FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

THIAGO SOARES SBANO

DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM CONTRATOS DE EMPREITADA: PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

SÃO PAULO
2022

THIAGO SOARES SBANO

DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM CONTRATOS DE EMPREITADA: PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, no programa de Mestrado Profissional, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Direito dos Negócios.

Orientadora: Profª. Dra. Lie Uema do Carmo

SÃO PAULO
2022

Sbano, Thiago Soares.
Declarações e garantias em contratos de empreitada: prevenção e solução de litígios / Thiago Soares Sbano. - 2022.
85 f.

Orientador: Lie Uema do Carmo.
Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Contrato de empreitada. 2. Garantia (Direito). 3. Resolução de disputas (Direito). 4. Administração de risco. 5. Custos de transação. 6. Ação judicial. I. Carmo, Lie Uema do. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 347.44

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O
Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

THIAGO SOARES SBANO

DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM CONTRATOS DE EMPREITADA: PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, na linha de Direito dos Negócios do programa de Mestrado Profissional, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profª. Dra. Lie Uema do Carmo

Data da Aprovação: 04/11/2022

Banca Examinadora:

_____

Profª. Dra. Lie Uema do Carmo (Orientadora)
EDESP-FGV

_____

Prof. Dr. Leonardo Toledo da Silva
EDESP-FGV

_____

Prof. Dr. Thiago Nunes Marinho

_____

Profª. MSc. Ane Elisa Pérez

Às três mulheres da minha vida: Yára, Márcia e Manuela. Minha base, meu refúgio, meu amor. Obrigado por tanto.

AGRADECIMENTOS

Pesquisar, refletir, escrever – não necessariamente nessa ordem. O processo de elaboração desse trabalho foi solitário e desafiador. Porém, o sentimento que se destaca no momento de sua conclusão não é orgulho ou alívio, mas gratidão a muitas pessoas que, até sem saber, foram fundamentais para a concretização desse sonho.

Definitivamente, as páginas que se seguem não são produto de apenas duas mãos.

Em primeiro lugar, agradeço à Professora Lie Uema do Carmo, minha orientadora, pelas valiosas lições ao longo dessa jornada. Sua tranquilidade e capacidade de transmitir tão vasto conhecimento foram primordiais para me dar a confiança necessária à concepção e ao desenvolvimento desta dissertação.

Ao Professor Leonardo Toledo da Silva, agradeço pelas relevantes provocações e contribuições transmitidas durante a banca de qualificação. Ao lado de minha orientadora, foi referência teórica das mais relevantes para as principais reflexões deste trabalho.

Aos professores da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, o meu eterno agradecimento pelos ensinamentos ao longo de todo o Mestrado Profissional. Não tenho dúvidas do acerto da decisão de ingressar nesse programa de pós-graduação, do qual saio muito mais capacitado.

A todos os meus colegas de turma, de norte a sul desse país, um obrigado muito especial. Sem a generosidade, o acolhimento e a alegria de vocês, seria impossível cursar, de forma tão leve e proveitosa, um programa de mestrado durante a maior crise sanitária da história.

Aos meus companheiros de batalha diária de Fux Advogados: sem vocês isso não seria possível. Rodrigo, Mateus, Alessandro e Alberto, o meu muito obrigado pela compreensão e pela cumplicidade ao longo de todo o programa de Mestrado Profissional. Nossas conversas foram extremamente importantes para a construção de muitas das ideias presentes nesse trabalho.

À minha família, em especial à Manu, muito obrigado pelo carinho e companheirismo de sempre. Foram incontáveis horas, finais de semana, feriados e eventos comprometidos em função do mestrado e, principalmente, da dissertação. Mas, ao final, valeu a pena. Amo vocês!

RESUMO

Os contratos de construção, como o de empreitada, são executados em ambiente naturalmente propenso a conflitos e disputas, não raras vezes motivados por comportamentos oportunistas. A experiência prática e a análise da jurisprudência sobre o tema revelam que a instauração de litígios, sobretudo judiciais, pode ser uma alternativa ineficiente e onerosa para as partes, notadamente em razão da morosidade e da imprevisibilidade das soluções produzidas pelo juiz ou pelos árbitros, muitas vezes dissonantes da alocação de riscos originalmente estabelecida pelos contratantes. Nesse contexto, as declarações e garantias – derivadas de instituto do *Common Law* e largamente utilizadas em contratos de fusões e aquisições – se apresentam como uma ferramenta adicional à disposição das partes para uma definição mais precisa e/ou reforçada do sinalagma contratual e da partilha de riscos da operação econômica. Além de importante de vetor hermenêutico, o regramento das declarações e garantias em contratos de empreitada, associado aos remédios contratuais clássicos e, sobretudo, ao *dispute adjudication board*, é medida de baixo custo apta a conferir segurança, previsibilidade, autoexecutoriedade e efetividade ao programa contratual – o que, do ponto de vista comportamental, pode ser útil em termos de persuasão para inibir o oportunismo, além de estimular o adimplemento e a conclusão da obra.

Palavras-chave: Contratos. Empreitada. Construção. Declarações e garantias. Prevenção e solução de disputas. *Dispute boards*. Alocação de riscos. Custos de transação.

ABSTRACT

Construction contracts are executed in an environment naturally susceptible to conflicts and disputes, often motivated by opportunistic behavior. Practical experience and the analysis of case law on the subject show that litigation might be an inefficient and costly alternative for the parties, notably due to the length and unpredictability of the solutions granted by a judge or by the members of an arbitral tribunal, often in disagreement with the allocation of risks originally established. In this context, representations and warranties – derived from Common Law institutes and widely used in M&A contracts – are an additional tool available to the parties for a more accurate and/or reinforced definition of the contractual synallagma and the risk sharing of the economic transaction. Besides being an important hermeneutic guideline, the regulation of the representations and warranties in construction agreements, associated with the classic contractual remedies and, above all, with a dispute adjudication board, is a low-cost measure capable of conferring legal certainty, predictability and enforceability to the contract – which, from a behavioral point of view, may be useful in terms of persuasion to inhibit opportunism, and also stimulate contractual enforcement and conclusion of the construction project.

Keywords: Contracts. Construction. Representations and warranties. Dispute avoidance and resolution. Dispute boards. Risk Allocation. Transaction costs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....10

1.1 Problema central e contextualização fática.....10

1.2 Estrutura do trabalho.....13

2 EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO: REGIME JURÍDICO E DISPUTAS.....15

2.1 Noções conceituais, espécies e distinção de outras modalidades contratuais.....15

2.2 Regime jurídico e alocação de riscos na empreitada típica do Código Civil.....22

2.3 Conflitos e disputas na empreitada de construção civil.....30

2.4 Notas sobre a jurisprudência em litígios de empreitada de construção civil.....33

3 DECLARAÇÕES E GARANTIAS.....39

3.1 Estrutura, funções e natureza jurídica.....39

3.2 Dever de informar e ônus de autoinformação.....46

3.3 Consequências da falsidade das declarações e garantias e autonomia privada.....51

4 TRATAMENTO CONTRATUAL DAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS COM O FIM DE PREVENIR OU SOLUCIONAR LITÍGIOS EM EMPREITADAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL.....59

4.1 Custos de transação, governança contratual e prevenção de litígios.....59

4.2 Associação das declarações e garantias com outros mecanismos contratuais para a prevenção de litígios em contratos de empreitada de construção civil.....63

4.3 Para além da prevenção: contribuições das declarações e garantias para a resolução adequada de disputas em contratos de empreitada de construção civil.....72

5 CONCLUSÕES.....76

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....81

1 INTRODUÇÃO

1.1 Problema central e contextualização fática

O problema central consiste na análise das declarações e garantias e na investigação de – se e em que medida – tais disposições, associadas a outros mecanismos contratuais, podem contribuir para a prevenção de litígios e para a adequada resolução de disputas em contratos de empreitada, de modo a conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos contratantes, bem como reduzir os custos de transação *ex post*.

De início, é preciso fazer um importante recorte temático: a empreitada não se esgota na construção[1] e, ademais, pode assumir a natureza de contrato civil, empresarial, consumerista ou público[2]. Essa dissertação, contudo, tratará do contrato típico de empreitada, de natureza empresarial, e cujo objeto seja a execução de obra, embora muitas das reflexões desenvolvidas nesse trabalho sejam aplicáveis, em maior ou menor grau, a outros contratos de construção.

As declarações e garantias, derivadas de instituto habitualmente utilizado em países que adotam o sistema jurídico do *Common Law* – e nos quais são denominadas *representations and warranties* –, foram incorporadas à prática jurídica brasileira e, a despeito de sua presença destacada em contratos de M&A, são empregadas em variados arranjos negociais, seja no formato concentrado em apenas uma cláusula, seja de forma dispersa ao longo do texto contratual.

Dada a sua elasticidade, as declarações e garantias podem assumir diversas funções, a exemplo da redução da assimetria de informação. Além disso, em paralelo às categorias tradicionais do direito obrigacional, as declarações e garantias auxiliam na definição ou mesmo no reforço ao sinalagma e à alocação de riscos definida pelas partes, ao delinearem aspectos relevantes da operação econômica revestida pelo contrato[3].

---

[1] "O contrato de empreitada encontra vasta aplicação no ramo de engenharia, indústria e construção civil, em especial nas obras de construção de edifícios e outras construções complexas (*e.g.*, obras de infraestrutura na área de energia, transporte, telecomunicações, bem como na engenharia civil). No entanto, não se restringe a empreitada a este campo. Como elucidado por Pontes de Miranda, a empreitada também abrange outros espectros de casos, tais como os contratos para representação de peças teatrais ou dação de concertos, ou mesmo o contrato por meio do qual alguém se compromete a pintar retrato de outrem, podendo a obra consistir em bem corpóreo ou incorpóreo". PINESE, Paulo Henrique Signori. **O regime jurídico do contrato de EPC (*engineering, procurement and construction*) no financiamento de projetos (*project finance*)**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 36.

[2] É o caso da empreitada integral prevista no artigo 6º, VIII, "e", da Lei 8.666/1993.

[3] Tome-se, como exemplo, declaração de ciência do empreiteiro das condições necessárias à execução das obras, usualmente aposta em contratos de construção como forma de obstar futuro pleito de revisão de preço pelo construtor.

Todavia, a depender do seu regramento, o texto contratual pode servir de gatilho para comportamentos oportunistas das partes, com o objetivo velado de impor, uma à outra, alterações nas bases comerciais resultantes do processo de barganha, fabricar pleitos ou se desvincular do contrato sem custos, inclusive a partir da ameaça de instauração de litígios judiciais e/ou arbitrais[4].

Some-se a isso o fato de que (i) a empreitada de construção civil, por natureza, se desenvolve um ambiente acentuado de conflitos e disputas[5]; e (ii) a morosidade[6] e a imprevisibilidade[7] inerentes ao sistema judiciário brasileiro contribuem para tornar a via judicial, não raras vezes, uma alternativa ineficiente para a resolução de disputas no âmbito da empreitada, especialmente em obras complexas, que demandam a produção de prova técnica[8].

Ademais, a submissão de tais disputas a quem não participou da formação e da execução do contrato de construção sujeita as partes à possibilidade de o julgador se afastar da alocação de riscos, da função econômica, além das premissas técnicas fundamentais à operação.

Nesse contexto, a autonomia privada, limitada por questões de ordem pública[9], e a disciplina das declarações e garantias no contrato de empreitada ganham especial relevo na (i)

---

[4] "Although business lawyers frequently incorporate well-defined liability limitations in the written agreements that they negotiate and draft on behalf of their corporate clients, contracting parties that are dissatisfied with the deal embodied in that written agreement often attempt to circumvent those limitations by premising tort-based fraud and negligent misrepresentation claims on the alleged inaccuracy of both purported pre-contractual representations and express, contractual warranties. The mere threat of a fraud or negligent misrepresentation claim can be used as a bargaining chip by a counterparty attempting to avoid the contractual deal that it made. Indeed, fraud and negligent misrepresentation claims have proven to be tough to define, easy to allege, hard to dismiss on a pre-discovery motion, difficult to disprove without expensive and lengthy litigation, and highly susceptible to the erroneous conclusions of judges and juries". WEST, G. D.; LEWIS, JR., W. B. **Contracting to Avoid Extra-Contractual Liability - Can Your Contractual Deal Ever Really Be the "Entire" Deal?** The Business Lawyer, v. 64, ago/2009, p. 999.

[5] A relevância social e econômica dos litígios na construção civil desborda as fronteiras nacionais. A título ilustrativo, o *International Counsil for Research and Innovation in Building and Construction – CIB*, associação criada para facilitar a cooperação internacional entre pesquisas governamentais e o setor da construção, promove há três décadas estudos, eventos e publicações sobre formas de gerenciamento, prevenção e resolução dos conflitos e disputas no setor da construção civil – o que tem inspirado a produção de trabalhos acadêmicos na área de engenharia com interseção do campo jurídico. Nesse sentido, ver: BUCKER, Maurício Brun. **Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2010.

[6] Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ na publicação "Justiça em Números" de 2020, o tempo médio de duração de um processo na justiça estadual, desde a fase de conhecimento até o término da fase de execução, é de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses. Disponível em https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em 31.03.2021.

[7] Notadamente em razão do ainda embrionário sistema de precedentes obrigatórios instituído pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

[8] E mesmo a arbitragem, método de heterocomposição usualmente reputado como mais célere e técnico do que o processo judicial, pode não ser a alternativa mais adequada à solução de disputas de construção civil, sobretudo quando estas ocorrem no curso da obra, levando à sua paralisação ou mesmo abandono.

[9] A autonomia privada representa a "*facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade". COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 24.

gestão, positiva ou negativa, dos riscos do negócio[10]; (ii) prevenção ou resolução adequada de litígios; e, por conseguinte, (iii) indução do comportamento das partes visando ao fim do regular do processo obrigacional[11], animado pela boa-fé objetiva.

Advirta-se, por oportuno, que o objetivo dessa dissertação não é apresentar uma fórmula a partir da qual todos os contratos de empreitada serão integralmente cumpridos e sem qualquer interferência do Poder Judiciário ou da arbitragem. Tamanha utopia não teria qualquer utilidade prática aos operadores do direito[12].

Ao revés, pretende-se aventar medidas aptas a prevenir comportamentos oportunistas e a estimular a conclusão regular da operação econômica delineada pelas partes.

Os contratos de empreitada, ao lado de outras espécies de contratos de construção, movimentam bilhões de reais anualmente[13]. Ademais, são naturalmente marcados pela sujeição a riscos futuros[14], de modo que o exercício adequado da liberdade contratual pode contribuir para o desenvolvimento de projetos de construção em ambiente mais seguro e previsível[15], ao

---

Como bem destacado pela doutrina, "[...] a ordem pública tem a função de limitar a liberdade das partes ao fixar o conteúdo de suas relações". MARTINS, André Chateaubriand. Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 10, Issue 37, 2013, p. 50/67.

[10] A depender dos custos de transação associados à operação, os contratantes optarão por alocar os riscos *ex ante* (*i.e*., no momento da contratação, com regramento expresso no contrato de empreitada) ou *ex post*, caso em que as partes postergam a repartição dos riscos para o futuro, dando ensejo ao fenômeno da incompletude contratual.

[11] "[c]om a expressão 'obrigação como processo', tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência". COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op. Cit*., p. 17.

[12] "[...] as partes de negócios empresariais sofisticados lançam mão de diversos artifícios para assegurar que os riscos a eles inerentes sejam alocados de forma que lhes seja apropriada no instrumento contratual [...] o preço é ajustado de modo a refletir os riscos identificados e as partes se utilizam da linguagem contratual para estabelecer seus respectivos direitos e obrigações, buscando se proteger de eventuais prejuízos decorrentes de eventos incertos. Ainda assim – seja em virtude de oportunismo, seja por uma questão de interpretações distintas – ocorrem divergências e disputas entre as partes no momento pós-contratual [...] por maior cuidado que se tenha tido na definição do texto contratual – com vistas a refletir de maneira precisa a vontade dos contratantes – em havendo ação pautada em responsabilidade contratual, a decisão final ficará nas mãos do juiz ou do júri, pouco familiarizados com o contexto negocial e, destarte, mais propensos a um veredito inadequado." SABADIN, Mariana Guerra. **Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2015, p. 37.

[13] A título exemplificativo, segundo os dados divulgados pelo "Observatório da Construção", organizado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, "[a]s despesas com obras e serviços realizadas de janeiro a junho de 2020 totalizaram R$ 273,5 bilhões, o que equivaleu a 7,9% do PIB do país". Disponível em https://www.fiesp.com.br/observatoriodaconstrucao/noticias/13517/. Acesso em 31.03.2021.

[14] "O domínio dos contratos é marcado pelo risco. Trata-se de uma consequência do reconhecimento da autonomia privada. [...] Não há contrato sem liberdade. Não há liberdade sem responsabilidade." ZANETTI, Cristiano de Sousa. O Risco Contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. (Coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17.

[15] Como destaca a doutrina: "[q]uanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por WEBER e base do pensamento de juristas modernos, é a razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores de funcionamento dos contratos empresariais". FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 119.

menos quanto ao curso de ação a ser adotado pelas partes para lidar com intercorrências que, fatalmente, surgirão ao longo da obra[16].

A governança contratual a partir da associação das declarações e garantias a determinados mecanismos contratuais (*e.g.*, cláusula penal, cláusula resolutiva, cláusula escalonada de resolução de disputas, *dispute adjudication board*) pode, nessa quadra, contribuir para equacionar dos riscos do negócio, evitar conflitos dispendiosos e demorados, bem como incentivar a conclusão do projeto de engenharia almejado no momento da formação do contrato.

1.2 Estrutura do trabalho

Para responder adequadamente ao problema central detalhado no tópico antecedente, essa dissertação foi estruturada em três capítulos.

O Capítulo 1 tem como foco o contrato típico de empreitada, disciplinado nos artigos 610 a 626 do Código Civil. Além de abordar noções conceituais, classificação, espécies de empreitada e sua distinção de outras modalidades contratuais – como o contrato de prestação de serviços, o contrato de EPC (*Engineering, Construction and Procurement*) e o contrato de aliança –, o capítulo traz uma análise do regime jurídico aplicável à empreitada típica e da alocação de riscos definida pelo legislador. Em seguida, serão indicados os principais conflitos e disputas decorrentes de empreitadas de construção civil, suas fontes e riscos usualmente associados. A partir desse contexto, apresentar-se-á o resultado de pesquisa jurisprudencial sobre os temas mais recorrentes em litígios de empreitada de construção.

O Capítulo 2 abordará o tema das declarações e garantias, iniciando pela análise de sua estrutura, funções e natureza jurídica. Além disso, enfrentar-se-á, em linhas gerais, discussão sobre o dever de informar e o ônus da autoinformação – em particular na fase pré-contratual – sua extensão e fronteiras, e, por fim, as consequências da falsidade das declarações e garantias, com destaque ao exercício da autonomia privada para o seu regramento.

[16] "Como consequência de os empreendimentos de construção, de maneira geral, serem bastante complexos, não se submeterem ao modo de produção em série, serem realizados apenas uma vez caracterizando experiência única, serem normalmente executados em um local onde as condições do terreno não são inteiramente previsíveis e as condições climáticas menos ainda, não é incomum a existência de conflitos ao longo da construção [...]. No âmbito dos contratos de construção civil, tem se tratado reiteradamente, a prevenção total do conflito mostra-se impossível, já que o empreendimento de construção civil é, por natureza, uma atividade de riscos distribuídos entre as partes, o que pode influenciar diretamente o surgimento de conflitos e de disputas". BUCKER, Maurício Brun. *Op. Cit.*, p. 84 e 92.

O Capítulo 3, enfim, investigará o tratamento contratual das declarações e garantias, associadas a outros mecanismos contratuais (*e.g.*, *dispute boards*), sob a ótica da prevenção de litígios em contratos empresariais de empreitada de construção civil.

