos durante o projeto. Esta abordagem tem a vantagem de adicionar uma visão independente e imparcial para o processo de documentação. No entanto, é importante garantir que o perito forme seus próprios pontos de vista sobre a repartição adequada das responsabilidades e custos. O contratante também pode considerar a contratação de um consultor independente, a fim de criar um registro contemporâneo de quaisquer ineficiências ocorridas durante as obras, permitindo assim que o contratante possa contestar pedidos de pagamento de horas adicionais em caso de disputa.

6. Especificações técnicas, desenhos, projetos e permissões de trabalho

Disputas sobre a qualidade ou eficiência do trabalho executado podem ser levantadas pelo contratante em um pedido de cumprimento de garantia ou como defesa ou reconvenção contra pedidos de compensação adicional. Para o contratante, documentos que estabelecem as especificações técnicas e de projeto exigidos pelo contrato são fundamentais para provar a falta de conformidade com o mesmo. Para o empreiteiro, qualquer evidência de que o contratante aprovava o trabalho durante o período do projeto ou concordava em alterar as especificações técnicas podem auxiliar na defesa contra tais alegações.

7. Documentos que estabelecem danos

Uma vez que a responsabilidade é estabelecida, será necessário fornecer ao tribunal um mecanismo para calcular os danos resultantes da má conduta da parte contrária. Pode ser apropriado consultar um advogado interno ou externo durante o período de construção para discutir os possíveis métodos disponíveis para comprovar onexo causal e quantificar os danos, bem como para assegurar que as partes mantenham um cuidadoso e adequado registro durante o projeto de construção para suportar estes métodos no futuro.

Em alguns casos, o contrato irá fornecer um mecanismo específico para o cálculo dos valores a serem pagos pelo escopo adicional ou pedido de alteração. Isto pode incluir um cronograma de tarifas unitárias a serem aplicadas ao trabalho adicional ou uma instrução para que se siga o demonstrativo de formação de preços contido na proposta inicial. Em outros casos, o contrato pode não especificar um mecanismo para calcular o tipo de danos sofridos.

Nestes casos, as partes podem escolher dentre diversas metodologias para calcular e caracterizar os danos, e a participação de um perito pode ser útil para criar uma avaliação objetiva dos danos.

Para dar suporte a um pedido de indenização com a documentação adequada, mantenha o seguinte em mente:

- **Considere previamente os tipos de danos que podem ser buscados.** Com alguma reflexão, as categorias de documentos necessários para comprovar pleitos específicos podem ser antecipadas e mantidas. Apenas como exemplo, um pedido de perdas e danos com base em atrasos ou trabalhos de construção defeituosos pode ser apoiado por registros que indicam os lucros ou receitas que o contratante esperava ganhar em um projeto totalmente operacional (*vide* Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 7.15 (2016-1 cumulative supp.)). Pedidos de custos associados com a reparação ou conclusão de trabalhos dentro do escopo original do empreiteiro podem ser suportados com faturas ou contratos (ou ambos) com terceiros contratados unicamente para completar o trabalho (*vide* Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 7.12 (2016-1 cumulative supp.)).
- **Estabelecer e manter práticas regulares para pagamentos e adiantamentos.** Pressões de fluxo de caixa durante um projeto de construção muitas vezes podem ofuscar a importância da documentação. Isto pode ser problemático no futuro se uma parte não conseguir ligar os adiantamentos de dinheiro às ordens de alteração de escopo ou acordos de custos. Tire algum tempo no início do projeto para discutir internamente e com todas as partes como pedidos de pagamento devem ser feitos e valores permutados, e mantenha este formato durante todo o projeto.
- **Esteja consciente de que registros contábeis confidenciais podem, muitas vezes, servir como suporte crucial para os pedidos de indenização.** Mesmo nos casos em que o preço da licitação fornece uma base razoável para a estimativa de danos, os contratantes frequentemente requerem que empreiteiros mostrem seus “custos reais” por meio da contabilidade ou outros registros. Compreensivamente, muitas vezes, empreiteiros encontram-se relutantes em deixar seus livros e registros à disposição da parte contrária, em particular

dentro de seu campo de trabalho, uma vez que as partes podem voltar a fazer negócios no futuro. Por outro lado, registros de contabilidade também podem servir como uma ferramenta poderosa quando os custos reais se alinham para suportar um pedido de compensação. É importante estar ciente da importância que os registros contábeis podem ter em uma disputa e se planejar de acordo.

Conclusão

Disputas de construção que ultrapassam fronteiras continuarão a crescer em complexidade e importância, e o registro do projeto continuará a ser fundamental na análise e decisão destas disputas por tribunais de arbitragem internacional. Com algum planejamento,

atenção aos métodos de documentação e ênfase na importância de se manter registros contemporâneos precisos e claros durante todo o período do projeto, as partes podem reforçar significativamente a sua posição em uma arbitragem de construção. Elas também se beneficiam, com uma economia significativa de tempo e custos, quando evitam que registros dos fatos sejam recriados tempos depois do ocorrido. Os árbitros, por sua vez, irão se beneficiar ao poderem analisar pleitos e defesas por meio de documentação que reflete a intenção e expectativas das partes no momento em que os fatos que deram origem a disputa efetivamente ocorreram.

Este artigo é uma tradução do original publicado em inglês pela Practical Law (Jennifer Permesly & Tania Cohen with Practical Law Arbitration, [Practice Note, International Arbitration Involving Construction: Best Practices for Documenting Claims and Defenses](#) (2016)).

SOBRE AS AUTORAS



Jennifer L. Permesly

SÓCIA

tel: +1 212 257 6941
j.permesly@chaffetzlindsey.com

Jennifer Permesly é especializada em arbitragem internacional e em litígios com base nos EUA para clientes internacionais. Ela representa regularmente donos de obra, empreiteiros e partes relacionadas em arbitragens internacionais envolvendo disputas em contratos de construção.



Tania Cohen

ASSOCIADA

tel: +1 212 257 6949
t.cohen@chaffetzlindsey.com

Tania Cohen representa clientes corporativos em arbitragens e litígios comerciais em geral, e tem atuado como advogada em diversas arbitragens de construção de grande porte.



Manuela Costa

ASSOCIADA

tel: +1 212 257 6931
m.costa@chaffetzlindsey.com

Manuela Costa representa clientes corporativos em arbitragens e litígios comerciais em geral, e tem atuado como advogada em diversas arbitragens de construção de grande porte.

Para mais informações sobre a nossa experiência e o escritório, visite o nosso website, www.chaffetzlindsey.com.

As informações fornecidas neste artigo não se destinam a constituir nenhum tipo de aconselhamento legal ou a criar uma relação cliente-advogado. Não se deve tomar qualquer ação, ou abster-se de, com base em qualquer informação presente neste artigo sem antes consultar um advogado sobre a sua situação particular.