

FIDIC

Os padrões FIDIC são agora considerados os melhores na prática internacional e, por essa razão, são cada vez mais apreciados, especialmente por investidores internacionais que desejam ter seus projetos respaldados por regras previsíveis e comprovadas do jogo.

Entre as vantagens obtidas com o uso das normas, é possível destacar a segurança oferecida pelas condições contratuais e comerciais de eficácia comprovada, bem como a padronização e a oferta de um conjunto completo de documentos necessários para a realização bem-sucedida do empreendimento.

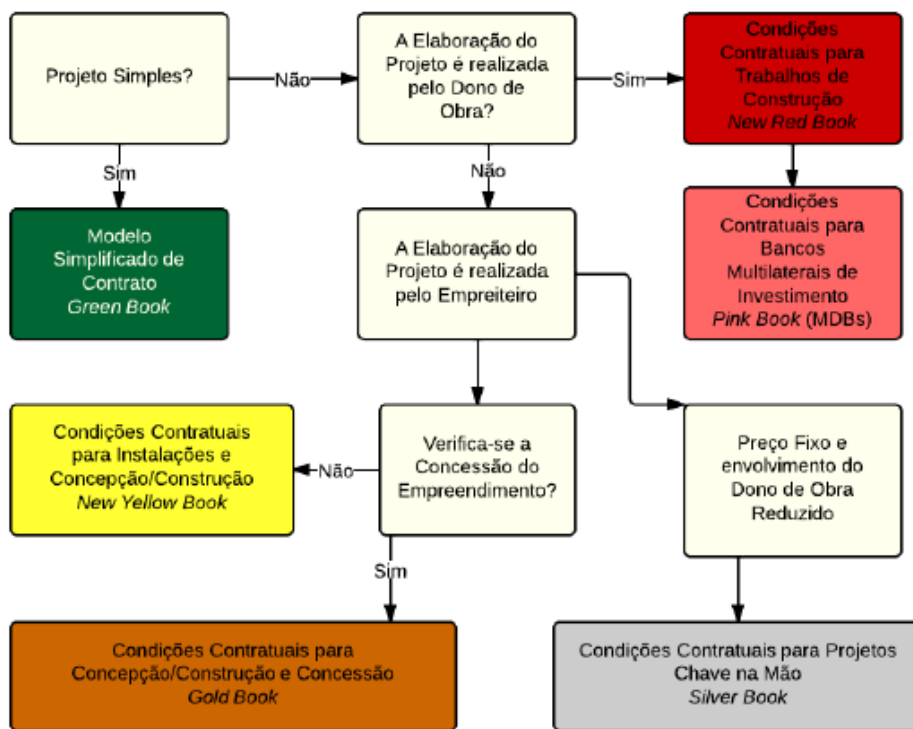
O uso de condições com alocação inadequada de risco cria maior possibilidade de conflitos durante a realização e após o término do trabalho. Portanto, essas partes mais desenvolvidas contêm cláusulas exigindo que as partes notifiquem atempadamente os eventos que afetam a qualidade, o prazo e o custo e que anunciam reivindicações ou reclamações relativas a pagamentos e prazos suplementares.

Em geral, recomenda-se fazer um seguro para proteger as partes contratuais das consequências financeiras de perdas, danos inesperados.

As formas de resolução de conflitos listadas nos livros do FIDIC são derivadas exclusivamente dos termos estabelecidos no contrato. Ou seja, as partes devem concordar com a nomeação do DB e, quando necessário, submetendo uma determinada questão à Câmara de Arbitragem.