Ao final, investigar-se-á a contribuição do tratamento contratual das declarações e garantias também para a solução adequada das disputas submetidas ao Poder Judiciário ou à arbitragem, especialmente sob a perspectiva interpretativa e integrativa, de modo que o árbitro ou o juiz da causa não se afaste do sinalagma contratual, da alocação de riscos e da função econômica originalmente definidos pelas partes.

2 EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO: REGIME JURÍDICO E DISPUTAS

2.1 Noções conceituais, espécies e distinção de outras modalidades contratuais

Contrato de empreitada é negócio jurídico por meio do qual "uma das partes (empreiteiro) se obriga perante outra (dono da obra ou comitente) à realização de uma certa obra, por si ou com auxílio de terceiros, mediante um preço, sem que se configure dependência ou subordinação"[17].

O objeto da empreitada, e sua característica fundamental, é a execução, integral ou parcial, de obra, que, "na acepção jurídica de Pontes de Miranda, pode ser a atuação humana voltada a 'criar, modificar, aumentar, diminuir ou destruir algum bem, ou parte do bem'"[18].

Dessa definição, verifica-se que, conquanto usualmente relacionada à execução de projetos de construção civil, a empreitada pode compreender a realização de todo e qualquer trabalho ou atividade humana, inclusive de natureza artística ou intelectual, como a elaboração de obras musicais ou literárias[19].

Outro traço característico da empreitada é a obrigação de resultado. Exige-se do empreiteiro "um fazer qualificado, pois ele será convocado para exercitar uma atividade em razão de suas especiais aptidões técnicas", motivo pelo qual "é esperada a entrega de um produto final que atenda às legítimas expectativas do dono da obra quanto à qualidade almejada"[20].

Com efeito, o adimplemento da prestação principal do empreiteiro não decorre do emprego dos meios necessários à execução da obra, tampouco de seus melhores esforços, mas do atingimento do resultado esperado pelo dono da obra, nos termos do contrato.

Quanto à sua classificação, o contrato de empreitada é, como regra, *bilateral*, tendo em vista a existência de sinalagma entre as prestações recíprocas das partes; *oneroso*, já que impõe sacrifícios e vantagens aos contratantes; *comutativo*, uma vez que as prestações são, em geral,

---

[17] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 3ª ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 824.
[18] CARMO, Lie Uema do. **Contratos de construção de grandes obras**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 113.
[19] "Assim, podem servir como objeto da empreitada, além dos clássicos exemplos relacionados à construção civil, a abertura de estradas, o ajardinamento, o conserto de veículos, o corte de matas e florestas, os serviços de dragagem, a confecção do vestido da noiva, a fabricação de móveis etc.". FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 826/827.
[20] *Ibidem*, p. 825.

conhecidas de antemão pelas partes[21]; *consensual*, na medida em que o mútuo consentimento das partes basta para o aperfeiçoamento do negócio jurídico; *não solene*, por dispensar forma especial; e *de trato sucessivo*, pois o adimplemento integral depende da realização de uma série de atos pelas partes ao longo de determinado período de tempo[22].

Além disso, em que pese a possibilidade de substituição do empreiteiro – inclusive por meio de subempreitada –, "o negócio pode assumir ainda, a depender do exame das circunstâncias, um caráter personalíssimo, pelo qual tão somente ao empreiteiro, em pessoa, caberia a execução da obra, como se depreende dos termos do art. 626"[23], hipótese em que sua morte ensejará a extinção do negócio jurídico.

No que tange às espécies de empreitada, a legislação prevê três figuras típicas: empreitada de lavor, empreitada mista e a empreitada integral.

Pela empreitada de lavor ou de mão de obra, disciplinada no artigo 610 do Código Civil, o empreiteiro contribui exclusivamente com o trabalho (obrigação de fazer), cabendo ao dono da obra fornecer o material necessário à execução do projeto. No silêncio do contrato, inexiste presunção de obrigação do empreiteiro pelo fornecimento de materiais.

A empreitada mista, igualmente regulada pelo artigo 610 do Código Civil, prevê que ao empreiteiro compete, além do trabalho, o fornecimento do material necessário à execução da obra. O empreiteiro assume, portanto, duas obrigações de naturezas distintas: fazer (*i.e.*, execução da obra) e dar (*i.e.*, fornecimento de materiais)[24].

A empreitada integral, prevista no artigo 6º, VIII, "e", da Lei 8.666/1993, é contrato sujeito ao regime de direito público[25] caracterizado pela execução de obra em sua integralidade, "sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada".

A doutrina também alude à empreitada por administração, em que a remuneração corresponderá a percentual do custo final da obra. Nessa modalidade, "o empreiteiro assume a

---

[21] As partes podem convencionar a empreitada na modalidade aleatória, "caso em que haverá incerteza quanto à existência ou à quantidade da coisa (CC, arts. 458-459)". *Ibidem*, p. 828.

[22] "Nada impede, contudo, que as partes ajustem como um contrato de execução única, quando o empreiteiro tiver de entregar, em um momento singular, a obra encomendada". *Ibidem*, p. 828

[23] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2, p. 345.

[24] *Ibidem*, p. 346.

[25] Para além da necessidade de prévia licitação, a incidência do regime jurídico dos contratos administrativos sobre essa espécie de empreitada a reveste de certas peculiaridades, como as prerrogativas da Administração Pública de (i) modificar ou resilir unilateralmente o contrato (artigo 58 da Lei 8.666/1993); e (ii) promover acréscimo de até 50% (cinquenta por cento) na obra sem o consentimento do empreiteiro (artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/1993).

função de um mero administrador da obra, e a sua principal função consiste em obter os melhores preços de materiais e mão de obra, reduzindo os custos do dono da obra"[26].

O principal fator de distinção da empreitada por administração em relação às demais modalidades analisadas é a redução dos riscos do empreiteiro, já que este não se obriga à execução efetiva da obra, tampouco ao fornecimento de materiais – o que, inclusive, suscita divergências quanto ao seu enquadramento como empreitada propriamente dita[27].

O contrato de empreitada também será qualificado a partir do critério de remuneração, que poderá ser fixa (irreajustável) ou por medição.

Na modalidade preço fixo (ou *marché a forfait*), as partes estabelecem a remuneração devida ao empreiteiro pela execução da integralidade da obra, sendo que o pagamento do preço em parcelas não altera sua natureza. Por outro lado, na modalidade por medida ou medição (*marche sur devis*) "a execução da obra será fracionada, sendo o preço fixado em função de cada uma das partes ou etapas ou em determinada medida"[28].

Outro aspecto relevante do contrato de empreitada é que tal negócio jurídico pode assumir natureza de contrato empresarial[29], de consumo[30], administrativo[31] ou civil[32]. Nada obstante, cumpre-se reiterar que o objeto da presente dissertação se volta à análise do contrato típico de empreitada, segundo o regime jurídico definido pelo Código Civil, de natureza empresarial, e cujo objeto seja a execução de obra de construção civil.

Apresentadas as linhas gerais e para sua melhor compreensão, passa-se a analisar a empreitada no contexto dos denominados contratos de construção – que "podem revestir-se da roupagem jurídica típica da empreitada"[33] –, bem como realizar seu cotejo com outros arranjos contratuais correlatos.

Segundo Lie Uema do Carmo:

---

[26] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 837.
[27] *Ibidem*, p. 838.
[28] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 345.
[29] Desde que presentes os elementos necessários à qualificação dos contratos empresariais, como polos da relação compostos exclusivamente por empresários ou sociedades empresárias, escopo de lucro etc. Sobre o tema, ver FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 23/44.
[30] "[...] o contrato de empreitada, muitas vezes, pode restar caracterizado como uma relação de consumo, enfeixando-se o dono da obra como consumidor e o empreiteiro como fornecedor, a partir dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Realmente, em se tratando de contrato de empreitada no qual o empreiteiro 'desenvolva tal atividade, em benefício de pessoa física ou jurídica que utilize seus produtos ou serviços como destinatária final, tipificam-se perfeitamente como relações de consumo', como adere Carlos Roberto Gonçalves". FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 827.
[31] A exemplo da empreitada por preço global, da empreitada por preço unitário e da empreitada integral, todas previstas no artigo 6º, VIII, da Lei 8.666/1993.
[32] Desde que não sujeito a regime jurídico especial.
[33] CARMO, Lie Uema do. *Op. Cit.*, p. 112.

> Os contratos de construção, também conhecidos como de *engineering*, são os instrumentos jurídicos que dão substrato à realização de obras de infraestrutura e de unidades fabris ou comerciais de porte. [...] Em suma, são contratos que desempenham um papel central na realização de obras de infraestrutura e de plantas industriais que servem à produção de bens dos mais variados setores da economia. [...] Para fins deste trabalho, define-se contrato de construção em sentido amplo como aquele celebrado pelo proprietário ou dono da obra, como contratante, com uma pessoa física ou jurídica especializada em engenharia ou arquitetura, como contratada, que, em contrapartida ao preço, obriga-se a elaborar um projeto de engenharia ou arquitetura e a executar a obra, ou tão-somente a executar a obra, ou a realizar supervisão, monitoramento ou administração de uma obra, ou, ainda, se convencionado, a prestar assistência e a operá-la"[34].

A partir dessa definição, a autora propõe a sistematização dos contratos de construção em quatro categorias, quais sejam *(i)* prestação de serviços – assessoria e consultoria, com subtipos na fase pré-construção e elaboração de projetos; *(ii)* prestação de serviços – administração e gestão, com subtipos administração de projetos, *at-risk*, representante do proprietário e EPCM; *(iii)* empreitada (de lavor, mista e integral); e *(iv)* outras modalidades (*e.g.*, EPC, aliança de projetos e aliança de parceria)[35].

De início, faz-se necessário distinguir a empreitada da prestação de serviços.

Como destaca a doutrina civilista, "ao contrário do contrato de prestação de serviços, a empreitada se caracteriza nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final – e não a atividade – objeto da relação contratual"[36].

Em outras palavras, o contrato de prestação de serviços tem como prestação principal a atividade humana, obrigação de meio, como regra, personalíssima, ao passo que a empreitada encarta obrigação de resultado correspondente à entrega da obra nos termos do contrato[37]. O serviço, nessa medida, é apenas o meio para que empreiteiro atinja o resultado convencionado pelas partes – daí o porquê de a remuneração na empreitada, ao contrário do que ocorre na prestação de serviços, não ser proporcional ao tempo despendido pelo construtor.

Ademais, na prestação de serviços a fiscalização da atividade compete ao contratante, quem corre os riscos do negócio e a quem o prestador permanece diretamente subordinado. Na empreitada, todavia, a direção dos trabalhos é de competência do empreiteiro, que assume os riscos do empreendimento sem vínculo de dependência ou subordinação com o dono da obra.

A empreitada também difere do contrato de *engineering, procurement and construction*, internacionalmente conhecido pela sigla EPC.

---

[34] *Ibidem.*, p. 37 e 36.
[35] *Ibidem*, p. 216.
[36] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 344.
[37] Essa diferença entre seus objetos, destaca a doutrina, remonta à clássica distinção dos institutos do Direito Romano *locatio operarum* (prestação de serviços) e *locatio operis* (empreitada). *Ibidem*, p. 344.

Em que pese respeitável entendimento no sentido de que "os contratos de *engineering*, como regra geral, submetem-se à disciplina da empreitada"[38], nos filiamos à doutrina de Lie Uema do Carmo, segundo a qual os contratos de construção são atípicos, à exceção do contrato de EPC, que pode ser reconhecido como socialmente típico, ainda que com ressalvas, porquanto, "embora se possa afirmar que ele é celebrado com frequência, inexistem no país bases doutrinárias e jurisprudenciais suficientes para considerá-lo 'consagrado' no que tange a uma disciplina normativa"[39].

O contrato de EPC, sobretudo na formatação preço global e "com chave na mão" (*EPC Lumpsum Turnkey*), consiste em arranjo negocial inserido no âmbito de financiamento de projetos, que visa à redução dos custos de transação e alocação eficiente dos riscos (*e.g.*, de mercado, financeiros, de construção, tecnológicos), por meio de sua atribuição à parte que melhor tiver condições de mitigá-los ou gerenciá-los.

No modelo EPC, concentra-se na figura do construtor – não raras vezes organizado em consórcio ou em sociedade de propósito específico – o máximo de riscos relativos à execução da obra, especialmente para garantir maior segurança e previsibilidade ao financiador do projeto quanto aos valores e ao prazo de conclusão do empreendimento.

Como observa a doutrina, "[p]or conta dessa alocação de diversos riscos a um único agente agregador, menciona-se que o modelo EPC distingue-se em função do chamado *single point responsibility* ('ponto único de responsabilidade')"[40]. Em contrapartida, tal modelo é significativamente mais oneroso para o dono da obra, já que o construtor reflete a assunção de todos esses riscos na formulação do preço.

Da complexidade do EPC verifica-se seu primeiro traço distintivo em relação à empreitada. A depender do empreendimento e da operação vislumbrada pelas partes, o objeto do EPC pode representar "o somatório de um ou mais contratos típicos, como a empreitada, o

---

[38] GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de *engeneering***. 2007. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 56.

[39] CARMO, Lie Uema do. *Op. Cit.*, p. 65/66. Ainda nesse sentido, a autora ressalta que, em relação ao EPC, "há um amplo reconhecimento, alhures e entre nós, da proximidade com a empreitada [...]. Mas, embora concordem com a proximidade com o tipo legal da empreitada, grande parte dos juristas pátrios levanta óbices à qualificação pura e direta do regime jurídico da empreitada aos EPCs, reconhecendo a evolução de um modelo socialmente reconhecível, distanciado da empreitada". *Ibidem*, p. 220.

[40] TOLEDO DA SILVA, Leonardo. Os Contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual, In: Leonardo Toledo da Silva (coord.). **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24/25. Sobre os objetivos do mecanismo de *single point of responsibility*, o autor destaca, no que concerne ao escopo contratual, o intuito de evitar que "falhas de uma fase de implantação, especialmente a fase de engenharia, impactem o custo e o cronograma de implantação das fases seguintes, as quais são a ela, engenharia, intrinsecamente, vinculadas". Por outro lado, no que diz respeito ao fornecimento dos insumos necessários à construção do empreendimento, evita-se "que haja um 'empurra-empurra' acerca da responsabilidade por eventual falha de fornecimentos, uma vez que, independentemente de a culpa de um fornecimento inadequado não ser diretamente atribuível ao pessoal contratado pelo epecista, este arcará, do mesmo modo, com o ônus contratual do fornecimento inadequado".

fornecimento, a prestação de serviços, a agência ou representação, o mandato, a comissão, a compra e venda, dentre outros"[41].

Além disso, há outras diferenças notórias: (i) o fornecimento de material é opcional na empreitada (artigo 610), ao passo que no EPC é extremamente usual; (ii) a execução do projeto de engenharia nem sempre está contemplada na empreitada típica (artigo 610, § 2º), conquanto seja uma atividade essencial ao EPC; e (iii) no que tange à responsabilidade do construtor após a entrega da obra, o empreiteiro responde pelos vícios de solidez e segurança pelo prazo de cinco anos (artigo 618), sendo que o epecista também responde pelo desempenho do empreendimento, sobretudo na modalidade "chave na mão"[42].

Logo, a despeito da existência de "pontos em comum com os contratos de empreitada global", os contratos de EPC são "contratos extremamente complexos em relação aos quais é questionável a aplicação, mediante simples subsunção e sem os devidos temperamentos, dos dispositivos de lei referentes à empreitada"[43].

Por fim, o cotejo da empreitada com o contrato de aliança.

Tradicionalmente, o direito contratual é baseado na ideia de que o comportamento das partes decorre de interesses contrapostos. A partir da visão de agentes autointeressados, as modelagens contratuais deveriam funcionar à base de punições, recompensas ou hierarquia.

O contrato de aliança põe tal premissa em xeque, porquanto concebido a partir da lógica de que o relacionamento e a cooperação dos contratantes é elemento essencial para o sucesso do empreendimento. O paradigma de interesses contrapostos cede espaço à organização de interesses na busca da concretização de projeto comum.

No contexto da aliança, o contrato se presta à definição da estrutura de governança, como mecanismo de fomento à cooperação: as partes definem o objetivo comum e regulam o procedimento pelo qual o atingirão, na tentativa de criação endógena de confiança.

Segundo Leonardo Toledo da Silva[44], contrato de aliança é:

> arranjo contratual pelo qual duas ou mais empresas são contratadas pelo dono do projeto para, com ele, em um time único e integrado, mediante remuneração, implementarem um determinado empreendimento de titularidade do contratante, em regime colaborativo, fundado no compartilhamento coletivo de riscos e benefícios, no dever de boa-fé e no regime de ampla transparência entre as partes.

---

[41] CARMO, Lie Uema do. *Op. Cit.*, p. 63.

[42] Para mais notas distintivas entre o contrato de empreitada e o contrato de EPC, ver: GOZZI, Elcio Fagundes Marques. **Contrato de EPC (*Engeneering, Procurement e Construction*) e o Padrão FIDIC**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2016, p. 24/28.

[43] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 347.

[44] TOLEDO DA SILVA, Leonardo. Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção. São Paulo: Almedina, 2017, p. 181.

Dessa definição, é possível extrair alguns princípios e características do contrato de aliança, tais como (i) *pain share, gain share mechanism*: compartilhamento coletivo de riscos, benefícios e responsabilidades; (ii) gerenciamento e governança integrada com decisões tomadas por unanimidade e no melhor interesse do projeto; (iii) *no blame, no dispute*: as partes não são responsabilizadas por falhas na execução do empreendimento, exceto na hipótese de falta intencional, bem como solucionarão suas divergências sem recorrerem a litígios de qualquer natureza[45]; e (iv) *open book*: regime de total transparência, que visa à redução da dupla assimetria informacional[46] existente em modelos tradicionais de contratos de construção.

A exposição dos contornos gerais da aliança revela a sua distinção da empreitada.

Conquanto ambos os negócios jurídicos tenham por objeto a entrega de obra, na aliança, a conclusão do empreendimento será resultado da atuação conjunta de todas as partes, inclusive do dono do projeto. Não se nota, portanto, a assunção de obrigação de resultado pelo construtor, como ocorre na empreitada. Há, como visto, o compartilhamento de responsabilidades, riscos e benefícios entre todos os agentes envolvidos no projeto comum[47].

Além disso, o regime de remuneração na aliança é diverso da empreitada. No contrato de aliança, a remuneração congrega três componentes[48]: (i) reembolso de custos incorridos[49]; (ii) taxa de remuneração, composta por margem de lucro e contribuição sobre os custos de administração central das empresas (*overhead*); e (iii) compartilhamento de ganhos e perdas[50].

Nesse modelo, usualmente o risco máximo a que o construtor está sujeito é a perda do lucro e *overhead*, já que os custos efetivamente incorridos serão pagos pelo dono do projeto.

---

[45] O contrato de aliança trata a falha humana como risco compartilhado entre os participantes, por meio do modelo de remuneração e de incentivos (*no blame*). Além disso, as disputas ao longo da execução do projeto deverão ser solucionadas por meio da própria governança interna da aliança, inclusive com o auxílio de facilitadores, e não através de arbitragem, ação judicial ou comitês de resolução de disputas (*no dispute*).

[46] "O construtor normalmente possui um nível de conhecimento muito superior ao do dono do projeto sobre o orçamento do projeto, bem como sobre os fatores e eventos de natureza técnica que poderão ter impactos negativos ou positivos sobre as obras [...]. O dono do projeto, por sua vez, também terá um maior nível de conhecimento no que tange a aspectos estratégicos, operacionais e relacionados aos *stakeholders* do empreendimento e ainda sobre condições existentes no local das obras [...]. Essa dupla assimetria informacional serve perfeitamente à criação de um ambiente não cooperativo, especialmente se considerarmos o cenário em que os envolvidos podem, por vezes, adotar uma 'racionalidade de jogo único' [...]. Essa dupla assimetria informacional, aliada ao jogo único, por sinal, parece ilustrar o modelo clássico do comportamento não cooperativo economicamente ineficiente: o dilema dos prisioneiros". *Ibidem*, p. 46/47.

[47] *Ibidem*, p. 72/75.

[48] *Ibidem*, p. 82/85.

[49] Custos diretos e indiretos, inclusive de retrabalho por culpa de qualquer participante. Os registros de todos os custos estão sujeitos ao regime de total transparência (*open book*), devendo estar disponíveis para auditorias.

[50] Trata-se de "componente de incentivo à obtenção de um bom desempenho (*pain/gain mechanism*). De maneira simplificada, na etapa de desenvolvimento da aliança, são acordados indicadores de desempenho-chave (*key performance indicators* ou KPIs), aptos a demonstrar se os resultados do projeto foram bons ou ruins. Ao final das obras, o resultado positivo ou negativo é dividido entre o *dono do projeto* e os NOPs, conforme critérios pré-acordados". *Ibidem*, p. 84.

Em suma, a despeito de certa elasticidade do tipo contratual da empreitada, nota-se que a incidência do regime jurídico definido pelo Código Civil não abrange todos os contratos celebrados na indústria da construção.

2.2 Regime jurídico e alocação de riscos na empreitada típica do Código Civil

Ao longo de dezessete artigos, o Código Civil sistematiza o regime jurídico do contrato de empreitada, iniciando pela disciplina da empreitada de lavor e da empreitada mista, já mencionadas no tópico anterior.

O artigo 610 apresenta, como nota distintiva dessas duas espécies de empreitada, a imputação do risco relativo aos materiais necessários à execução da obra.

Na empreitada de lavor, o risco é atribuído ao comitente, aplicando-se o brocardo latino *res perit domino*. Na empreitada mista, por sua vez, além da obrigação de fazer, o empreiteiro contrai obrigação de dar, correspondente ao fornecimento de materiais, cujos riscos de perecimento, deterioração, roubo ou perda são por ele assumidos até a momento da entrega da obra tal como ajustada (*i.e.*, adimplemento da prestação principal do empreiteiro) – salvo se o comitente incorrer em mora de recebê-la[51], hipótese em que a imputação legal dos riscos se inverte, nos termos do artigo 611 do Código Civil.

Ademais, o artigo 610 do Código Civil afastou expressamente a presunção (i) de empreitada mista (§1º), cuja contratação deve resultar da lei ou da vontade das partes, de modo que, "no silêncio do contrato, caberá ao dono da obra fazer prova dessa obrigação do construtor"[52]; e (ii) de que o empreiteiro contratado para a elaboração de projeto tem a obrigação de executá-lo ou de fiscalizar-lhe a execução (§2º).

Ainda sobre a empreitada de lavor e a alocação legal de riscos relativos aos materiais, cabe destacar as regras dispostas nos artigos 612, 613 e 617 do Código Civil.

Em linhas gerais, tais dispositivos preveem que (i) o empreiteiro, por si ou por seus prepostos[53], só responde pelo material empregado na obra se agir culposamente (*i.e.*, se, durante

---

[51] Afinal, o artigo 615 do Código Civil prevê a obrigação do dono da obra recebê-la do empreiteiro se concluída "de acordo com o ajuste". Na hipótese de recusa injustificada de recebimento da obra pelo comitente, a doutrina ressalta a aplicação dos artigos 399 e 400 do Código Civil: "Tendo o dono obrigação de receber a obra, responderá também pelos riscos decorrentes de caso fortuito e força maior, verificados durante o atraso, salvo se provar isenção de culpa ou que o dano sobreviria ainda que a obrigação fosse oportunamente cumprida (v. art. 399). Havendo mora por parte do dono da obra, observadas as circunstâncias do caso e os termos do contrato, razoável se considere ele o responsável pelas despesas com a conservação da coisa, as quais deverão ser integralmente ressarcidas ao empreiteiro (v. art. 400)". TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 348.

[52] *Ibidem*, p. 346.

[53] Artigos 932, III, e 933 do Código Civil.

a execução da obra, danificar o material fornecido pelo comitente por negligência, imprudência ou imperícia); (ii) se, antes da entrega, nenhuma das partes for "culpada pelo perecimento da coisa, ambas sofrerão conjuntamente os prejuízos: o dono perde o material entregue e o empreiteiro perde a retribuição pelo trabalho desenvolvido"[54-55]; e (iii) como possuidor dos materiais fornecidos pelo comitente, o empreiteiro de lavor deve agir com zelo na sua utilização e conservação, sob pena de responsabilização por negligência ou imperícia[56].

O artigo 614 do Código Civil regula a denominada empreitada por unidade de medida ou por medição, modalidade em que – diversamente da empreitada por preço fixo e invariável –, há o fracionamento da obra (divisibilidade obrigacional), de modo que o empreiteiro (i) poderá entregar partes distintas do empreendimento[57]; e (ii) o preço, inicialmente estimado, só é conhecido ao final, de acordo com a quantidade de trabalho e de materiais utilizados para concluir a obra, e conforme os preços unitários previstos no contrato[58].

A opção pela empreitada por unidade de medida se dá, não raras vezes, "em razão do grau de imprevisibilidade ou de surpresa, como ocorre em obras subterrâneas, construção de túneis e trabalhos de terraplanagem"[59].

Nesse modelo, "à medida que o cronograma vai sendo cumprido, o empreiteiro adquire um *direito subjetivo ao recebimento das prestações parciais*, sob pena de paralisação do restante do serviço enquanto não houver pagamento da necessária retribuição (art. 476)"[60].

O pagamento devido ao empreiteiro, portanto, deve ser contemporâneo à entrega e à verificação de cada parcela da obra. E, sobre este aspecto, o artigo 614 enuncia duas presunções legais: (i) "tudo o que se pagou presume-se verificado" (§ 1º); e (ii) o que se mediu presume-se verificado, pelo dono da obra ou por seu mandatário, se, no prazo decadencial de trinta dias a contar da medição, não forem denunciados defeitos ou vícios (§ 2º).

---

[54] *Ibidem*, p. 349. O empreiteiro, todavia, não perderá a sua remuneração "se provar, simultaneamente, que: i) a perda resultou de defeitos dos materiais; e ii) em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade", sendo este dever de informar corolário da boa-fé objetiva. Nesse sentido, cf. STJ, REsp 8.410/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, 4ª T., j. em 23/10/1991, DJ: 09/12/1991.

[55] "Vale dizer, se o perecimento da coisa não resultou de culpa de qualquer das partes, mas de um fortuito, haverá a *resolução da relação contratual*, com a restituição das partes ao estado anterior. E, por isso, o dono da obra tem de arcar com a perda dos materiais, e o empreiteiro perde a remuneração a que faria jus". FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 835.

[56] *Ibidem*, p. 835.

[57] Por óbvio, o empreiteiro deve observar eventual cronograma ou ordem de prioridades definidos no contrato, son pena de inadimplemento.

[58] "[...] na empreitada por valor certo há uma vantagem evidente para o dono da obra, ficando ao abrigo de eventuais riscos e surpresas depreciativas. Por outro turno, o empreiteiro assume um volume considerável de riscos relativos a eventuais variações econômicas e financeiras. Distintamente, na empreitada por medida, o empreiteiro fica resguardado de eventuais oscilações na economia e na própria contratação". *Ibidem*, p. 840.

[59] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 351.

[60] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 842.

À exceção do prazo decadencial de trinta dias, cuja renúncia é nula por força do artigo 209, entendemos que as partes, no exercício da autonomia privada, podem alterar esse regime legal por regramento contratual específico[61]. Isso porque (i) não se está diante de questão de ordem pública[62-63]; (ii) tratando-se de presunções relativas, o texto contratual caracteriza prova em sentido contrário capaz de afastá-las[64]; e (iii) o artigo 421-A, II, do Código Civil, dispõe expressamente que "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada".

O tema da verificação e aceitação das parcelas da obra na empreitada por unidade de medida é relevante em função de duas consequências: (i) o direito do empreiteiro ao recebimento da parcela correspondente à fração entregue e verificada pelo proprietário, independentemente da conclusão da integralidade da obra[65], salvo estipulação em sentido contrário; e (ii) a transferência dos riscos relativos à parcela da obra verificada, que passam a ser do proprietário a partir de seu recebimento.

Cumpre-se mencionar que a verificação e o recebimento de parcela da obra pelo comitente em nada interfere na garantia de solidez e segurança da obra prevista no artigo 618 do Código Civil, que será oportunamente analisado.

O artigo 615 do Código Civil, já referenciado, impõe ao dono da obra a obrigação de recebê-la, desde que de acordo com o ajuste. Caso o empreiteiro não tenha observado o programa contratual ou as regras técnicas aplicáveis, o dono da obra poderá rejeitá-la.

---

[61] Essa posição encontra respaldo na doutrina: "À luz do teor do artigo 614, a doutrina não hesita em afirmar que o pagamento do preço presume a verificação e o recebimento por parte do proprietário. Ocorre que, salvo se afastada contratualmente, a verificação e o recebimento constituem gatilho para a transferência de riscos e inicia a contagem dos prazos de garantias contratuais e legais, fato que, para obras de maior monta, pode gerar especiais dificuldades, especialmente dada a indivisibilidade que caracteriza determinados projetos". CARMO, Lie Uema do. *Op. Cit.*, p. 121 (grifos nossos).

[62] "Sabe-se que no direito interno a ordem pública funciona como princípio limitador da vontade das partes, cuja liberdade não é admitida em determinados aspectos da vida privada. Dos romanos nos chegou a regra de que *privatorum conventio juri publico non derrogat*, ou, em outra versão, *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, que espelha a impotência dos pactos entre os particulares para derrogar determinados princípios jurídicos que os romanos denominavam de direito público e que, hodiernamente, abrangem também a ordem pública imanente em certas regras de direito privado". DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 445.

[63] "A ordem pública é um princípio geral, exógeno ao ordenamento jurídico, que se assenta em valores de natureza política, econômica e social, integrantes de determinada sociedade, como a expressão maior dos seus valores [...]. O primeiro nível da ordem pública tem a função de garantir o império de determinados valores no plano do direito interno, impedindo que tais valores sejam desrespeitados pela vontade das partes. Por isso, o contrato regulando, v.g., a herança de pessoa viva no Brasil é nulo por ofensa à lei que veda esse negócio, inserindo-se no primeiro nível de ordem pública, sem dúvida de aplicação mais ampla e acentuada". MARTINS, André Chateaubriand. *Op. Cit.*, p. 52/54.

[64] Imagine-se que, a fim de garantir o fluxo de caixa necessário à conclusão da integralidade do empreendimento, as partes convencionem que o pagamento da remuneração do empreiteiro pela entrega de parte da obra ocorrerá em até vinte e quatro horas após a ciência do comitente, sem que isso importe em verificação e aceitação da parcela concluída, o que deverá observar procedimento detalhado no contrato, cujo desfecho, em trinta dias, poderá, inclusive, resultar na identificação de crédito em favor do dono da obra a ser compensado na medição subsequente.

[65] STJ, REsp 687.744/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. em 16/06/2005, DJ: 27/06/2005.

Ressalte-se que, em qualquer obra, o resultado não será rigorosamente aquele projetado de início; vale dizer, haverá, ao menos, pequenas variações, que não podem ser utilizadas pelo proprietário como justificativa para a recusa de seu recebimento, sob pena de abuso do direito[66].

Nesse sentido, é recomendável que as partes disciplinem no contrato a possibilidade, a qualidade e a quantidade das variações permitidas, ou ao menos uma forma eficiente de integrar tal lacuna contratual, a fim de evitar conflitos ou disputas oriundas de divergências subjetivas de interpretação sobre a relevância dessas variações.

Não obstante, se o comitente se recusar a receber parcela da obra de maneira injustificada, o empreiteiro poderá ajuizar demanda consignatória, inclusive cumulada com pedido de cobrança da remuneração correspondente, visando à sua liberação da prestação e dos riscos a ela inerentes (artigo 355 do Código Civil e artigo 539 do Código de Processo Civil).

O artigo 616 do Código Civil confere ao dono da obra uma alternativa à recusa da obra que não esteja de acordo com o ajuste: o abatimento proporcional do preço, o que consiste em pretensão estimatória (ou *quanti minoris*).

Um dos temas mais relevantes sobre esse tipo contratual consta do artigo 618 do Código Civil, segundo o qual nas empreitadas mistas "de edifícios ou outras construções consideráveis", o empreiteiro responde "durante o prazo irredutível de 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim como em razão dos materiais, como do solo".

De início, faz-se necessário registrar que tal norma não se aplica às empreitadas de lavor, além de se restringir a obras de porte – "edifícios ou outras construções consideráveis" –, expressão de vagueza semântica igualmente considerável e que impõe a análise das circunstâncias do caso concreto para a verificação da sua incidência. De toda sorte, a doutrina destaca que o fundamento da garantia legal, que excepciona a regra de exoneração de responsabilidade do empreiteiro na aceitação da obra, é a prevenção de risco à integridade física das pessoas[67].

---

[66] A respeito do tema, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias defendem que, "em se tratando de uma infração contratual reduzida (sem grande significado) ou de simplória violação às regras técnicas, a opção pelo desfazimento do contrato se converterá em medida desproporcional diante do inadimplemento mínimo do empreiteiro. Ao nosso viso, poderá então, o magistrado, utilizando as regras do abuso do direito (CC, art. 187), limitar o exercício do direito potestativo extintivo pelo dono da obra, no sentido de estabelecer uma pequena redução no preço da empreitada em atenção às peculiaridades do caso, sem, contudo, se impor a resolução do contrato, aplicando-se o princípio da conservação do negócio jurídico". FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 845.

[67] A respeito do tema: "as expressões utilizadas na lei são genéricas e complementares, de modo a abranger toda e qualquer obra que possa trazer risco para as pessoas, em razão de sua utilização [...]. Ao lado das características apontadas, quais seja, porte, durabilidade, finalidade, úteis para a construção do conceito, a possibilidade de risco para o ser humano destaca-se, por constituir razão de ser da garantia legal". TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 361.

Os vícios de construção abrangidos pela garantia legal contemplam não só os que afetem a estabilidade ou a duração da obra, mas também os que a tornem imprópria à sua destinação[68] (*e.g.*, materiais de baixa qualidade ou em quantidade insuficiente).

Além disso, devem ser ocultos, já que os vícios aparentes precisam ser ressalvados pelo dono da obra até a sua aceitação. A doutrina qualifica vícios ocultos como aqueles "não reconhecíveis, nem efetivamente conhecidos, e também, por equiparação, aqueles sobre os quais o empreiteiro silenciou de má fé [...] e que o dono da obra poderia escusadamente desconhecer"[69].

De acordo com a definição de Willian Rossato:

> Entende-se por vícios construtivos ocultos as anomalias objetivas da obra, traduzidas em estados patológicos que comprometam o valor ou a utilidade da unidade construída e sejam impassíveis de serem detectados ao momento de sua entrega. Trata-se da materialização física do cumprimento imperfeito da empreitada, quando provocado pelo empreiteiro ou, ainda, da imprudência do empreitante que tenha insistido na utilização de materiais inadequados para a consecução do empreendimento.
> São infiltrações propagadas em um edifício, problemas estruturais graves que ameacem a ruína de um parque fabril ou mesmo deficiências no desempenho de uma usina que não consegue alcançar os níveis de eficiência e geração de energia originalmente pactuados, caracterizando verdadeiros vícios de qualidade, conforme definição atribuída a Karl Larenz, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães e João Cura Mariano, em todos os casos diminuindo o valor de mercado da coisa adquirida ou a aptidão da obra relativamente ao fim ou uso a que se destina[70].

Ademais, o artigo 618 do Código Civil (i) atribui responsabilidade objetiva ao empreiteiro pelo descumprimento da obrigação de garantia durante o quinquênio; (ii) não pode ser afastado pela vontade das partes, por imperativo de ordem pública[71]; (iii) fixa prazo de cinco anos, a contar da aceitação da obra, para o surgimento do vício, que não se confunde com o prazo prescricional decenal[72] (artigo 205), a contar do descobrimento do vício, para o dono da obra pleitear indenização por inadimplemento contratual; e (iv) estabelece, em seu parágrafo único, prazo de cento e oitenta dias do aparecimento do vício para a propositura de ação

---

[68] STJ, REsp 706.464/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. em 11/10/2005, DJ: 07/11/2005.
[69] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 362.
[70] ROSSATO, Willian Nunes. **Prescrição, decadência e vícios construtivos ocultos: a responsabilidade negocial do empreiteiro e o tempo**. Dissertação (mestrado), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Florianópolis, 2020, p. 129.
[71] De acordo com Hely Lopes Meirelles, "[e]sta responsabilidade é de natureza *legal*, e, mais que isto, é de *ordem pública*, pois que interessa a toda a coletividade. Daí não ser possível ao construtor dela se eximir ou reduzir o seu prazo ou a sua amplitude. Resulta da lei, independentemente de cláusula que a consigne, e não admite modificações pela vontade das partes". MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013, p. 307/308.
[72] STJ, Ag. Int. no AREsp 1.711.018/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. em 12/04/2021, DJ: 12/05/2021.

constitutiva ou desconstitutiva (*e.g.*, ação redibitória ou ação estimatória) contra o empreiteiro, sob pena de decadência – o que não afeta a pretensão reparatória[73].

Diante da relevância do tema, pede-se licença para transcrever trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial 1.721.694/SP, do qual consta síntese do regime legal de responsabilidade do empreiteiro por vícios aparentes e ocultos:

> No contrato de empreitada, a responsabilidade do empreiteiro cessa, em regra, com o recebimento da obra pelo comitente. De acordo com os arts. 615 e 616 do CC/02, concluída a obra como ajustado, ou conforme o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la, podendo rejeitá-la ou requerer abatimento no preço apenas se "o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza".
> Esses dispositivos legais disciplinam os vícios aparentes da obra, os quais, como se observa, devem ser enjeitados pelo comitente imediatamente, sob pena de perda do direito de redibir o contrato ou requerer o abatimento no preço.
> Ocorre que o tratamento dos vícios aparentes não é suficiente para contornar problemas que não podem ser percebidos quando da entrega da obra e que, não obstante, revelam o inadequado adimplemento contratual. Por isso, o art. 618 do CC/02 (com correspondência, em parte, no art. 1.245 do CC/16), institui garantia legal em favor do comitente, concedendo-lhe o prazo de 5 anos para verificar a eventual existência de defeito ou vício que estivesse oculto por ocasião da entrega da construção [...].
> Outrossim, cabe frisar que o prazo quinquenal referido no art. 618 do CC/02 é de garantia, na medida em que visa a proteger o comitente contra riscos futuros e eventuais. Não se trata, pois, de prazo prescricional ou decadencial, haja vista que não deriva da necessidade de certeza nas relações jurídicas, nem do propósito de impor penalidade ao titular de um direito que se mostra negligente na defesa dele.
> Isso significa que, apesar da entrega da obra, o empreiteiro permanecerá responsável por vício oculto que venha a ser revelado dentro do quinquênio legal, comprometendo a segurança e solidez da construção. Verificado o vício nesse interregno, poderá o comitente reclamá-lo; entretanto, qual o prazo para que o faça? [...] sob a regência do CC/02, verificando o comitente vício da obra dentro do prazo quinquenal de garantia, poderá, a contar do aparecimento da falha construtiva: a) redibir o contrato ou pleitear abatimento no preço, no prazo decadencial de 180 dias; b) pleitear indenização por perdas e danos, no prazo prescricional de 10 anos[74].