O FIDIC está dividido em uma série de livros conforme figura 1 abaixo:

Figura 1: Padrões FIDIC



Fonte: Própria

- O "novo" Livro Vermelho: Condições de Contrato para Construção de Obras de Construção e Engenharia Desenhado pelo empregador: Contrato de Construção
- O 'novo' Livro Amarelo: Condições de Contrato para Instalação de Planta e Projeto para Usina Elétrica e Mecânica e para Obras de Construção e Engenharia, Desenhado pelo empreiteiro: o contrato de Planta e Projeto / Construção.
- O Livro Prata: Condições de Contrato para Projetos Chave na Mão EPC: o Contrato EPC.
- O Livro Verde: uma forma resumida de contrato.
- O livro Rosa: The Pink Book: A edição harmonizada do Banco Multilateral de Desenvolvimento (MDB) é o Red Book da FIDIC que incorpora emendas dos principais bancos mundiais e foi projetado para uso em projetos financiados por esses bancos.
- O Livro Ouro: a forma de contrato Design-Build Operate (DBO) que inclui projeto, construção, operação e manutenção de fábrica em um contrato. Ele pressupõe um projeto de "projeto verde" de construção de projeto com um período

de 20 anos de operação - o Guia relacionado contém diretrizes sobre as mudanças necessárias para cobrir um acordo de "campo marrom".

- O Livro Branco: uma forma de contrato de consultoria em que o consultor deve ser indicado pelo empregador ou por outro consultor.

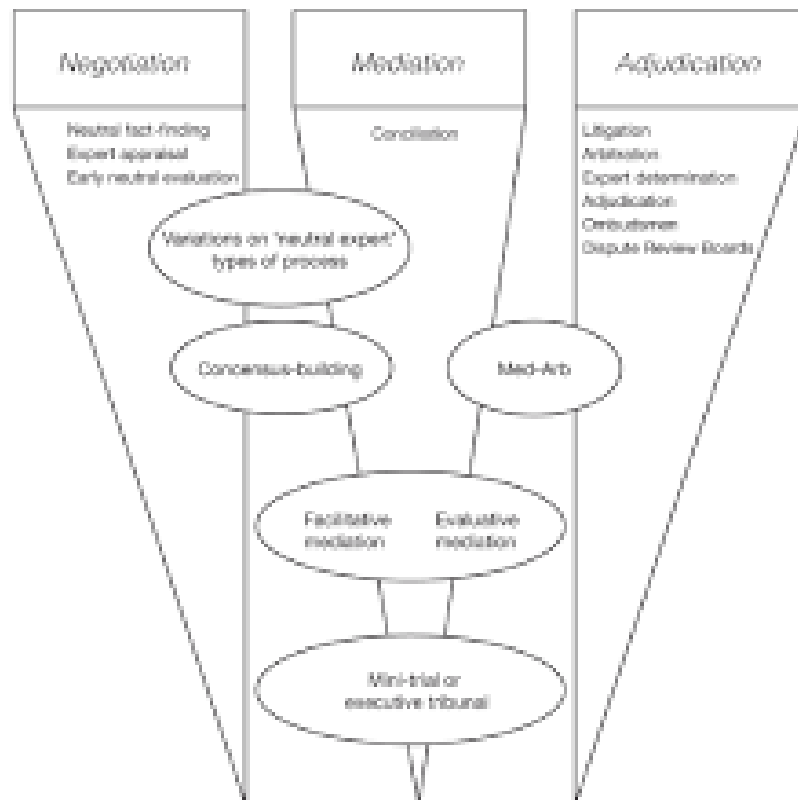
O uso de padrões FIDIC aumenta a clareza, transparência e previsibilidade, resultando em menos disputas, custos mais baixos e projetos mais bem-sucedidos, justamente por já ter um padrão ajustado nos seus diversos pontos do contrato

Conselhos de Conflitos (Dispute Boards)

Temos comites de Resolução de Disputas nas seguintes Camaras: Camara Brasil Canada, Camara de Arbitragem e Mediação do CREA MG, ICC (international Chamber of Commerce) , DRBF e Camarb.

O conselho de Conflitos é formado para solucionar as contendas entre as partes nos trabalhos de construção (contratos) antes do início do processo de arbitragem. A figura 2 ilustra os meios para resolução de conflitos (panorama), em destaque o DB.

Figura 2: Resolução de Conflitos



Fonte : Mackie, K., Miles, D. e Marsh, W. (1995) Resolução de disputas comerciais: Um Guia de Prática de ADR, Butterworths, Londres, p. 50. A figura foi derivada de um gráfico do professor Green da Universidade de Boston (1993).