Os artigos 619 e 620 do Código Civil estabelecem regras sobre a possibilidade de alteração do preço da empreitada.

Segundo o *caput* do artigo 619, presume-se a contratação por preço irreajustável, salvo estipulação em contrário, com base na lógica de que o empreiteiro, perito na arte de construir, considera possíveis variações no preço de seus insumos (mão de obra e/ou materiais) no momento da formulação de sua proposta financeira. O acréscimo de preço apenas poderá ser

---

[73] A propósito, veja-se o enunciado 181 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CJF: "Art. 618: O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do Código Civil refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos".

[74] STJ, REsp 1.721.694/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 03/09/2019, DJ: 05/09/2019.

exigido na hipótese de modificações no projeto a partir de instruções escritas do dono da obra, já que, nesse caso, representa o objeto de um contrato adicional[75].

Contudo, o próprio Código Civil estabeleceu, no artigo 620, critérios para, mesmo no silêncio das partes, modificar o preço da empreitada na hipótese de desequilíbrio da matriz econômico-financeira do contrato em desfavor do comitente. Se ocorrer diminuição do preço do material ou da mão de obra em mais de dez por cento do preço global convencionado, o dono da obra terá o direito de reaver a diferença apurada – a regra é, pois, inaplicável à empreitada por preço unitário.

O parágrafo único do artigo 619, por seu turno, traz importante regra em benefício do empreiteiro: o dono da obra é obrigado a remunerá-lo por acréscimos, ainda que não autorizados por escrito, se deles tiver ciência por continuadas visitas à obra, sem questioná-los. Trata-se de hipótese legal de consentimento tácito a partir de comportamento concludente do proprietário, em prestígio à boa-fé objetiva[76] e com o fim de evitar seu enriquecimento sem causa.

O parágrafo único do artigo 621 visa à tutela do "direito à integridade física da obra"[77], ao vedar a alterações significativas do projeto sem anuência de seu autor, ressalvada a sua inconveniência por motivos supervenientes, razões técnicas ou excessiva onerosidade de execução do projeto em sua versão originária – hipóteses em que o autor deverá ser convocado "para que apresente suas razões ou mesmo promova alterações com as quais concorde"[78].

Se o criador do projeto e o dono da obra não alcançarem o consenso, o autor não poderá impedir as modificações, mas terá o direito de repudiar a autoria do projeto, bem como pretensão reparatória se, após a renúncia, o dono da obra mantiver a indicação da autoria originária, tal como previsto no artigo 26 da Lei 9.610/1998.

O artigo 622 do Código Civil imputa, ao autor do projeto, (i) responsabilidade pelos vícios de construção, caso assuma a direção ou fiscalização da obra; ou (ii) a responsabilidade pelos vícios de solidez e segurança, se apenas elaborar o projeto – e desde que o defeito oculto decorra direta e imediatamente do projeto e não apenas da sua execução pelo empreiteiro.

Os artigos 623 a 625 do Código Civil regulam a "suspensão" da empreitada. "Embora o código refira-se a suspensão, tratam-se, na realidade, de hipóteses de resilição unilateral"[79].

---

[75] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 368.
[76] "Se estava ciente e não protestou, deve pagar o valor que vier a ser arbitrado para o acrescido. Não poderá invocar o art. 111 do CC no sentido de alegar a necessidade de autorização expressa para livrar-se do pagamento. Como ressalta Teresa Ancona Lopez, a exigência de declaração expressa de vontade, nesses casos, feriria a boa-fé objetiva relativa a um dever acessório de colaboração". *Ibidem*, p. 371.
[77] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 857.
[78] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 375.
[79] CARMO, Lie Uema do. *Op. Cit.*, p. 125.

Se a iniciativa da extinção do vínculo for do proprietário, caberá a ele, nos termos do artigo 623, pagar ao empreiteiro "as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganhado, se concluída a obra". De acordo com a doutrina, o dono da obra tem "o direito potestativo incondicionado de pôr termo à empreitada contratada, sem declinar as razões para tanto"[80], com efeitos *ex nunc*.

O empreiteiro poderá resilir o contrato, mas sua responsabilidade dependerá da existência ou não de justa causa.

Nos termos do artigo 624, o empreiteiro responde por perdas e danos na hipótese de resilição sem justa causa; no caso de extinção com justa causa, o empreiteiro não será responsabilizado.

O artigo 625 elenca hipóteses não taxativas de justa causa, tais como (i) culpa do dono da obra; (ii) força maior; (iii) onerosidade excessiva decorrente de dificuldades imprevisíveis de execução (*e.g.*, causas geológicas ou hídricas)[81] e recusa de reajuste do preço pelo proprietário; e (iii) modificações desproporcionais ao projeto.

De forma sintetizada, o contrato de empreitada pode ser extinto por:

> *i)* Execução regular do contrato pelas partes, com a ressalva da permanência da responsabilidade civil do construtor pelo defeito de solidez e segurança da obra, durante o prazo de garantia de cinco anos (CC, art. 618);
>
> *ii)* [...] resilição unilateral do dono da obra (desistência da obra), com o pagamento da indenização devida ao empreiteiro, conforme previsão legal (CC, art. 623);
>
> *iii)* [...] resilição unilateral do empreiteiro, com o pagamento de indenização pelos danos causados ao proprietário, salvo quando houver justa causa – hipótese em que estará isento da responsabilidade por perdas e danos;
>
> *iv)* [...] mútuo consentimento das partes (resilição bilateral ou distrato);
>
> *v)* [...] rescisão judicial do contrato, quando houver imputação de culpa a uma das partes, pelo descumprimento de obrigações pactuadas, ou quando houver o reconhecimento de fato externo extintivo[82].

Por fim, o artigo 626 do Código Civil prevê a possibilidade de as partes atribuírem ao contrato de empreitada natureza personalíssima, caso em que a morte do empreiteiro, cujas qualidades pessoais tenham sido determinantes para a celebração do negócio jurídico, implicará

---

[80] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. Cit*., p. 378.
[81] "Indispensável criteriosa aferição da imprevisibilidade, devendo o empreiteiro provar que fora esgotados todos os recursos disponíveis para evitar surpresas no que se refere ao solo ou às condições hídricas (rios, poços, lençol freático) do local. A diligência exigível deve compreender também outras causas semelhantes, como problemas climáticos especiais (geadas, ventos excessivos, calor extremado)". *Ibidem*, p. 381.
[82] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit*., p. 864.

sua extinção. Por óbvio, essa regra apenas se aplica às obras executadas por empreiteiro pessoa física.

Essas são, em síntese, as regras básicas da empreitada típica do Código Civil, algumas das quais, como se viu, poderão ser modificadas pelas partes no exercício da autonomia privada, de modo a melhor ajustar os efeitos do contrato à operação econômica pretendida.

2.3 Conflitos e disputas na empreitada de construção civil

Conflitos e disputas são termos frequentemente mencionados como sinônimos, além de associados a pendência de processos judiciais e/ou procedimentos arbitrais. No entanto, nos filiamos à compreensão de que a disputa surge da escalada de severidade ou hostilidade do conflito, notadamente quando este se torna irreconciliável entre as partes envolvidas[83].

Conforme a lição de Bruno Takahashi, o caráter institucional da disputa, deflagrada a partir da publicização da reivindicação de solução por algum dos envolvidos, é o principal fator de distinção do conflito. Segundo o autor, a disputa pressupõe a submissão de um conflito intersubjetivo de justiça a uma instituição credenciada ao seu tratamento:

> A partir de uma visão ampliativa, toma-se o conflito como contraposição de movimentos, o que nem sempre envolve interesses inconciliáveis. As ações colidentes, porém, só se tornam conflito quando a situação indesejada é percebida como tal pelo sujeito envolvido. Se, neste ato de nomeação, o indesejado também é visto como injusto, tem-se um conflito de justiça. Se há atribuição de culpa a alguém que possui percepção diversa acerca do justo, passa a haver um conflito intersubjetivo de justiça. A disputa se configura somente se existir posterior reivindicação da solução do conflito intersubjetivo de justiça perante uma instituição voltada ao seu tratamento. O Judiciário é apenas uma das opções possíveis, nem sempre sendo a mais adequada ou a mais acessível[84].

Dessa definição, nota-se que, do surgimento do conflito até a instauração de uma disputa pelas partes, há um intervalo de tempo durante o qual é possível estimular a sua prevenção, sobretudo se as partes tiverem definido procedimento contratual ajustado a tal finalidade.

O universo da construção civil é ambiente fértil para a eclosão de conflitos e disputas. Diversas são as razões para essa afirmação, mas a doutrina ressalta duas de especial relevo: (i) a singularidade dos empreendimentos, que torna cada obra um desafio novo; e (ii) a inevitável ocorrência de alterações no curso da execução dos projetos de engenharia:

---

[83] BUCKER, Maurício Brun. *Op. Cit.*, p. 81.
[84] TAKAHASHI, Bruno. **Jurisdição e Litigiosidade: partes e instituições em conflito**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 53.

> Cada projeto de construção é único, e não há dois absolutamente idênticos. Cada estrutura é moldada para se adequar ao seu ambiente, projetada e construída para atender às necessidades do seu proprietário, organizada para desempenhar sua função específica, e desenhada para refletir gostos pessoais e preferências. As imprevisibilidades do local da construção e as possibilidades infinitas de variação criativa e útil da estrutura, ainda que o produto de construção pareça ser estandardizado, contribuem para tornar cada projeto uma experiência nova e diferente[85].

> Em todos os projetos complexos de construção, alguma premissa ou característica relacionada à execução das obras irá se modificar. Essa é uma realidade quase que inevitável de qualquer desses projetos. Não é possível prever como as partes solucionarão todos os problemas que surgirão no decorrer da relação contratual. No entanto, embora a incompletude contratual seja inerente a projetos desta natureza, "a maioria dos contratos tradicionais não aceita a mudança como um fato, mas ao contrário, trata-a como se fosse uma verdadeira anomalia"[86].

Além disso, são exemplos de fontes dos conflitos em obras de construção civil: (i) interesses antagônicos; (ii) falhas de comunicação; (iii) modificação de projeto; (iv) escassez de materiais, mão de obra ou de recursos financeiros; (v) atrasos de cronograma; (vi) compreensão equivocada do regulamento contratual; (vii) falhas de execução do projeto; e (viii) materialização de riscos e incertezas relativos ao empreendimento[87].

Quanto aos principais fatores de risco incidentes sobre a execução de projetos de construção civil, elenca-se, a título exemplificativo[88-89], o *risco de mercado*, correspondente à inexistência da demanda projetada para o empreendimento; o *risco financeiro*, representado pela insuficiência de recursos necessários à conclusão da obra e/ou pelo comprometimento do fluxo de caixa do projeto, seja pela incapacidade do agente financiador ou por outros fatores, como a escalada da taxa de juros e até mesmo volatilidade cambial; e o *risco de fornecimento*, materializado na falta de insumos como mão de obra, materiais e tecnologia.

Além disso, empreiteiro e dono da obra estão sujeitos a *riscos tecnológicos*, relacionados aos desafios técnicos de engenharia do projeto, cuja complexidade pode até mesmo demandar a criação de tecnologia específica; *riscos de construção*, relativos às dificuldades enfrentadas ao longo da execução do empreendimento, e cuja mitigação depende da competência e da habilidade do empreiteiro em prol do resultado almejado pelo proprietário[90]; e *riscos operacionais*, referentes a performance satisfatória da obra.

---

[85] CARMO, Lie Uema do. *Op. Cit.*, p. 68.
[86] TOLEDO DA SILVA, Leonardo. **Contratos de aliança**, *Op. Cit.*, p. 47.
[87] BUCKER, Maurício Brun. *Op. Cit.*, p. 84/91.
[88] GOZZI, Elcio Fagundes Marques. *Op. Cit.*, p. 55/68.
[89] CARMO, Lie Uema do. *Op. Cit.*, p. 198/202.
[90] "São exemplos de riscos de construção as condições geológicas, geomecânicas, pluviométricas e hidrológicas no local da obra ou no acesso a ela, a identificação de sítios arqueológicos ou patrimônios culturais, terras indígenas ou quilombolas na área de construção e eventual contaminação ambiental". *Ibidem*, p. 152.

Por fim, há de se destacar a existência de *riscos regulatórios*, correspondentes a fatores macroeconômicos e políticos, como a obtenção de licenças, permissões, concessões, realização de desapropriações, alterações normativas que afetem o empreendimento (*e.g.*, segurança do trabalho, tributos, meio ambiente); *riscos sociais*, relativos a oposição de entidades não governamentais, comunidades, movimentos sociais, dentre outros, à realização da obra; e *riscos de jurisdição*, representado não só pelo ativismo judicial, mas também pela sujeição ao poder de polícia simultâneo por múltiplos órgãos de diferentes entidades federativas (*e.g.*, regulação ambiental nas esferas federal, estadual e municipal).

Nesse contexto, os conflitos nascem comumente de eventos que alteram as condições inicialmente pactuadas ou de divergências de opiniões entre empreiteiro e dono da obra a respeito de aspectos técnicos do processo construtivo – especialmente quando o empreiteiro não foi o responsável pela elaboração dos projetos básico[91] e/ou executivo[92].

Dessas divergências e das soluções propostas pelo empreiteiro, as reivindicações surgem como forma de adequar o contrato à nova realidade, inclusive por meio de termos aditivos. Tome-se como exemplo o pedido de acréscimo do preço em função do aumento de equipes para recuperação do cronograma, tendo em vista a impossibilidade temporária de acesso ao local das obras ou o atraso na obtenção de licença ambiental.

As reivindicações, portanto, veiculam pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro e/ou de extensão de prazo, que, se não equacionados, podem levar à paralisação dos trabalhos[93] e até mesmo à resilição do contrato empreitada (artigos 623 a 625 do Código Civil), sem prejuízo de longas e onerosas disputas judiciais ou arbitrais para a reparação dos prejuízos.

Importante ressaltar que, em se tratando de empreitada por preço fixo ou global – invariável, como regra –, o pleito de acréscimo da remuneração impõe ao empreiteiro o ônus de demonstrar que seu fato gerador decorre de circunstância imprevista no momento da contratação e, que, portanto, escapa do sinalagma contratual (*e.g.*, instruções que ensejem serviços adicionais, interferências subterrâneas)[94].

---

[91] Nos termos do artigo 6º, IX, da Lei 8.666/1993, projeto básico, em linhas gerais, é o "conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]".

[92] De acordo com o artigo 6º, X, da Lei 8.666/1993, projeto executivo é o "conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT".

[93] O que gera aumento de custos com a improdutividade de equipamentos e de mão de obra, a manutenção do canteiro, eventuais desmobilizações de pessoas ou de maquinário, custos indiretos etc.

[94] "A empreitada por preço global tem, portanto, como pressuposto o conhecimento pleno do objeto pelo ente contratante, permitindo aos licitantes identificar todos os elementos técnicos e informações necessários e

Geralmente, as denominadas "cartas-pleito" são elaboradas por advogados, contendo a descrição do evento, suas causas, efeitos, possíveis soluções, fundamentos legais e contratuais, além de serem instruídas com indispensável documentação de suporte, como relatórios técnicos, diários de obra, atas de reunião, comunicações trocadas entre representantes das partes, fotografias do local das obras, laudos técnicos de consultorias especializadas etc.[95]

A resolução satisfatória e tempestiva[96] das reivindicações depende não só do alinhamento e colaboração[97] das partes quanto à implementação de soluções técnicas para os problemas surgidos ao longo da obra, mas também pela adequada compreensão do texto contratual, sem divergências profundas de interpretação ou oportunismos – o que relega papel fundamental aos advogados responsáveis pela sua redação na prevenção de disputas.

2.4 Notas sobre a jurisprudência em litígios de empreitada de construção civil

O objetivo deste tópico é apresentar o resultado de pesquisa jurisprudencial sobre os temas mais recorrentes em litígios de empreitada de construção submetidos ao Poder Judiciário, de modo a identificar possíveis contribuições para a sua prevenção ou solução adequada.

---

indispensáveis à composição e formação do seu preço [...]. No contrato de obras regido pela empreitada por preço global também existe partilha de riscos. O fato de essa modalidade contratual ter como pressuposto a definição completa e precisa do objeto da obra, bem como a remuneração se dar por preço certo e determinado, não permite concluir que todos os riscos são transferidos ao contratado, como, por exemplo, a ocorrência de fatos supervenientes que acarretem circunstâncias imprevistas no momento da celebração do contrato. Na empreitada por preço global atribuem-se os riscos operacionais ao empreiteiro apenas no limite das circunstâncias de fato conhecidas pelas partes, informadas pela contratante e estabelecidas como premissa do contrato". GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 125.

[95] Com base nas publicações do Project Management Institute – PMI, Roberto Ricardino descreve a dinâmica das reivindicações na indústria da construção civil: "O PMI conceitua como reivindicação, 'uma solicitação, exigência ou declaração de direitos feita por um fornecedor em relação a um comprador ou vice-versa, para consideração, compensação ou pagamento sob os termos de um contrato legal, como no caso de uma mudança contestada' (2004, p. 374). O termo *reivindicar* tem o significado de reclamar aquilo a que se acredita ter direto, solicitando uma compensação [...]. As partes devem preparar-se para identificar e avaliar qualquer alteração que ocorra nas condições estabelecidas em contrato, para decidir sobre a providência que tomarão a respeito. A parte afetada poderá decidir absorver o impacto da alteração, ou reclamar à outra parte, solicitando: (i) readequação de preço, ou ressarcimento de ônus incorrido, e/ou (ii) a fixação de novo cronograma físico-financeiro contratual". RICARDINO, Roberto. **Administração de contrato em projetos de construção pesada no Brasil: um estudo da interface com o processo de análise do risco**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2007, p. 43/44.

[96] "As disputas na construção civil, quando não resolvidas em tempo, tornam-se muito onerosas sob vários aspectos: financeiro, pessoal, tempo e do custo de oportunidade. As despesas visíveis (por exemplo, advogados e peritos, procedimentos do processo de solução) são significativas. As perdas menos visíveis, tais como as equipes profissionais obrigadas a dispor de tempo com a disputa, a perda de outras oportunidades de negócios e, além destas, os custos intangíveis (por exemplo, a deterioração das relações comerciais entre os participantes, valores perdidos em uma ineficiente solução do conflito) também são expressivos, apesar das dificuldades de serem adequadamente apropriados". BUCKER, Maurício Brun. *Op. Cit.*, p. 18.

[97] "Os empreendimentos de construção civil devem ser colaborativos para terem sucesso. Quando uma parte no contrato não trabalha no sentido de se alcançar o objetivo comum, então o conflito, que é parte de todos os contratos de construção, desenvolve-se para uma disputa. A resolução da disputa, em tempo, assegurará os objetivos das partes e não comprometerá o êxito do empreendimento". *Ibidem*, p. 80.

Porém, antes, uma importante ressalva quanto aos procedimentos arbitrais[98].

A despeito da autorização de divulgação das decisões para fins científicos presentes em regulamentos das principais câmaras de arbitragem, prevalece, na prática, o caráter sigiloso de seu conteúdo, o que impede a formação de uma jurisprudência arbitral. Exceções ainda incipientes à regra, a Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM e da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI publicam, ainda que parcialmente, o conteúdo de suas decisões[99] – as quais não se mostraram relevantes para fins dessa dissertação.

Nesse cenário, passa-se à análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.

A maioria das controvérsias solucionadas pela corte diz respeito a ações judiciais propostas contra o empreiteiro por vícios de construção, fundadas na garantia legal prevista no artigo 618 do Código Civil, e muitas vezes também nas disposições do Código de Defesa do Consumidor. E como o STJ não conhece de recursos cujo julgamento de mérito dependa da análise de fatos e provas[100], o tema mais recorrente é a relação entre os prazos de garantia legal (artigo 618, *caput*), prazo decadencial (artigo 618, § único) e prazo prescricional (artigo 205), conforme os seguintes exemplos:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO INEXISTENTE. PRAZO PRESCRICIONAL. ARTS. 205 E 618 DO CC/2002. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 283/STF. SÚMULA 83/STJ. VÍCIOS CONSTRUTIVOS RECONHECIDOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EQUIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO [...].
> 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "O evento danoso, para caracterizar a responsabilidade da construtora, deve apresentar-se dentro dos 5 (cinco) anos previstos no art. 618 do Código Civil de 2002 (art. 1.245, CC/16). Uma vez caracterizada tal hipótese, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional de vinte (20) anos na vigência do CC/16, e 10 (anos) na vigência do CC/02" (Ag. Int. nos EDcl no REsp 1.814.884/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/2020, DJe de 25/03/2020).
> 3. O Tribunal de origem, mediante o exame dos elementos informativos da demanda, concluiu que os vícios alegados são incontroversos e que foi comprovada a

[98] A experiência prática revela que, quanto maior a complexidade e o vulto econômico da empreitada, as partes tendem a optar pela arbitragem como método de resolução de disputas, por meio da inserção de cláusula compromissória no contrato.

[99] Sobre o tema: SILVA, Diogo Dias da. **Publicação das decisões arbitrais e jurisprudência – critérios para a formação de uma jurisprudência arbitral**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2020, p. 127/135.

[100] Veja-se, a propósito: STJ, Ag. Rg. no AREsp 238.955/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. em 15/09/2015, DJ: 25/09/2015. Nesse caso, o recurso foi interposto com fundamento em suposta violação do artigo 619 do Código Civil pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo que o cerne da controvérsia residia "na demonstração de existência de aprovação ou assentimento do dono da obra no tocante à execução e extensão das obras nova". Contudo, entendeu-se que "a discussão sobre a incidência do disposto no art. 619 do CC/02 foi dirimida pela Corte local por meio de cuidadosa análise dos fatos e provas constantes dos autos, cujo reexame é expressamente vedado em sede de recurso especial pelo óbice da Súmula 7/STJ".

> responsabilidade das rés. Infirmar as conclusões do julgado demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra vedação na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça [...]. 5. Agravo interno não provido[101].
> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR. CONTRATO DE EMPREITADA INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO CONSTRUTOR PELA SOLIDEZ E SEGURANÇA DA OBRA COM BASE NO ART. 1.056 DO CCB/16 (ART. 389 CCB/02). AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.
> 1. Controvérsia em torno do prazo para o exercício da pretensão indenizatória contra o construtor por danos relativos à solidez e segurança da obra.
> 2. Possibilidade de responsabilização do construtor pela fragilidade da obra, com fundamento tanto no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02), em que a sua responsabilidade é presumida, ou com fundamento no art. 1.056 do CCB/16 (art. 389 CCB/02), em que se faz necessária a comprovação do ilícito contratual, consistente na má-execução da obra. Enunciado 181 da III Jornada de Direito Civil.
> 3. Na primeira hipótese, a prescrição era vintenária na vigência do CCB/16 (cf. Sumula 194/STJ), passando o prazo a ser decadencial de 180 dias por força do disposto no parágrafo único do art. 618 do CC/2002.
> 4. Na segunda hipótese, a prescrição, que era vintenária na vigência do CCB/16, passou a ser decenal na vigência do CCB/02. Precedente desta Turma.
> 5. O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas, sendo que a ação fundada no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02) somente é cabível se o vício surgir no prazo de cinco anos da entrega da obra.
> 6. Inocorrência de prescrição ou decadência no caso concreto [...][102].

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de interpretar o significado da expressão "solidez e segurança do trabalho", prevista no artigo 618 do Código Civil, para afirmar que "cabe a responsabilização do empreiteiro quando a obra se revelar imprópria para os fins a que se destina, sendo considerados graves os defeitos que afetem a salubridade da moradia, como infiltrações e vazamentos, e não apenas aqueles que apresentam o risco de ruína do imóvel"[103].

Já no âmbito dos tribunais locais[104], em que a análise de fatos e provas é admitida, extraem-se julgados mais ilustrativos das disputas de empreitada de construção civil.

O que de plano se verifica da análise dos acórdãos é que a maioria das fontes de conflitos indicadas no tópico anterior se confirmam nas demandas dirimidas pelo Poder Judiciário: atrasos de cronograma[105], inexecução da obra[106], vícios construtivos cobertos pela garantia legal[107], não pagamento da remuneração devida ao empreiteiro[108], desequilíbrio econômico-

[101] STJ, Ag. Int. no AREsp 1.633.302/DF, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. em 01/03/2021, DJ: 22/03/2021.
[102] STJ, REsp 1.290.383/SE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. em 11/01/2014, DJ: 24/02/2014.
[103] STJ, Ag. Rg. no Ag. 1.208.663/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. em 18/11/2010, DJ: 30/11/2010.
[104] A pesquisa se baseou na jurisprudência dos tribunais dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná e do Distrito Federal.
[105] TJPR, Apelação Cível 0001823-06.2013.8.16.0172, Rel. Des. Denise Pereira, 18ª CC, j. em 06/03/2020.
[106] TJRJ, Apelação Cível 0396530-34.2013.8.19.0001, Rel. Des. Heleno Nunes, 5ª CC, j. em 12/07/2016.
[107] TJSP, Apelação Cível 0068595-76.2008.8.26.0000, Rel. Des. Rômolo Russo, 11ª CDP, j. em 19/07/2012.
[108] TJRJ, Apelação Cível 1626777-56.2011.8.19.0004, Rel. Des. José Roberto Compasso, 9ª CC, j. em 13/11/2018.

financeiro por eventos imprevistos[109], cobrança por serviços adicionais tacitamente consentidos pelo comitente[110] são temas frequentes na jurisprudência nacional.

Além disso, ponto em comum entre os julgados foi a necessidade de produção de prova técnica para a análise do mérito do litígio (perícia de engenharia e/ou perícia contábil), inclusive antecipadamente por meio de cautelares ou ações de produção antecipada de provas.

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[111], a empreiteira propôs ação contra a dona da obra pleiteando o pagamento de valores correspondentes a (i) serviços adicionais prestados; e (ii) multa por atraso, que teria sido equivocadamente aplicada.

Tratava-se de contrato de empreitada por preço global para a construção de estacionamento de carretas, cuja conclusão se deu com oito meses de atraso. Sob o ponto de vista da empreiteira, a mora decorreu de eventos imprevisíveis, como "fortes chuvas", troca de solo, intercorrências subterrâneas, os quais foram comunicados e aceitos pela dona da obra durante todo o programa contratual – o que, inclusive, demandaria a aplicação do artigo 619 do Código Civil. Contudo, após o aceite da obra, teria sido surpreendida com a aplicação de cláusula penal moratória, além do não pagamento por serviços adicionais.

O tribunal não acolheu a tese da empreiteira, valendo-se basicamente dos seguintes fundamentos: (i) a obrigação principal na empreitada é de resultado; (ii) as justificativas para o atraso integram o risco do negócio do construtor e não podem ser transferidas ao comitente; (iii) a modalidade preço fixo ou global não admite alteração na remuneração do empreiteiro[112]; e (iv) inaplicabilidade do artigo 619 do Código Civil.

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais[113], empreiteira propôs ação indenizatória contra a dona da obra pela denúncia imotivada de contrato de empreitada mista.

Em grau de apelação, o tribunal reformou a sentença, que julgara a pretensão improcedente, para reconhecer o direito da autora de ser indenizada nos termos do artigo 623 do Código Civil.

Entretanto, ao interpretar a expressão legal "indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra", o tribunal consignou que tal valor "deve ser fixado pelo juiz por equidade, tendo em vista a falta de critério legal objetivo para a quantificação".

---

[109] TJDFT, Apelação Cível 0019572-45.2015.8.07.0001, Rel. Des. Carmelita Brasil, 2ª TC, j. em 19/06/2019.
[110] TJMG, Apelação Cível 1.0701.05.109635-5/001, Rel. Des. Eduardo Mariné, 17ª CC, j. em 19/08/2010.
[111] TJRJ, Apelação Cível 0002392-69.2009.8.19.0008, Rel. Des. Bernardo Garcez Neto, 10ª CC, j. em 05/10/2016.
[112] O contrato, inclusive, proibia o empreiteiro de "modificar os preços e/ou condições de sua proposta, sob alegação de insuficiência de dados e informações sobre as obras e/ou condições locais existentes, ou ainda, de qualquer lapso na obtenção de dados".
[113] TJMG, Apelação Cível 1.0702.15.080926-8/001, Rel. Des. Otávio Portes, 16ª CC, j. em 19/02/2020.

No caso concreto, como o pedido autoral correspondia a menos de 3% (três por cento) do valor do contrato, o tribunal o acolheu na íntegra, por considerá-lo "justo e razoável".

Em demanda submetida ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios[114], precedida de ação de produção antecipada de provas, reconheceu-se a inexecução culposa e a responsabilidade contratual do construtor pelo emprego de materiais diversos das especificações do projeto, além de falhas estruturais, comprometedoras da segurança e da estabilidade da edificação.

Na origem, a empreiteira propôs ação monitória contra os proprietários visando à sua condenação ao pagamento de remuneração supostamente devida, decorrente de alterações de projetos, que incrementaram o custo da obra. O contrato de empreitada mista e por preço fixo previa, como obrigações da empreiteira, a elaboração dos projetos, sua execução, bem como o fornecimento dos materiais necessários à conclusão do empreendimento.

Além do oferecimento de embargos monitórios, os donos da obra formularam reconvenção para, dentre outros pleitos, condenar a empreiteira ao pagamento de multa prevista em cláusula penal moratória.

De acordo com a prova pericial produzida previamente à ação, o tribunal, em resumo, (i) aplicou a exceção do contrato não cumprido (artigo 476 do Código Civil) para afastar a condenação dos proprietários, já que a empreiteira "inadimpliu as obrigações avençadas, tendo entregue imóvel com baixo nível construtivo e cheio de falhas, decorrente da ausência de acompanhamento técnico e fiscalização"; e (ii) reconheceu o inadimplemento do construtor, para condená-lo ao pagamento de multa contratual.

Por fim, vale mencionar caso analisado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[115] envolvendo subempreitada para realização de obras de construção civil e montagem eletromecânica de subestação de entrada de energia.

Segundo a autora da ação, a subempreiteira teria descumprido o contrato e abandonado a obra, causando prejuízos financeiros para a conclusão do projeto.

Em contrapartida, a ré alegou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato causado pela empreiteira, em razão de sucessivos atrasos e modificações nos projetos, o que teria comprometido a sua saúde financeira, além da ocorrência de eventos imprevisíveis como greve, chuvas acima da média pluviométrica e atrasos provocados pela intervenção do cliente final.

---

[114] TJDFT, Apelação Cível 0720965-56.2018.8.07.0001, Rel. Des. João Egmont, 2ª TC, j. em 15/04/2020.
[115] TJSP, Apelação Cível 1088638-61.2015.8.26.0100, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, 32ª CDP, j. em 20/07/2020.

Em grau de apelação, o tribunal manteve a sentença, amparada em 02 (duas) perícias de engenharia, que atestaram a culpa exclusiva da subempreiteira pelo abandono da obra e pelo inadimplemento do contrato.

Nesse sentido, afastou-se expressamente as alegações de (i) ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, já que a ré conhecia previamente o local das obras e obteve informação suficiente para a formulação de sua proposta; (ii) atrasos decorrentes das intervenções do cliente final, tendo em vista previsão contratual que concedia autoridade ao cliente final para "fiscalizar, revogar ou anular, total ou parcialmente os projetos e as obras executadas"; e (iii) lesão, quanto ao valor das penalidades contratuais, porquanto "a ré, dado o porte do empreendimento, concorrendo em licitação com outras empresas ao menos de igual capacitação técnica e financeira, não pode ser considerada inexperiente e nem existe situação de premente necessidade".

Da leitura das decisões judiciais analisadas, além da experiência prática em litígios dessa natureza, salta aos olhos a superficialidade que demandas tecnicamente complexas são tratadas no âmbito do Poder Judiciário, após longos anos de tramitação.

Não são raras as sentenças que, em pouquíssimas laudas, apresentam breve relatório e se limitam a reproduzir o laudo pericial na fundamentação para, no dispositivo, concluir pela procedência ou improcedência da pretensão. Com efeito, é possível afirmar que, ressalvadas as hipóteses de prescrição ou decadência, a prova técnica é determinante para o desfecho de disputas judiciais decorrentes de empreitada de construção civil, já que é a partir das conclusões técnicas do perito, que o juízo realizará a subsunção dos fatos aos artigos 610 a 626 do Código Civil.

A produção de provas, portanto, deve ser uma preocupação do empreiteiro e do dono da obra desde o momento da contratação e não apenas quando da eclosão da disputa, pois, como visto, a instrução defeituosa da causa pode resultar em decisões judiciais dissonantes da realidade da execução da obra, em prejuízo de uma, se não de ambas as partes.

3 DECLARAÇÕES E GARANTIAS

3.1 Estrutura, funções e natureza jurídica

As declarações e garantias têm origem nas *representations and warranties*, técnica contratual concebida no sistema jurídico do *Common Law*, e de presença quase obrigatória em contratos de M&A, visando, dentre outras finalidades, à redução da assimetria informacional[116] entre vendedor e comprador e à mitigação de vícios de consentimento.

Conforme as lições de Sérgio Botrel[117], as partes negociam e convencionam as declarações e garantias em operações de M&A com o fim de (i) persuadir o vendedor a divulgar ao comprador o máximo de informações sobre o negócio antes do fechamento; (ii) possibilitar a desistência da operação pelo comprador a depender das informações reveladas pelo vendedor; (iii) servir de base para indenização na hipótese de discrepância das declarações e garantias após o fechamento; (iv) servir como elemento de formação do preço, já que as declarações e garantias auxiliam o comprador na mensuração dos riscos do negócio; e (v) contribuir para a tomada de decisão quanto à celebração do contrato.

De acordo com Evandro de Pontes[118], as declarações e garantias usualmente utilizadas no direito brasileiro podem ser classificadas em quatro grupos: (i) declarações referentes ao sujeito (*i.e.*, quem manifesta a vontade negocial tem poderes para fazê-lo); (ii) declarações referentes a terceiros (*i.e.*, o negócio não afeta direito de terceiros); (iii) declarações referentes ao objeto do instrumento (*e.g.*, ações ou quotas no contrato de venda e compra de participação societária); e (iv) declarações referentes ao objeto do negócio (*e.g.*, controle acionário ou o estabelecimento empresarial no contrato de trespasse).

No entanto, a sua utilidade não se exaure nas operações de fusões e aquisições, já que compreendem a "descrição dos aspectos relevantes da transação" e das "qualidades e das

---

[116] "A função das declarações e garantias é de especial importância no *Common Law*. Nesses sistemas, o foco recai primordialmente sobre a responsabilidade do comprador em examinar o objeto (*caveat emptor*), mesmo que tal lógica tenha sofrido mitigações. A tendência é as partes preverem no contrato, na maior medida possível, o regramento de seus interesses, já que, diferentemente do *Civil Law*, há um aparato normativo mais reduzido [...]. As declarações e garantias têm importante papel na busca de uma disciplina mais detalhada das regras contratuais. Com isso, também acaba sendo reduzida a assimetria de informações entre o comprador e o vendedor sobre o objeto do negócio". BENETTI, Giovana. **Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 140/141.

[117] BOTREL, Sérgio. **Fusões e Aquisições**, 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 303.

[118] PONTES, Evandro Fernandes de. **Representations and Warranties no Direito Brasileiro**, São Paulo: Almedina, 2014, p. 62/64.

principais características do objeto da negociação"[119], motivo pelo qual as declarações e garantias "podem ser aplicadas a qualquer objeto, desde a compra e venda de um imóvel até um aumento de capital social com integralização em ações"[120].

Especificamente em contratos de construção, como o de empreitada, apesar de não ser comum a convenção de apenas uma cláusula contendo todas as declarações e garantias das parte, é recorrente a declaração de ciência do empreiteiro das condições necessárias à execução das obras, como forma de obstar futuro pleito de revisão de preço pelo construtor[121].

Do ponto de vista estrutural, as declarações e garantias são compostas de parte declarativa sobre o presente e/ou o passado – o fato gerador –, suporte fático necessário à aferição de sua veracidade ou falsidade[122], por meio do fato revelador, elemento desconhecido no momento da contratação pelas partes ou, ao menos, pelo declaratário[123].

Ademais, conquanto não integre formalmente a estrutura da cláusula, sua máxima efetividade depende da definição do "regime jurídico da falsidade das declarações e garantias, ou seja, quais as consequências jurídicas que devem irradiar do fato revelador da falsidade"[124], por meio de variados remédios contratuais sujeitos à autonomia privada dos contratantes[125].

Segundo Giacomo Grezzana, as declarações e garantias podem assumir "uma multiplicidade de naturezas jurídicas, determináveis de acordo com a função tida em vista pelas partes no momento da pactuação"[126].

---

[119] LUIZE, Marcelo Shima. Cláusulas de Indenização e Resolução Contratual em Operações de Fusão e Aquisição: Necessidade ou Mera Reprodução do Modelo Anglo-Saxão? In: **Estudos Aplicados de Direito Empresarial – Societário**, Coord. Ana Cristina Kleindienst, São Paulo: Almedina, 2016, p. 150.

[120] GREZZANA. Giacomo. A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 83.

[121] Veja-se, nesse sentido, cláusula extraída de minutas padrão elaboradas pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção: "A CONTRATADA declara estar ciente das condições normais e peculiares da região onde se localizam as obras objeto deste contrato, entre as quais, mas sem limitação; transporte, acesso, manuseio e armazenagem de materiais e/ou equipamentos, disponibilidade e qualidade da mão de obra, água e força elétrica, disponibilidade e estado de estradas e vias de acesso, condições climáticas, hidrológicas e outras". Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2019/05/CBIC_Guia_Contratos_de_Empreitada_na_Construcao.pdf. Acesso em 30.07.2022.

[122] "Parece-nos, portanto, que o sentido de falsidade das declarações e garantias deva ser completado a partir das ideias de incorreção, imprecisão e incompletude, sendo estas últimas, por sua vez, entendidas dentro do guarda-chuva da 'falsidade', em um intercâmbio dialético de significado entre os vocábulos". *Ibidem*, p. 66.

[123] A título ilustrativo, imagine-se que, no momento da celebração de contrato de empreitada para a pavimentação de uma estrada, o dono da obra declara e garante inexistirem quaisquer intercorrências subterrâneas capazes de prejudicar o cronograma pactuado pelas partes (fato gerador). Todavia, no curso da execução da obra, o empreiteiro constata a existência de instabilidade do subleito em razão de afundamentos plásticos até então desconhecidos (fato revelador), cujo tratamento demanda acréscimo no preço e no prazo contratados.

[124] GREZZANA. Giacomo. *Op. Cit.*, p. 64/66.

[125] No exemplo acima referido, as partes poderiam pactuar, como consequência da falsidade da declaração do dono da obra, a celebração de termo aditivo ao contrato de empreitada para o aumento de preço e de prazo, tal como definido em comum acordo ou em decisão vinculante a ser proferida por comitê de resolução de disputas, em paralelo à continuidade da execução do projeto.

[126] GREZZANA. Giacomo. *Op. Cit.*, p. 70.

O citado autor destaca a existência de quatro funções distintas: assecuratória, conformativa, informativa e probatória – cabendo registrar que uma mesma declaração pode exercer múltiplas funções.