O ICC é uma entidade internacional composta por comitês nacionais estabelecidos na maioria dos países envolvidos no comércio internacional. É bem conhecido pelo seu Tribunal de Arbitragem. Administra mais arbitragens internacionais do que qualquer outra organização, e um grande número dessas arbitragens envolve disputas que surgem no setor de construção internacional.

Em setembro de 2004, o ICC publicou suas regras sobre os bancos de dados, que criaram documentos para três tipos de bancos de dados:

- Um Conselho de Revisão de Disputas ou Comitê Revisor (Equivalente ao DRB) : Especialistas emitem recomendações, que as partes geralmente comprometem-se a cumprir, caso contrário o assunto é encaminhado à arbitragem ou ao judiciário.
- Um Conselho de Adjudicação de Litígios – (equivalente ao DAB): Os peritos tomam decisões, que as partes comprometem-se a emitir recomendações, que as partes se obrigam a cumprir por meio de um acordo contratual.
- Um Comitê Misto (Equivalente ao CDB) : Especialistas oferecem recomendações, mas podem tomar decisões se uma das partes pedir que a escolha esteja vinculada a critérios pré-estabelecidos

As regras do ICC fornecem cláusulas contratuais padrão para bancos de dados e um modelo de contrato tripartido.

Qualquer que seja a forma do DB, o DB não é nem juiz nem árbitro. O papel do DB é apenas resolver disputas temporariamente, a fim de evitar a paralisia do projeto. Se uma das partes não concordar com a solução sugerida ou imposta pela DB, essa parte pode encaminhar a disputa tanto a um juiz quanto a um árbitro a fim de obter uma sentença ou sentença que resolva definitivamente a disputa (possivelmente contra a decisão da DB), opinião e ser juridicamente vinculativo.

Enquanto aguarda o julgamento ou o prêmio, uma parte não pode ser forçada (no sentido estrito do termo) a cumprir uma recomendação ou uma decisão do DB. Entretanto, uma parte que se recusa a cumprir pode ser considerada inadimplente sob o contrato e ser condenada a pagar uma indenização.

Na prática, esta ameaça atua como um impedimento efetivo: uma grande maioria das recomendações e decisões do DB são realizadas espontaneamente pelas partes, mesmo quando não estão satisfeitas com ela.

A experiência prova que um problema que pode ser resolvido imediatamente é muito provável de ser resolvido através de um acordo amigável. Este é um aspecto muito importante da ação do DB, porque em um relacionamento contratual de longo prazo, uma atmosfera de cooperação deve prevalecer para que as partes trabalhem juntas de maneira rápida e eficiente.

Embora nem as recomendações nem as decisões sejam definitivas, as partes quase sempre as aceitam e abstêm-se de encaminhá-las a um juiz ou a um árbitro, o que torna de fato irrevogável as soluções alcançadas pelo DB; portanto, na maioria dos casos, a determinação do DB, independentemente da forma do DB, resolve definitivamente a disputa.

Como referência, existem vários tipos de projetos usando DBs: aeroportos, pontes, construção, barragens, energia, rodovias, portos, infraestrutura, mineração, planos de energia, usinas químicas, subterrâneos, outros.

De acordo com a Fundação do Conselho de Revisão de Disputas, a pesquisa realizada por eles sugere que uma junta de revisão de disputas custa 0,05% dos custos finais de construção, onde houve poucas disputas. Se houver muitas disputas, o custo é de cerca de 0,25%. Na pesquisa, o menor percentual relatado foi de 0,04% do custo final de construção. A maior foi de 0,26%, com a média sendo de 0,15%. O número médio de recomendações de disputas em todos os projetos da amostra foi de 4.