Da função assecuratória decorre a assunção, pelo declarante, de obrigação de garantia[127] consistente em eliminar "para a contraparte os riscos relacionados à eventual desconformidade das declarações e garantias com a realidade"[128], ainda que diante de caso fortuito ou de força maior. Com efeito, a superveniência do evento objeto da garantia não perfaz inadimplemento do declarante, mas tão somente o implemento de condições necessárias ao surgimento de novas obrigações, conforme definido no contrato (*e.g.*, obrigação de reparar prestação defeituosa, obrigação de pagar quantia a título de multa).

Tome-se, como exemplo, contrato de dragagem em que o empreiteiro declara e garante que a capacidade das embarcações utilizadas é suficiente para atingir certas profundidades nos prazos convencionados. No curso da execução do projeto de dragagem, contudo, verifica-se a baixa produtividade dos equipamentos, além de assoreamento em nível extraordinário, que deflagra a falsidade da referida declaração. Como consequência pactuada, nasce para o devedor da garantia a obrigação de afretar embarcações adicionais visando à recuperação do cronograma e ao atingimento dos marcos contratuais, sem custos para o dono da obra.

Ainda em relação às declarações e garantias dotadas de função assecuratória, vale mencionar que o prazo definido no contrato para a superveniência do fato revelador da falsidade não tem natureza prescricional, tampouco decadencial, mas de garantia – assim como ocorre em relação ao quinquênio previsto no artigo 618 do Código Civil, já analisado.

Na função conformativa, as declarações e garantias qualificam o conteúdo da prestação principal devida pelo declarante ao declaratário. Ao tratar do tema sob a perspectiva do contrato de compra e venda de participação societária, Grezzana afirma que "enquanto especificações do conteúdo da obrigação de dar, as declarações e garantias se somam à própria obrigação do alienante, amalgamando-se em uma única obrigação e não em duas obrigações separadas"[129] –

---

[127] Segundo os ensinamentos de Fábio Konder Comparato, as obrigações de garantia – cujo exemplo mais recorrente é o contrato de seguro – constituem um *tertium genus* ao lado das obrigações de meio e de resultado. Em linhas gerais, nesse tipo de obrigação, "a prestação não consiste numa simples atividade diligente e honesta do devedor em vista de um resultado, nem muito menos na efetiva produção de um resultado determinado [...]; o conteúdo das obrigações de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor", de modo que "a simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa o adimplemento de sua prestação". COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia In: **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 537.

[128] GREZZANA. Giacomo. *Op. Cit.*, p. 174.

[129] *Ibidem*, p. 72.

o que, na hipótese de falsidade, reclama a incidência do regime de responsabilidade contratual por inadimplemento.

É o que ocorreria em declaração formulada pelo empreiteiro de que os profissionais responsáveis pela construção de turbinas possuem experiência prévia e certificações específicas para a realização da obra. Na hipótese de superveniência de fato revelador da falsidade da declaração, o dono da obra poderia cobrar do empreiteiro, por exemplo, multa contratual pelo inadimplemento.

As declarações e garantias também podem desempenhar função informativa, caso em que servirão como meio de compartilhamento de informações entre as partes, com vistas à redução da assimetria sobre fatos presentes e/ou passados relativos ao contrato.

Grezzana destaca a relevância dessa função "em uma relação cooperativa para aproximar expectativas". Além disso, ressalta que, na função informativa, as declarações e garantias funcionam como "elemento não volitivo do negócio jurídico, que elenca enunciados de fato que auxiliam a concretizar os requisitos dos institutos do erro e do dolo; ou, quando sequer chegar a compor o negócio, ativa a responsabilidade pré-contratual". Todavia, adverte que as partes devem "definir quais informações valem a pena ser produzidas, pois toda produção de informação envolve custos, e nem todo custo vale a pena ser incorrido, mormente quando ultrapassa os benefícios proporcionados"[130].

Tome-se, como exemplo, a declaração do dono da obra de que sondagens previamente realizadas no local da obra revelaram a predominância de certo material no subsolo. Munido dessa informação, o empreiteiro poderá não só reduzir os custos e o tempo de execução da obra, pela dispensa de novas sondagens, como se preparar melhor para o atingimento do resultado esperado pelas partes, mediante o emprego de técnicas e equipamentos adequados.

Por fim, as declarações e garantias podem assumir a função probatória, hipótese em que documentam o fluxo de transmissão de informações de uma parte à outra, o que, via de regra, não consta de instrumento jurídico revestido de força probatória. Assim, ao declarar no contrato de empreitada que examinou o local das obras e os índices pluviométricos da região para fins de seleção dos equipamentos adequados para a conclusão da obra, o empreiteiro transmite formalmente informação de ciência das condições do terreno, inclusive climáticas, capazes de interferir na execução do projeto de engenharia.

Dessa forma, os contratantes atraem a incidência dos artigos 219, *caput*, do Código Civil e 408 do Código de Processo Civil, que disciplinam a eficácia probatória dos documentos

[130] *Ibidem*, p. 70/75.

particulares. Em linhas gerais, as declarações dispositivas ou principais – *i.e.*, aquelas relativas às disposições elementares do negócio ou à legitimidade das partes – presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, o que não ocorre em relação às declarações enunciativas ou narrativas, diante de seu caráter supérfluo[131]. Ademais, a declaração de ciência de determinado fato prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo ao interessado o ônus de prová-lo[132].

A criação legal de presunção relativa implica na alteração do ônus probatório[133]. É dizer, a declaração aposta em documento particular sobre um elemento principal do negócio presume-se ela – a declaração, e não o conteúdo do fato declarado – verdadeira, cabendo ao interessado o ônus de desconstituí-la por outros elementos de prova.

Nesse passo, retome-se exemplo aventado. A declaração do empreiteiro de ciência e suficiência das condições do local da obra resulta (i) na presunção legal e relativa de veracidade do comparecimento do empreiteiro ao terreno e de sua opinião técnica de que as condições locais não impedem a conclusão da obra na forma e no prazo pactuados; e (ii) na imposição ao declarante do ônus probatório de desconstituir essa presunção de ciência, por exemplo, por meio de declaração de testemunha de que o empreiteiro não inspecionou o terreno pessoalmente ou por preposto credenciado.

Ainda que o construtor, no exemplo acima, lograsse afastar a presunção relativa, isso (i) não alteraria a alocação, em sua esfera jurídica, do risco sobre as condições do local da obra, sobretudo à luz da boa-fé objetiva[134]; e (ii) necessariamente resultaria na falsidade da declaração, o que, a depender do arranjo contratual, também poderia caracterizar inadimplemento sujeito a penalidades, como a imposição de multa, por exemplo.

Ao tratar do tema sob a perspectiva das operações de M&A, Grezzana assinala que:

---

[131] Veja-se, a propósito: "Ilustrativamente, é possível vislumbrar, em um contrato de locação, declarações principais e enunciativas. Principais são aquelas referentes aos elementos do negócio, como o preço, o prazo, a finalidade de uso, o bem locado etc. Todas estas contam com presunção de veracidade. Já as enunciativas servem, normalmente, para o esclarecimento de situações ou detalhamento de circunstâncias, como a descrição das medidas do imóvel ou a especificação de suas condições físicas. Estas devem ser provadas pelo interessado". TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1, p. 458.

[132] Nesse sentido: "[...] O documento particular faz prova da declaração, mas não do fato declarado; seu conteúdo é invocável apenas em relação aos subscritores e não a terceiros; e que a veracidade das declarações nele contidas são de natureza *juris tantum*". STJ, Ag. Rg. no Ag. 1.088.781/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. em 16/04/2009.

[133] "As presunções legais relativas (condicionais, disputáveis ou '*iuris tantum*') são aquelas em que o fato é considerado como ocorrido, até que haja prova em sentido contrário. Disso 'ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato contrário". DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, 11ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 63.

[134] Na medida em que, ao se valer de norma violada por si para exercer determinado direito ou pretensão, a conduta do empreiteiro corresponderia a exemplo de *tu quoque*.

> A aposição de declarações e garantias em um contrato alienação de participação societária serve ao propósito de fazer prova de que determinada informação foi repassada – fato que, normalmente, permaneceria no campo das meras afirmações pré-contratuais, com pouco ou nenhum suporte probatório. Ou seja, as declarações e garantias põem a limpo que determinada informação foi fornecida por uma parte a outra [...]. Mas, em sua função probatória, as declarações e garantias constituem prova mais forte e de fácil acesso, pois escrita e assinada pelo próprio declarante, havendo aí a presunção dificilmente afastável por prova em contrário, nos termos do CC, art. 219, *caput*, no sentido de que a declaração é verdadeira em relação ao seu signatário. Este o conteúdo específico da função probatória: chamar à incidência do art. 219, *caput*, as questões atinentes às características da sociedade-alvo [...]. Mas não é só em favor do adquirente a cláusula faz prova. As declarações e garantias criam presunção, também praticamente inafastável, de que o adquirente tomou conhecimento das informações ali divulgadas, obstaculizando o acesso a determinados remédios jurídicos quando o teor das afirmações for correspondente à realidade.[135]

Em suma, revestidas da função probatória, as declarações e garantias, de um lado, dispensam o declarante do ônus de provar que transmitiu certa informação ao declaratário; e, por outro lado, transferem a este o ônus de provar o desconhecimento dessa informação.

Uma vez concluída a análise de suas funções e estrutura, vale ressaltar que nem sempre as declarações e garantias serão consolidadas em cláusula única, sujeitas a indenização na hipótese de falsidade, tal como habitualmente convencionado em contratos de M&A.

Nada obsta que as partes se valham dessa técnica por meio de disposições esparsas ao longo do texto contratual – como nas declarações do construtor relativas ao conhecimento do local das obras, do código de ética do dono da obra, da não utilização de mão de obra infantil etc. – e sem previsão de qualquer consequência para a hipótese de sua falsidade[136].

Por fim, mas não menos importante, propõe-se a seguinte reflexão: a utilização de declarações e garantias pelos contratantes proporciona algum efeito inovador em relação às categorias tradicionais do direito obrigacional?

Sob a perspectiva estritamente jurídica, a resposta nos parece negativa. As declarações e garantias, associadas ou não a outros mecanismos contratuais para fins de regulamentação das consequências de sua falsidade, não são capazes de produzir efeitos distintos daqueles obtidos por meio de obrigações, ônus, deveres, condições, direitos subjetivos ou potestativos etc.

O tratamento contratual das declarações e garantias, aos nossos olhos, se revela como uma ferramenta adicional à disposição das partes para uma definição mais precisa – ou mesmo reforçada – do sinalagma contratual e da partilha de riscos da operação econômica, inclusive a partir do estabelecimento de obrigações (nas funções conformativa e assecuratória).

---

[135] GREZZANA. Giacomo. *Op. Cit.*, p. 78/80.

[136] Todavia, como será detalhado ao longo do presente estudo, entendemos que o principal ganho que as partes podem obter por meio do tratamento contratual das declarações e garantias, em termos de segurança jurídica e previsibilidade, depende da definição das consequências de sua falsidade, associadas a outros mecanismos contratuais, como, por exemplo, o *dispute board*.

Em outras palavras, a depender da regulação contratual, a falsidade das declarações e garantias pode facilitar caracterização do inadimplemento pelo declarante, e, inclusive, contribuir para a avaliação da perda do interesse útil do declaratário para fins de resolução do negócio jurídico, à luz do disposto no artigo 475 do Código Civil.

Nessa linha de raciocínio, além de importante de vetor hermenêutico, o regramento das declarações e garantias em contratos de construção, associado aos remédios contratuais clássicos e, sobretudo, ao *dispute adjudication board*[137], é capaz de conferir aos contratantes maior grau de segurança, previsibilidade, autoexecutoriedade e efetividade da tutela pretendida pela parte inocente (declaratário) – o que, do ponto de vista comportamental, pode ser útil em termos de persuasão para, de um lado, desestimular o oportunismo e, de outro lado, estimular o adimplemento.

[137] O *dispute adjudication board* profere decisões vinculantes, cujos efeitos são produzidos até a sua revisão judicial ou por meio da arbitragem. O tema será explorado no Capítulo 4, Item 4.2.

3.2 Dever de informar e ônus de autoinformação

Uma questão relevante para fins de desenvolvimento deste trabalho é compreender, em linhas gerais[138] e à luz do ordenamento jurídico brasileiro, qual é a extensão do dever de informar e do ônus de autoinformação dos contratantes na empreitada de construção civil.

Segundo Giovana Benetti, informação em sentido estrito é a exposição de uma situação de fato sobre pessoas, coisas, ou qualquer outra relação, qualificada por certeza e objetividade, sem recomendação de conduta futura ao seu destinatário – conquanto o sentido amplo do termo contemple o conselho e a recomendação[139]. Além disso, a informação pode se revestir juridicamente de prestação principal ou acessória de um contrato, dever de proteção, dever legal, ônus, bem como de instrumento para o devido cumprimento da prestação principal[140].

O tema ganha especial relevância durante a formação do vínculo obrigacional, período em que, a partir do fluxo de informações trocadas, as partes alocam, no instrumento jurídico, os riscos ordinários e extraordinários inerentes à operação econômica emoldada pelo contrato.

A razão prática desse intercâmbio de dados entre contratantes decorre de importante falha de mercado: a assimetria de informação. Nesse contexto, vale mencionar que, em projetos de construção civil, observa-se uma dupla assimetria informacional. De um lado, o construtor detém nível de conhecimento superior ao do dono da obra sobre o orçamento do projeto, bem como sobre os fatores e eventos de natureza técnica capazes de influenciar a sua execução; e, de outro lado, o comitente tem maior nível de conhecimento de aspectos estratégicos, operacionais e sobre condições existentes no local das obras do que o empreiteiro[141].

Durante a fase pré-contratual, qualifica-se o dever de informar como dever de proteção, correspondente a "deveres especiais de fonte legal voltados à proteção, à preservação, da integridade da esfera jurídica e à confiança dos participantes da negociação", como o sigilo em relação às informações obtidas no curso da negociação e a transmissão de dados corretos[142].

---

[138] De antemão, é fundamental registrar que a definição dos contornos do dever de informar, em suas variadas nuances, é tema extremamente complexo e controvertido, de modo que sua análise pormenorizada demandaria a elaboração de trabalho acadêmico específico para essa finalidade – o que, como visto, não é o objetivo dessa dissertação. Todavia, a exposição do tema, ainda que em linhas gerais, se mostra relevante no contexto da definição das declarações e garantias prestadas por empreiteiro e dono da obra, inclusive em vista da alocação de riscos definida pelo legislador, nos artigos 610 a 626 do Código Civil.

[139] BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 222/223.

[140] *Ibidem*, p. 224.

[141] TOLEDO DA SILVA, Leonardo. **Contratos de aliança**, *Op. Cit.*, p. 46/47.

[142] BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 225/226. A autora assinala que se, após a celebração do contrato, o credor da informação verificar que o dever de informar pré-contratual foi descumprido de forma dolosa (*i.e.*, dolo informativo), abre-se caminho para a anulação do negócio por vício de consentimento; já se o incumprimento se materializar de forma culposa, o credor da informação poderá se socorrer da via da responsabilidade pré-contratual.

A toda evidência, a esfera de abrangência do dever de informar não é ilimitada. Há balizas objetivas sugeridas pela doutrina, que, uma vez cotejadas com as peculiaridades do caso concreto, contribuem para o intérprete melhor avaliar a licitude da conduta dos contratantes.

Em primeiro lugar, a informação deve ser útil a quem se destina; isto é, um dado relativo ao conteúdo do contrato[143], cuja transmissão seja lícita[144] e suscetível de alterar o comportamento do credor da informação caso dela tivesse conhecimento – o que, a toda evidência, pressupõe a avaliação das circunstâncias concretas[145].

Ademais, a natureza paritária ou assimétrica da relação[146] – que impacta no grau de intensidade da assimetria informacional –, o custo de produção da informação[147], a praxe comercial[148] e a boa-fé objetiva, na sua tríplice função (interpretativa, limitativa e criadora)[149], são alguns parâmetros importantes para a delimitação do dever de informar.

---

[143] Nas palavras de Giovana Benetti, "informações essenciais ligadas aos termos das prestações respectivas, que impactem a utilidade ou o valor do bem ou do serviço; e a informação sobre defeitos do bem (vício oculto e evicção". *Ibidem*, p. 261.

[144] Não constitui ato ilícito a não divulgação de informações cuja revelação seja contrária a normas legais ou contratuais. Veja-se, nesse sentido, o Enunciado n.º 27 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal – CJF: "27. Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade".

[145] Como bem anota a doutrina, o que é "*material* ou relevante para um caso pode não ser para o outro, devendo ser avaliadas as circunstâncias concretas. Se, por exemplo, o vendedor oculta que o telhado de uma casa está danificado, tal informação pode ser relevante ou não a depender do contexto: será relevante se o comprador pretender morar ou trabalhar na casa, mas será irrelevante se for demoli-la ou se pretender substituir o telhado". BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 287.

[146] "Relação paritária (ou dotada de simetria) é a que apresenta maior extensão no exercício da liberdade contratual em razão da presumida paridade entre as partes. As intervenções legais para a correção do conteúdo contratual são excepcionais e pontuais. O processo de negociação e de execução contratual desenvolve-se com certa igualdade, 'sem a marcada preponderância dos interesses de um dos polos' [...]. Embora a simetria absoluta seja algo raro, na relação paritária, diz-se que o dever de informar será mais reduzido, pois são mais amplas as possibilidades informativas dos contratantes. Em determinados casos, poderia até mesmo não haver o dever de informar, quando, por exemplo, ambas as partes tivessem ciência das informações [...] em uma relação paritária envolvendo profissionais (empresários, investidores, profissionais liberais etc.) acostumados a realizar determinado tipo de negócio, será mais reduzido o dever de informar sobre seus elementos usuais. Prevalece o papel da autonomia privada e da autorresponsabilidade com a consequente restrição ao dever de informar". *Ibidem*, p. 270/272.

[147] "[...] diante de uma relação desequilibrada, [o custo envolvido na produção da informação] será um fator a ser levado em consideração na avaliação de a quem cabe o dever de informar: parece razoável atribuir este dever ao figurante com melhor oportunidade de acesso à informação e a menores custos. Diferentemente, se os figurantes estão na mesma posição, sendo especialistas na matéria, o dever de informar tem seu escopo reduzido (e, às vezes, é até inexistente) [...]. Nesse contexto, se as possibilidades de acesso à informação são as mesmas para os profissionais, mas apenas um deles dispendeu recursos para sua obtenção, este poderia, a princípio, se valer da vantagem informativa, pois não caberia falar em abuso da situação de ignorância da contraparte, como na hipótese de relações assimétricas". *Ibidem*, p. 290.

[148] "A prestação de informações à outra parte segue a mesma lógica: dentro dos padrões da boa-fé objetiva [*i.e.*, considerando a legítima expectativa criada pela prática de mercado] deve-se tomar a quantidade e a qualidade de dados normalmente oferecidos em negociações semelhantes." FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 163.

[149] Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a cláusula geral da boa-fé objetiva "reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes". STJ, REsp 830.526/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 03/09/2009.

Outro aspecto a destacar é a existência de alocação legal de riscos em contratos típicos. Em nossa visão, o legislador impôs ao empreiteiro maiores riscos e responsabilidades do que ao dono da obra, baseado na premissa de que o construtor é profissional dotado de conhecimento necessário à obtenção do resultado definido em contrato.

Nesse passo, relembre-se, a título exemplificativo, a regra geral prevista no artigo 619, *caput*, do Código Civil, segundo a qual o construtor não poderá exigir acréscimos no preço fixo, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Nos parece claro que o legislador atribuiu ao empreiteiro a responsabilidade pela adequada orçamentação da obra, por consistir em um dos fatores de risco decorrentes de sua atividade profissional[150]. Vê-se, nessa ordem de ideias, que o conhecimento das informações necessárias à precificação do projeto é imputado ao construtor por meio de alocação legal de riscos[151].

Deve-se ainda ressaltar que, a princípio, informações sobre a conveniência, oportunidade ou a vantagem do negócio[152] não estão abrangidas pelo dever de informar. Esses são campos afeitos à autorresponsabilidade dos contratantes, em que predomina o brocardo *caveat emptor*[153].

Para transmitir uma informação é necessário, antes, conhecê-la.

O "dever de conhecer" se mostra ainda mais essencial em contrato de natureza empresarial, celebrado por quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada, nos termos do artigo 966 do Código Civil. Afinal, "quando se está diante da contratação de um profissional, é razoável supor que este conhece (ou deveria conhecer) certas informações relacionadas à sua área de expertise"[154].

---

[150] "O risco, numa aceção de mero enquadramento, pode ser entendido como 'a possibilidade do desfecho negativo de uma atividade, à qual *estão associadas a desvantagens, perdas ou danos*'. O conhecimento de certo estado de coisa, ou a sua ausência, é um *fator de risco* (*Risikiofaktor*), na medida em que o Direito associa, a tais estados subjetivos, e verificados certos pressupostos, desvantagens para os sujeitos a quem tais estados se imputam. No caso das pessoas coletivas, o conhecimento é um *fator de risco* próprio da organização societária. Reconduz-se, portanto, ao espaço dogmático do *risco de organização*". GOMES, José Ferreira; GONÇALVES, Diogo Costa. **A imputação de conhecimento às sociedades comerciais**, Coimbra: Almedina, 2016, *E-book* (§ 10).

[151] "Imputar ou não conhecimento a uma sociedade é, portanto, uma decisão de alocação de risco. Os critérios de imputação mais não são, afinal, do que indicadores normativos para aferir a que esfera jurídica, em concreto, deve ser imputado o risco do conhecimento (ou da sua ausência) quanto a um concreto estado de coisas". *Ibidem* (§ 1).

[152] "Para Antonio Junqueira de Azevedo, não haveria dever de informar sobre a oportunidade ou vantagem do contrato. Não caberia informar, por exemplo, se a mercadoria em breve ficará mais barata ou se há no mercado outro superior pelo mesmo preço, pois quanto a estes aspectos seria aplicável a máxima *caveat emptor*. Como bem salientado pelo autor '[a]dmitir dever de informar também sobre a oportunidade ou a vantagem desses contratos é querer transformar o fornecedor em assistente social". BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 256.

[153] "Trata-se de expressão utilizada por Lord Mansfield in *Stuart v. Wilkins*, I Dougl. 18, 99 Eng. Rep. 15 (1778), que desde então vem sendo utilizada para designar o princípio segundo o qual cada parte deve cuidar de seus próprios interesses". SABADIN, Mariana Guerra. *Op. Cit.*, p. 13.

[154] BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 233.

Nessa linha de raciocínio, o comitente supõe de forma legítima que o empreiteiro tem conhecimento de todas as informações relativas ao método construtivo necessário para a execução da obra, desde conceitos básicos de engenharia a pormenores da tecnologia empregada – essa, inclusive, nos parece ser a lógica adotada pelo legislador ao definir a alocação de riscos da empreitada típica.

O dever de conhecer, contudo, não é direcionado somente ao devedor da informação. Sob a perspectiva do credor, é fundamental analisar o denominado ônus de autoinformação[155], que também é balizador da extensão do dever de informar.

Em linhas gerais, o credor da informação deve adotar comportamento proativo e diligente[156] no sentido de buscar dados necessários e úteis para a sua tomada de decisão, mediante o emprego de esforços e custos razoáveis conforme a prática de mercado e a lei. O seu desconhecimento só será legítimo "se a ignorância for isenta de qualquer reprovação"[157].

Se ainda assim a parte ignorar determinada informação relevante para a formação de sua vontade de contratar, esta integrará, em tese, o dever de informar da contraparte[158].

Em se tratando de informação acessível por ambas as partes a custos similares, tal como na hipótese de fatos notórios ou de domínio público, não há se falar em dever de informar. Compartilha-se aqui do entendimento segundo o qual cabe ao credor tentar obter a informação "por seu esforço próprio, pois, se, podendo obtê-la, não o faz, não há porque impor ao devedor uma diligência maior do que a empregue pelo próprio credor interessado na informação"[159].

Vê-se, portanto, que "a delimitação do objeto do dever de informar perpassa pela tensão entre dever e ônus"[160], o que, repise-se, apenas será aferível a partir da análise das particularidades do caso concreto. Na síntese de Giovana Benetti:

---

[155] A situação jurídica subjetiva em exame não consiste em *dever* de autoinformação, mas em *ônus* – imperativo do interesse próprio –, na medida em que, além de inexistir correlato direito subjetivo da contraparte, o indivíduo que não se desincumbir do ônus de adotar meios razoáveis para buscar informações não comete ato ilícito, conquanto tenha que se sujeitar a eventuais consequências desfavoráveis.

[156] Ao tratar da qualificadora "*to the best knowledge of the sellers*", Gustavo Tepedino trabalha com a lógica do ônus de autoinformação sob a perspectiva de um dever de diligência do comprador, sobretudo no contexto de processo de auditoria prévia (*due diligence*), que, não limitado às fusões e aquisições, é fundamental para o adequado tráfico de informações entre as partes. Afirma o autor que, "mediante a estipulação do dever de diligência, as partes atribuem ao adquirente o ônus de examinar cuidadosamente a documentação relativa ao negócio, de tal sorte que assuma, em consequência de tal imposição, os ônus dos vícios aparentes que caracterizam o objeto da coisa vendida". TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança – A exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*, In: **Soluções Práticas de Direito – Pareceres – Relações Obrigacionais e Contratos**, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 443/444.

[157] GREZZANA, Giacomo. *Op. Cit.*, p. 251.

[158] Enfim, "ao credor cabe o emprego de esforços razoáveis para a obtenção de informações que considerar úteis para a contratação, sendo afastado o ônus, quando configurada a impossibilidade (ou a extrema dificuldade) de se informar. Na medida em que agir para buscar as informações, ainda que não consiga obtê-las, terá se desincumbido de seu ônus". BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 251.

[159] GREZZANA, Giacomo. *Op. Cit.*, p. 261.

[160] BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 248.

> Constatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando *(i)* a revelação da informação for lícita; *(ii)* a informação for relevante e útil para o credor; *(iii)* a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; *(iv)* se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação ou, ainda, se a relação adotada entre as partes for adotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as informações da contraparte.[161]

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a extensão do dever de informar na empreitada compreende a redução da assimetria de informação entre as partes, a partir do conhecimento do devedor e da diligência do credor conforme a prática de mercado e a alocação legal de riscos, até a adequada compreensão das qualidades essenciais do negócio pelo credor da informação, de modo que este possa tomar uma decisão negocial informada e livre de vícios de vontade.

Nesse contexto, as declarações e garantias, nas funções informativa e probatória, podem servir justamente às finalidades de transmitir e documentar as informações trocadas pelas partes, o que pode contribuir para a melhor análise do cumprimento ou da violação do dever de informar, além da configuração da responsabilidade pré-contratual[162].

Por fim, uma questão que se propõe é a influência do exercício da autonomia privada na análise do dever de informar e do ônus da autoinformação. Poderiam as partes reduzir, ou mesmo dispensar, diligências prévias ou trocas de dados, mediante a alocação contratual dos riscos e a atribuição voluntária de responsabilidades? A resposta nos parece afirmativa, inclusive por intermédio das declarações e garantias nas funções conformativa e assecuratória.

E nesse caso, tratando-se de relação paritária, os parâmetros acima indicados, sobretudo a cláusula geral da boa-fé objetiva, não podem servir para desvirtuar a alocação de riscos definida pelas partes, sob pena de violação ao artigo 421-A, II, do Código Civil.

A título ilustrativo, aventa-se o seguinte caso fictício: no momento da celebração de contrato empresarial de empreitada por preço global para a pavimentação de estradas localizadas em propriedade particular, o proprietário declara e garante ao empreiteiro que (i) em virtude da premência de tempo e do custo envolvido na produção das informações, não realizou estudos técnicos para verificar a existência de intercorrências subterrâneas; (ii) solicitou ao empreiteiro a apresentação de suas propostas técnica e financeira sem considerar essa informação; e (iii) os impactos de eventuais intercorrências no curso da obra deverão ser comprovados pelo empreiteiro e compensados pelo comitente (i.e., obrigação de garantia).

---

[161] *Ibidem*, p. 231.
[162] GREZZANA, Giacomo. *Op. Cit.*, p. 307.

No curso da execução do projeto de engenharia, o empreiteiro constata e informa ao comitente a existência de instabilidade do subleito em razão de afundamentos plásticos até então desconhecidos, cujo tratamento demanda acréscimo no preço e no prazo contratados.

Diante desse cenário, indaga-se se o construtor – profissional obrigado a um resultado por preço invariável – não empreendeu diligência mínima compatível com a boa-fé objetiva e, portanto, assumiu o risco pelos impactos de eventuais intercorrências.

Pela lógica ordinária do ônus de autoinformação do construtor, a resposta será positiva, cabendo a ele a responsabilidade pela entrega da obra sem qualquer compensação adicional.

Todavia, no exemplo referido, a declaração de natureza assecuratória formulada pelo comitente (i.e., obrigação de garantia), sem desnaturar a empreitada por preço global[163], eliminou esse risco específico da esfera jurídica do empreiteiro, bem como promoveu a sua transferência ao dono da obra, motivo pelo qual o construtor deverá ser compensado.

Conclui-se, assim, que a definição concreta do dever de informar e da responsabilidade por vício informativo na empreitada depende de inúmeras variáveis, aferíveis caso a caso.

De toda sorte, as declarações e garantias apresentam-se como instrumento capaz de reduzir essa insegurança jurídica e de conferir maior previsibilidade quanto ao fluxo de informações que antecederam e determinaram a contratação, já que têm a aptidão de "preencher o espaço entre os simples motivos e a regulação contratual, conferindo-lhes tutela jurídica"[164].

3.3 Consequências da falsidade das declarações e garantias e autonomia privada

As declarações e garantias são estruturadas a partir de um fato gerador, elemento declarativo e suporte fático sobre o presente e/ou o passado, e de um fato revelador, elemento de futuridade, que viabiliza à aferição veracidade ou não da declaração. Como visto, a máxima efetividade desse tipo contratual depende da definição das consequências jurídicas da falsidade das declarações, sujeita em larga medida à autonomia privada dos contratantes.

Porém, antes de abordar os remédios contratuais disponíveis às partes, é importante sublinhar que a falsidade das declarações e garantias pode ensejar a anulação do contrato por defeito informativo ocorrido na fase pré-contratual, hipótese em que o declarante da vontade

[163] Já que na empreitada por preço global "atribuem-se os riscos operacionais ao empreiteiro apenas no limite das circunstâncias de fato conhecidas pelas partes, informadas pela contratante e estabelecidas como premissa do contrato". GARCIA, Flávio Amaral. *Op. Cit.*, p. 125.
[164] GREZZANA, Giacomo. *Op. Cit.*, p. 63.

viciada poderá invocar a ocorrência de erro ou de dolo durante o prazo decadencial de quatro anos contados do dia em que se realizou o negócio jurídico (artigo 178, II, do Código Civil).

O erro deve ser substancial para ensejar a anulação do negócio (artigo 139 do Código Civil); ou seja, a falsa representação sobre a realidade pelo *errans* deve recair sobre (i) a natureza do negócio, o objeto principal da declaração ou alguma das qualidades a ele essenciais; (ii) a identidade ou a qualidade essencial da pessoa a quem se refere a declaração, desde que tenha influído nesta de modo relevante; ou (iii) configurar erro de direito, que, sem implicar recusa à aplicação da lei, seja o motivo único ou principal do negócio.

Em paralelo, o artigo 140 do Código Civil dispõe que o falso motivo somente vicia a declaração de vontade quando expresso como sua razão determinante, pois a causa puramente psicológica não tem relevância jurídica. Nesse diapasão, registre-se que as declarações e garantias podem promover os motivos à categoria de elemento volitivo do negócio[165].

Tome-se, como exemplo, uma declaração do comitente de que a celebração do contrato de empreitada se justifica primordialmente pela participação ativa de renomado engenheiro ou pela utilização de determinado método construtivo inovador. Dessa forma, o que, a princípio, seria um elemento unicamente psicológico da parte, torna-se razão determinante do contrato.

Além de substancial, o erro invalidante deve ser cognoscível e escusável.

Em síntese – e ressalvadas divergências doutrinárias[166] –, escusabilidade do erro consiste em requisito circunscrito ao *errans* e à sua diligência ordinária para afastar o estado psíquico produzido pela falsa percepção dos fatos, que macula a sua manifestação de vontade:

> A escusabilidade do erro, requisito puramente doutrinário, serviria a afastar a anulação naquelas hipóteses em que o declarante cometesse um erro que, embora essencial, fosse grosseiro, isto é, que um declarante de diligência normal não teria cometido. Não caberia ao direito proteger o declarante – e, portanto, desproteger o declaratário de boa-fé – nas hipóteses em que aquele não tenha tomado os cuidados mínimos que seriam de se esperar no tocante à verificação das circunstâncias reais do negócio.[167]

---

[165] "Os motivos podem, evidentemente, ganhar relevância se for essa a vontade das partes. Mas aí há uma mudança de categoria. O motivo deixa de ser mero impulso psicológico pré-jurídico e passa a ser verdadeiro elemento volitivo do negócio, sendo necessário, em todo o caso, o acordo inequívoco das partes quanto à elevação dos motivos à nova categoria". *Ibidem*., p. 105.

[166] "A doutrina encontra-se divida a respeito da adoção do critério da escusabilidade do erro ou o de sua recognoscibilidade. Marcos Bernardes de Mello e Paulo Lôbo, por exemplo, entendem pelo emprego do critério da escusabilidade para a configuração do erro substancial. Antonio Junqueira de Azevedo entende pela necessidade de o erro ser reconhecível pelo destinatário da declaração, e assim também concluem Humberto Theodoro Júnior, Custodio da Piedade Ubaldino Miranda e Augusto Bufulin. Há, ainda, quem mantenha o requisito da escusabilidade e conjugue-o à exigência de que o erro seja reconhecível pelo destinatário da declaração". BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 60.

[167] KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Org.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 616/617.

Por sua vez, a cognoscibilidade do erro se dirige não ao errante, mas ao declaratário da vontade viciada. Não se trata de efetivo conhecimento do erro, bastando "a possibilidade de o declaratário percebê-lo mediante o uso de 'diligência normal, em face das circunstâncias do negócio', como diz o art. 138"[168]. Nas palavras de Grezzana:

> O *standard* de diligência exigido do declaratário, que é a parte protegida pelo instituto, não pode, em vista disso, ser o mesmo exigido do declarante para evitar o erro. Do declaratário deve-se exigir apenas que, em vista das circunstâncias do caso concreto, não deixe de reconhecer o erro por culpa simples. Não existe para o declaratário um dever de se informar para informar. Do contrário, chegar-se-ia a uma inversão dos valores postos na norma, pois à parte protegida pela norma estaria sendo imputado dever de autoinformação maior que ao próprio *errans.*[169]

O requisito da cognoscibilidade revela interessante questão: se a anulação do negócio jurídico depende do conhecimento do erro pelo declaratário mediante diligência ordinária, ao concluir o contrato sem alertar o *errans*, não restaria configurada "uma omissão do destinatário ao conservar o declarante em representação errônea, adentrando-se na esfera dedicada ao dolo e, mais especificamente, ao regime da omissão dolosa?"[170].

De acordo com Giovana Benetti, não necessariamente será caracterizada omissão dolosa, "pois, para tanto, é necessária a presença do elemento-chave – a intenção de enganar. Ausente a intenção de induzir em erro, não resta configurado o dolo"[171]. Por mais que o atual regime jurídico do Código Civil tenha aproximado os institutos do erro e do dolo[172], a sua distinção primordial reside no elemento subjetivo: o erro é espontâneo (ou, ao menos, derivado de conduta culposa[173]), ao passo que o dolo é o erro intencionalmente provocado[174].

---

[168] GREZZANA, Giacomo. *Op. Cit.*, p. 328.
[169] *Ibidem*., p. 328/329.
[170] BENETTI, Giovana. *Op. Cit*., p. 61/62.
[171] *Ibidem*., p. 63.
[172] "Esse novo requisito [a cognoscibilidade] transforma drasticamente a configuração do erro como defeito dos negócios e reduz em muito os casos em que ele pode gerar anulação. De fato, a lei agora estabelece uma distinta repartição de riscos entre declarante e declaratário, dando maior importância para os interesses deste último, cuja boa-fé passa a ser protegida com mais intensidade. A nova configuração aproxima ainda mais o erro do dolo, uma vez que o negócio só poderá ser anulado se a outra parte tinha como saber que a vontade emitida estava perturbada". KONDER, Carlos Nelson. *Op. Cit.*, p. 617/618.
[173] "No Direito brasileiro, assim como no português, a doutrina em geral não atenta para essa questão. Ressalva-se o posicionamento de Fernando Noronha ao sustentar que, se a indução a contratar derivar de informações falsas sobre elementos decisivos para a celebração do contrato e se a indução for imputável à outra parte, mas sem ser intencional, a 'situação da pessoa que recebeu a informação incorreta é tipicamente de erro e falaremos em indução culposa. Aqui também teremos a possibilidade de anulação do contrato (cf. arts. 138 e ss.)' […]. Na perspectiva do Direito brasileiro, considera-se que, na hipótese de o mesmo fato preencher os requisitos do erro espontâneo (artigos 138 e 139) e os da responsabilidade pré-contratual pela violação ao dever de informar, poderia o lesado buscar a anulação do contrato fundado no erro e a indenização baseada na responsabilidade pré-contratual". BENETTI, Giovana. *Op. Cit.*, p. 112.
[174] "A situação interna do declarante em caso de dolo equivale à situação do indivíduo que erra, pois a vontade não teria sido exteriorizada se conhecidas todas as condições objetivas do negócio (ou teria sido em outros termos).

Com base nos conceitos acima reproduzidos, passemos a um exemplo. Em contrato de empreitada para a dragagem de manutenção de terminal portuário, o comitente declara que as ondas que atingem o local das obras não ultrapassam um metro de altura. Contudo, ao iniciar a execução dos trabalhos, o empreiteiro toma conhecimento de que, apesar de a média histórica anual corresponder à informação prestada (fato gerador), no período de execução do projeto, o terminal portuário é frequentemente alvejado por ondas de até três metros de altura (fato revelador), o que impacta sobremaneira no sinalagma contratual.

Diante desse cenário, o empreiteiro poderia requerer a anulação do contrato por erro, tendo em vista a falsidade da declaração de natureza informativa prestada pelo dono da obra?

A resposta nos parece negativa. Em que pese (i) a falsidade da declaração prestada pelo comitente; (ii) se tratar de erro substancial, por recair sobre qualidades essenciais da declaração do empreiteiro (i.e., preço, tempo de execução da obra, material, mão de obra etc.); e (iii) o erro ser, em tese, reconhecível pelo comitente[175], trata-se de erro inescusável, tendo em vista que, em face das circunstâncias do negócio, a falsa percepção da realidade pelo *errans* diz respeito a informações relacionadas à sua área de expertise profissional, de modo que o erro poderia ter sido evitado se o draguista tivesse adotado cuidados mínimos para verificar as condições climáticas e de maré no período específico de execução contratual.

Hipótese diametralmente oposta seria se o comitente formulasse a mesma declaração informativa acrescida da função assecuratória (i.e., *garante* que as ondas que atingem o local das obras não ultrapassarão um metro de altura). Isso porque, ao contrair obrigação de garantia em face do draguista, as circunstâncias do negócio se alteram e tornam escusável o erro decorrente da falsidade da declaração. Em outras palavras, o ônus de autoinformação do empreiteiro diante da garantia prestada pelo dono da obra – e da própria confiança em sua declaração – seria substancialmente reduzido ou mesmo eliminado.