Podemos citar exemplos conforme tabela 1

Tabela 1 – Empreendimentos que utilizaram DB

Empreendimento/ Local	Barragem Ertan China	Aeroporto de Hong Kong	Linha 4 Amarela , Metrô Sao Paulo
Tipo de Comite	Comite Revisor	Comite Adjudicação	Comite Revisor
Custo	USD 5 B	US 15 B	US 1,55 B
Tipo de Conytrato	Contrato FIDIC	Contrato FIDIC	Contrato FIDIC
Quantidade de disputas	40 disputas DRB	6 disputas DRB	10 disputas DRB
Quantidade de Arbitragem	Zero	1 disputa para arbitragem e confirmada a recomendação do Comite	zero

Fonte : Própria

No Brazil , as comunidades técnica e jurídica ainda não estão muito familiarizadas com o formato. Poucos contratos de construção prevêem a cláusula DRB no país. Eles ainda são muito poucos em nosso país. Os proprietários de projetos ainda estão muito relutantes quanto às cláusulas da DRB, vendo o método como uma possível perda de energia. Além disso, os proprietários ainda veem um DRB não como um investimento, mas como um item de custo.

A maneira mais eficaz de resultado é utilizar o DB nos contratos antes do início da construção. Assim os membros do DB se familiarizarão com o projeto tendo como resultado praticamente poucas ou zero Disputas conforme histórico.

É preciso pensar em como agregar valor ao negócio e na gestão de conflitos em projetos. Destaca-se ainda que Bancos Multilaterais de desenvolvimento (BID) adotam estes modelos de forma a mitigar riscos com elevadas taxas de resolução, evitando-se o Litígio.

Atuação do Comitê

O melhor momento para a existência do Comitê é no início. Onde todos os dados e a participação são plena. Isto é comprovado por estudos onde quase na sua totalidade dos assuntos trazidos ao CRD são solucionados de forma definitiva.

A metodologia de tratar assuntos individuais impedem que se acumulem ou se tornem complexos .A grande vantagem ao final é a sua conclusão, pois haveria neste caso um compromisso de não paralização e os resultados financeiros serem os mais justos possíveis, com ganhos para os dois lados.

O processo DB está incluído nos contratos de construção para ajudar os participantes do projeto a evitar litígio num primeiro momento e utilizar uma metodologia consagrada de resolução de disputas. Um DB é tipicamente composto por um painel de três respeitados e imparciais profissionais com experiência no tipo específico de construção proposto e que auxiliam, evitando e resolvendo disputas.

Para implementar um DRB, os membros do Conselho são selecionado e aprovado pelo proprietário e contratante logo após a adjudicação do contrato.

Aos membros do Conselho são fornecidos todos os documentos do contrato e cópias dos relatórios de andamento da construção e registros de reuniões semanais do projeto. Dessa forma, o DRB é mantido atualizado com andamento do trabalho e está pronto para atender problemas e disputas à medida que surgem.

Existe um conjunto de disposições essenciais que devem ser incluídas nas especificações do contrato para garantir o sucesso do processo DB, assim como conectar a um padrão por exemplo FIDIC. Estas disposições contêm requisitos que não são encontrados em outros conceitos alternativos de resolução de disputas. A revisão ou exclusão de qualquer uma dessas disposições coloca a sucesso do processo de DB em risco; a eficácia do DB e a qualidade de suas contribuições às partes pode ficar seriamente comprometida.

As especificações do contrato devem prever que o contratado ou o proprietário possam encaminhar qualquer problema ao DB, uma vez que fica claro, na opinião de qualquer das partes, que existe uma disputa ou controvérsia e provavelmente não será resolvido sem a participação do DB. Além disso, as especificações do guia permitem remeter uma disputa para uma audiência do DB se a outra parte falhar em cumprir seus contratos ou prazos razoáveis para lidar com a disputa.

As cláusulas compromissórias podem ser vazias, em que as partes optam por solucionar eventuais conflitos por meio do CRD, mas não indicam quais os requisitos para a instalação do Comitê, por exemplo se o CRD será ad hoc ou institucional, quantos membros terão ou quem serão os membros, qual será o idioma utilizado, ou a sede das reuniões ou por outro lado a utilização de um CRD vinculado a uma Câmara específica, que já possui regulamentos.

Em relação à cláusula cheia, ela não proporciona qualquer dúvida quanto à instauração do Comitê, onde traz todos os requisitos necessários para aplicação.

Em relação à cláusula escalonada, há múltiplas possibilidades de combinações muito adotada pelo FIDIC.

BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento)

De uma forma geral, o BID costuma financiar projetos voltados ao desenvolvimento econômico e social. Uma das suas exigências é a prevenção e solução célere de disputas. É nesta direção que o uso de CRD tem sido muito utilizado e com muito sucesso. É importante dizer que estamos falando em muitos contratos e muito dinheiro envolvido, e com isso também um elevado risco.

A forma de conectar o contrato com proteção necessária ao BID dos seus diversos projetos está normalmente incluso nas Condições Gerais do Contrato, seguindo o FIDIC, que mencionam o Comitê de Resolução de Disputas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do DB ser o mais conceituada forma de prevenção de controvérsias pelo mundo, com grande aplicação nos países Europeus e Estados Unidos, trata-se de um meio alternativo de grande sucesso já comprovado, entretanto pouco usado ainda no Brasil.

A prevenção de qualquer tipo de conflito num mundo globalizado, onde a essência são as relações, torna-se necessário respeitar os contratos evitando qualquer tipo de desequilíbrio econômico para qualquer parte.

A segurança jurídica é essencial para a continuidade e validade de qualquer contrato. A rigidez das diversas leis em certo ponto obriga a condução por arbitragem ou demais meios alternativos de solução de conflitos.

Da mesma forma que a Arbitragem no Brasil somente avançou a partir de 2001 com seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, a cultura para o seu uso ainda está devendo para que o sucesso total comparativamente ao já aplicado pelo mundo todo.

O DB é originário de países *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, desta forma sua aplicação não depende exclusivamente do sistema legal, onde as partes tem ampla liberdade para que contratualmente escolham as regras que lhes atendam.

Reconheço que qualquer método de solução de controvérsias deva ter uma decisão embassada. A decisão, entretanto, entre tal decisão ser vinculante ou não vinculante depende da decisão das partes.

Diferentemente do Brasil, há pouquíssima doutrina específica sobre direito da Construção. É importante entender que as boas praticas de projetos e contratos, que utilizam metodologia nas suas condições Gerais, em destaque, para a prática de Resolução de Disputas, notadamente traz melhor performance, custo menores e prazos mantidos sem paralizações.

Quem já enfrentou um desafio de claims, na linha de frente dos trabalhos, onde existem impasses elevados, notadamente vai preferir um modelo de conciliação que traga soluções rápidas e não impacte os trabalhos.

Reclamações de empreiteiros contra proprietários em nome de subcontratados ou fornecedores (reclamações de repasse) pode ser ouvido pelo DB. Litígios de um subcontratado ou fornecedor com o contratado, ou ambos proprietário e contratado, não pode ser considerado pelo DB.

Existe entretanto grandes desafios a serem alcançados, com relação a mudança de cultura, a um maior treinamento e disponibilidade de profissionais, além da necessidade de uma visão alinhada dos empresários nos dias de hoje, visto o longo tempo que a justiça demora para solucionar controvérsias e os impactos decorrentes.

Os meios alternativos de solução de controversias, pressupõem que as partes cheguem a uma solução amigável de conflito, podendo em caso contrário, levar a controvérsia à arbitragem ou a jurisdição estatal.

Diante de tudo que já foi exposto, o emprego de Dipute Boards é uma tendência forte, tanto em contrato nacionais quanto internacionais, e com o tempo passará a ser mais e mais utilizado.

Pensar que qualquer contrato terá vento de brisa pela frente ou um mundo perfeito é uma grande ilusão. Sempre haverá situações a se resolver.

O uso do DB incentiva desenvolvimento nacional, investimentos estrangeiros e/ou externos e permite uma maior eficiência e celeridade para a conclusão dos contratos, com uso de experts reconhecidos por ambas as partes.