Além do erro, a falsidade das declarações e garantias pode ensejar a invalidade do negócio jurídico por dolo, compreendido como "o ato positivo (manobra, artifício, mentira) ou negativo (omissão) que, ao levar ao engano de uma das partes, influencia diretamente a declaração de vontade desta"[176].

A diferença está em que o erro é espontâneo, enquanto no dolo a parte enganada é induzida por meio de artifícios, mentiras, informações inexatas ou omissões praticadas por outrem". *Ibidem*, p. 63.

[175] Supõe-se que, mediante diligência ordinária, o operador do terminal portuário tenha conhecimento de que, sem prejuízo da média anual, no período específico de execução da dragagem avençada as ondas superam em quase três vezes a estimativa contratualmente informada ao draguista.

[176] *Ibidem*, p. 31.

Para tanto, faz necessária a presença dos seguintes elementos: (i) intenção de enganar do *deceptor* (elemento subjetivo); (ii) "manobras astuciosas, maquinações, mentiras ou omissões empregadas a fim de enganar o declarante" [177] (elemento objetivo); e (iii) representação errônea da realidade experimentada pelo *deceptus*.

Vale destacar que apenas o dolo principal (i.e., quando a falsa representação da realidade é determinante para a celebração do negócio jurídico), comissivo ou omissivo, autoriza a anulação por defeito informativo, sem prejuízo de seu efeito indenizatório. O dolo acidental, embora não invalide o negócio, é ato ilícito e, nessa medida, atrai o regime da responsabilidade civil extracontratual (artigo 146 do Código Civil), já que deriva não do conteúdo do contrato, mas da sua formação contaminada por conduta ilícita.

Ao contrário do regime jurídico do erro, o comportamento do *deceptus* é irrelevante para a configuração de dolo invalidante [178]. Todavia, o cumprimento de seu ônus de autoinformação será um dos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil e para a quantificação de eventuais danos[179].

Com relação à influência das cláusulas de declarações e garantias na configuração do dolo, Giovana Benetti sustenta que

> [...] apesar de já incorporadas na prática contratual brasileira e de auxiliarem a destacar os elementos que foram considerados relevantes pelas partes, tais cláusulas não teriam o condão de abranger todas as circunstâncias possíveis de serem verificadas no caso concreto nem de afastar a disciplina legal do dolo. É possível que a falta de previsão, em tais cláusulas, de certa característica do objeto do negócio se deva à ocorrência da omissão dolosa, podendo o lesado optar pelo caminho da violação a tais cláusulas ou do dolo.[180]

---

[177] *Ibidem*, p. 45.

[178] "Tratando-se de erro espontâneo, o ordenamento jurídico visa à tutela da confiança legítima depositada pelo destinatário da declaração na validade do negócio. No dolo, tem-se que o próprio destinatário da declaração é o responsável pela manobra ou pela omissão ensejadora do engano, razão pela qual se afasta a confiança legítima na validade do negócio celebrado. Assim, não caberia prever para os casos de dolo, os mesmos requisitos do erro espontâneo [...]. Em suma: quem induz intencionalmente a outra parte em erro não pode invocar a falta de cuidado desta última para se eximir. É como se o ladrão reclamasse da insuficiência de proteção da loja que assaltou ou o trapaceiro, da inocência de sua vítima, que não percebeu o engodo". BENETTI, Giovana. *Op. Cit.*, p. 53/54 e 196.

[179] "[...] A diligência é um valor caro ao ordenamento jurídico e não se admite a premiação do comportamento negligente. Neste sentido, o artigo 945 do Código Civil prevê a fixação da indenização com base na gravidade da culpa da vítima em confronto com a do autor do dano [...]. Portanto, segundo se entende, a conduta do lesado deveria ser levada em conta no plano da reparação, seja no caso do dolo invalidante, seja no dolo acidental, a fim de se avaliar a medida com que a vítima contribuiu para o dano, sofrendo, assim, as consequências desfavoráveis de sua falta de diligência. No plano das normas de validade, não teria reflexos eventual negligência do *deceptus*". *Ibidem*, p. 54/56.

[180] *Ibidem*., p. 397.

Analisados os principais aspectos relativos aos vícios de consentimento, passa-se à abordagem não exaustiva dos remédios contratuais à disposição das partes para o tratamento das consequências das falsidades das declarações e garantias.

Considerando tratar-se de mecanismo usual em contratos de fusões e aquisições, pode-se afirmar que a consequência mais comum da discrepância nas declarações e garantias é o estabelecimento de cláusula de indenização.

Segundo Giacomo Grezzana, a indenização, (i) na função assecuratória, corresponde ao pagamento de soma garantida, tendo em vista a concretização do risco coberto; e (ii) na função conformativa, equivale à reparação pelo descumprimento da obrigação de dar qualificadora da prestação principal. Em ambos os casos, proporciona-se ao declaratário o estado em que estaria se as declarações fossem verdadeiras, de acordo com o seu interesse positivo, portanto[181].

Abre-se um parêntese para destacar que, com o objetivo de propiciar maior segurança jurídica e previsibilidade ao arranjo negocial, não raras vezes as partes convencionam a indenização como único remédio cabível na hipótese de falsidade das declarações e garantias, associando tal disposição à denominada cláusula de entendimento (ou acordo) integral.

Segundo a cláusula de entendimento integral, o contrato contempla a totalidade dos entendimentos entre as partes e substitui todas as negociações, declarações e promessas anteriores havidas em relação ao objeto contratado. Em outras palavras, o instrumento regula, integral e exaustivamente, a relação jurídica das partes, excluindo-se, por conseguinte, tudo o que esteja fora dos quatro cantos do contrato[182].

Já a indenização como único remédio significa que a reparação pecuniária "é o recurso exclusivo das partes por qualquer violação das representações, garantias, covenants, acordos e obrigações previstas nesse documento"[183].

Da análise de compatibilidade desses institutos ao direito contratual brasileiro indaga-se se tais cláusulas poderiam suplantar a observância boa-fé objetiva durante a formação do contrato (artigo 422 do Código Civil) e atribuir às partes uma licença para mentir, de modo a afastar o direito de anulação do negócio jurídico por vício de consentimento.

---

[181] GREZZANA, Giacomo. *Op. Cit.*, p. 203/208 e 231/233.

[182] "Trata-se de disposição que busca incorporar a incidência da *parol evidence rule* – vigente no sistema da *common law* – à disciplina contratual, com o objetivo de obstaculizar a apreciação de evidências extrínsecas, tais como provas relativas às tratativas pré-contratuais ou outros meios orais, ou mesmo escritos, de demonstração e comprovação – prévios ou contemporâneos ao contrato – que visem alterar, contradizer ou complementar seu teor. De acordo com tal regra, no âmbito de uma demanda judicial em que se discuta a interpretação do contrato, o juiz – ou o júri – não deve permitir que evidências dessa estirpe integrem a instrução processual". SABADIN, Mariana Guerra. *Op. Cit.*, p. 51.

[183] LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2020, p. 24.

A resposta a ambos os questionamentos nos parece negativa à luz do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em virtude da função limitadora da autonomia privada decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva[184-185].

Ainda com relação ao remédio indenizatório, as partes têm a prerrogativa de convencionar cláusulas de limitação e de exclusão de responsabilidade do declarante para, a título exemplificativo, fixar teto indenizatório ou excluir a reparação por danos indiretos e lucros cessantes. Entretanto, deve-se ressalvar o descumprimento contratual doloso ou com culpa grave, hipóteses em que a limitação ou a exclusão de responsabilidade não prevalecerá[186].

Uma alternativa para sanar a falsidade nas declarações e garantias é atribuir ao declarante obrigação de dar, fazer ou não fazer necessária para a retomada do estado de fato descrito no contrato. Em se tratando de declaração dotada da função assecuratória, caberá ao garantidor "assumir a obrigação de sanar o risco *in natura*, reparando ou desfazendo o ato que o concretizou"[187]. Na hipótese de declaração de natureza conformativa, incumbirá ao declarante o cumprimento específico da prestação inadimplida, desde que útil ao declaratário e viável do ponto de vista prático[188].

Há, outrossim, a possibilidade de estabelecimento de mecanismos de compensação ou de revisão de preço, inclusive mediante a utilização de recursos provenientes de conta de

---

[184] "[...] a despeito da autonomia privada das partes para contratar, essas cláusulas não podem ser utilizadas para limitar a responsabilidade civil de agente que atua com dolo ou culpa grave em razão da necessidade de se observar a boa-fé no cumprimento dos contratos [...] também em razão da indisponibilidade do princípio da boa-fé na prática contratual nacional, essas cláusulas não seriam aptas a afastar a possibilidade de anulação do contrato em razão da atuação dolosa [...]". *Ibidem*, p. 74.

[185] "A execução dos termos ajustados entre as partes documentalmente, assim como a interpretação de tais termos, passa necessariamente pelas regras e princípios que compõem o ordenamento regedor do contrato, os quais podem desempenhar papel limitador da pretensão das partes. Nesse sentido, no sistema jurídico brasileiro, a boa-fé objetiva – criadora dos deveres maiores de correição, lealdade e cooperação entre os contratantes, cânone hermenêutico-integrativo da atividade negocial e baliza do exercício de direitos subjetivos – atua como princípio restritivo da autonomia privada em prol da manutenção da perfeita ordem pública, a qual não comporta espaço para tolerância com embustes e engodos. Não se pode, portanto, à luz da lei pátria, se utilizar do instrumento contratual para criar licença para mentir". SABADIN, Mariana Guerra, *Op. Cit.*, p. 89.

[186] "Embora a previsão de cláusulas excludentes ou limitativas de indenização seja admitida pela doutrina e jurisprudência, a permissão para estipulá-las e aplicá-las em contrato não é absoluta. De fato, tais cláusulas sofrem limitações relacionadas (i) ao dolo do contratante em favor de quem a cláusula foi pactuada; (ii) à culpa grave do contratante em favor de quem a cláusula foi pactuada; (iii) ao equilíbrio econômico do contrato; (iv) ao respeito à ordem pública; e (v) ao caráter essencial ou não da obrigação sobre a qual recai o inadimplemento". LONGA, Daniel Pinheiro. *Op. Cit.*, p. 46.

[187] GREZZANA, Giacomo. *Op. Cit.*, p. 213. Retome-se, por oportuno, exemplo aventado linhas acima: em contrato de dragagem, o empreiteiro garante contratualmente que a capacidade de todas as embarcações utilizadas é suficiente para atingir certas profundidades nos prazos convencionados. Contudo, verifica-se a baixa produtividade em algumas dragas (i.e., falsidade da declaração). Como consequência pactuada, nasce para o devedor da garantia a obrigação de substitui-las, por meio do afretamento de embarcações adicionais visando à recuperação do cronograma e ao atingimento dos marcos contratuais, sem custos para o dono da obra.

[188] *Ibidem*, p. 226/231. Esse seria o caso de uma declaração prestada pelo empreiteiro de que a construção de um quebra-mar seria precedida de sondagem por um determinado método de investigação geotécnica, mas que é substituído por outro sem a anuência do dono da obra. Diante da falsidade da declaração, a consequência seria o cumprimento específico da obrigação, desde que ainda viável do ponto de vista técnico.

depósito em garantia (*escrow account*). Em contrato de empreitada por preço fixo parcelado, comitente e empreiteiro podem pactuar, por exemplo, que determinado percentual de cada parcela será destinado a conta de depósito em garantia a ser liberada após a emissão do termo de recebimento definitivo da obra. Esses recursos servirão, ao longo da execução do projeto de engenharia, como forma de compensar eventuais discrepâncias nas declarações e garantias prestadas no momento da contratação.

Acresça-se, ademais, a possibilidade de gradação das declarações e garantias em ordem de relevância, associando-as a consequências de menor a maior intensidade, como a cláusula resolutiva expressa no caso de falsidade de informações essenciais à tomada de decisão de celebração do negócio – o que é uma forma de evitar a judicialização da extinção do contrato[189].

Essas são, em síntese, algumas das alternativas à disposição das partes para a disciplina das consequências das falsidades das declarações e garantias.

A seguir, passamos à análise de que modo o tratamento contratual das declarações e garantias pode contribuir para a prevenção ou adequada solução dos litígios em contratos empresariais de empreitada de construção civil.

[189] A cláusula resolutiva expressa "permite ao credor, uma vez verificado o evento nela previsto, desvincular-se de relação jurídica estéril, incapaz de cumprir o programa negocial traçado pelas partes, de forma célere, mediante simples declaração receptícia de vontade. Revela-se, assim, aquela que é, sem sobra de dúvidas, uma das extraordinárias vantagens da cláusula em comparação com sua congênere – a cláusula resolutiva tácita: a possibilidade de resolver a relação obrigacional extrajudicialmente, sem que tenha, o credor, que se socorrer do Poder Judiciário". TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.6. out/dez. 2015, pp. 14-15.

4 TRATAMENTO CONTRATUAL DAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS COM O FIM DE PREVENIR OU SOLUCIONAR LITÍGIOS EM EMPREITADAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

4.1 Custos de transação, governança contratual e prevenção de litígios

Além de fatos sociais[190], contratos são, na leitura contemporânea, a roupagem jurídica de operações econômicas[191]. Em outras palavras, a definição do conteúdo do contrato, à luz do direito vigente e a partir do exercício da autonomia privada[192], determina e orienta os contornos e a vinculação jurídica da própria operação econômica pretendida pelas partes[193].

Agentes econômicos celebram contratos para obter benefícios, mas não sem incorrerem em custos para a aquisição de bens e de serviços no mercado: os denominados custos de transação, conceito desenvolvido a partir dos estudos de Ronald H. Coase[194].

---

[190] "O contrato é um fato social, tanto quanto o crime e as relações familiares (casamento, filiação). Sua existência é anterior ao direito, consistindo numa manifestação da necessidade humana de interação econômica (troca). Sua prática foi descrita por antropólogos em tribos humanas muito rudimentares que não contavam com um sistema jurídico organizado (exemplificativamente, tribos incas pré-descobrimento espanhol). O que se entende aqui por contrato (no sentido de *transações*) é, portanto, pré-jurídico e difere da definição jurídico-dogmática de contrato como acordo de vontades executável em uma corte de justiça (no sentido de *transações juridicamente executáveis*). Estamos nos referindo a relações de trocas entre indivíduos, envolvendo prestações recíprocas entre os contratantes, independentemente do reconhecimento estatal dessa relação". TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos In: **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 4ª ed., Indaiatuba: Editora Foco, p. 157/158.

[191] "Resulta claro, desta forma, que o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação económica de um véu legal de per si não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações económicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos lato sensu". ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

[192] "Inexistindo regras sobre a redação dos contratos, a *arquitetura jurídica* das operações empresariais assume grande importância, planejando-se a forma pela qual os negócios encetados pelas empresas entrarão no mundo jurídico, como serão organizados para produzir os efeitos almejados pelas partes [...]. Quais as cláusulas que constarão de cada um dos instrumentos? Qual será a denominação e a mecânica de cada um deles? Insista-se: trata-se de opção das partes [i.e., de seus advogados]. Há *balizamentos* postos pela Lei e pelos tipos contratuais, e não *cercas* a serem respeitadas". FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p. 82/83.

[193] "Determinar o regulamento (ou conteúdo) contratual significa, substancialmente, definir que composição, que arranjo recíproco receberão os interesses das partes, coenvolvidos na operação econômica a que o contrato é chamado a dar veste e vinculatividade jurídica [...]. Determinar o regulamento do contrato significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação económica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto reflectem a conveniência económica do próprio contrato". ROPPO, Enzo. *Op. Cit.*, p. 126/127.

[194] Paula Forgioni explica que o conceito de custos de transação surge a partir de observações de Coase em seu estudo sobre a natureza da firma, de 1937: "Suas primeiras indagações podem ser assim resumidas: se os mercados funcionam tão bem e seriam aptos a assegurar o fluxo econômico, por que existem empresas? Por que elas contratam entre si? Segundo COASE, a realização de transações econômicas implica custos [custos de transação ou *transaction costs*], que variam segundo a natureza da própria operação e a e a forma mediante a qual é organizada. Em suma, os custos de transação são os gastos para se valer do mercado [...]". FORGIONI, *Op. Cit.*, p. 143.

Em matéria contratual, os custos de transação podem ser classificados, segundo o momento de sua ocorrência, em custos *ex ante* ou *ex post*.

Os custos de transação *ex ante* são aqueles incorridos pelas partes até a celebração do contrato, notadamente os custos de negociação e de redação do instrumento jurídico, e que congregam, a título exemplificativo:

> os custos das partes (incluindo tempo) na identificação da contraparte (aqui incluindo a comparação com outras possíveis contrapartes, e o custo de oportunidade de renunciar a estas), na verificação da reputação e idoneidade profissional da contraparte, na análise da situação financeira ou de crédito dessa, na investigação sobre a qualidade do produto ou serviço, na elaboração da proposta de negócio, na contratação de assessores financeiros, contábeis e jurídicos para desenho e escolha da estratégia contratual e para a identificação de possíveis contingências, e na negociação e redação do conteúdo do contrato principal e de eventuais outros acessórios (como de garantias), com o esforço de alinhamento de interesses, simetria informacional e limitação de comportamentos estratégicos oportunistas[195].

Já os custos de transação *ex post* podem ser compreendidos como aqueles necessários para monitorar o cumprimento do acordo de vontades, bem como para a sua execução em caso de inadimplemento (*enforcement*), incluindo-se, nessa quadra, o custo do erro na interpretação do contrato pelo Poder Judiciário ou pelo tribunal arbitral[196].

Cumpre-se ressaltar que há uma relação de interdependência entre tais custos de transação: "quanto mais se investe nos custos *ex ante*, menores seriam os custos *ex post*"[197].

Nada obstante, a distribuição da maior parcela dos custos de transação para o momento da celebração do negócio ou da execução do contrato é uma faculdade das partes. Embora os assessores jurídicos muitas vezes insistam pela adoção de maior cautela na redação do texto contratual, os custos necessários à negociação e à aprovação de determinada cláusula podem ser proibitivos à própria operação econômica, o que pode conduzir as partes à opção estratégica da incompletude contratual em relação a aspectos mais sensíveis e controvertidos do negócio[198].

---

[195] CARMO, Lie Uema do. **Análise econômica da interpretação contratual**. 2006. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 150.

[196] "A redação ampliada do conteúdo do contrato serve também como uma forma de se precaver contra potenciais erros judiciais: as partes escrevem mais para evitar ambiguidade e equívocos de interpretação pelas cortes. Isso explicaria por que as partes redigem longas cláusulas mesmo sobre pontos não verificáveis em eventual litígio". *Idem*. **Contratos de construção de grandes obras**. *Op. Cit.*, p. 232.

[197] *Ibidem*, p. 234.

[198] "Os advogados não costumam ser contaminados pelo otimismo dos agentes econômicos e, no exercício profissional, tendem a trazer para o presente discussões futuras, ou seja, procuram resolver de antemão os problemas que conseguem antecipar. Enfrentam resistência de seus próprios clientes que, por força de sua profissão, querem celebrar o negócio que lhes parece vantajoso. Esse excessivo otimismo leva muitas vezes a *evitar a discussão e a disciplina de pontos controvertidos*. A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do *comportamento estratégico das parte*s que, visando à realização da transação, evitam enfrentar aspectos que poderiam ameaçá-la." FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p. 86.

Nesse contexto, a incompletude contratual pode ser qualificada como instrumento de gestão negativa de riscos à disposição das partes:

> De outra parte, ao lado da gestão positiva de riscos, desponta o contrato incompleto, assim compreendido como o negócio jurídico que emprega técnica de gestão negativa da álea normal do contrato. Dito diversamente, em algumas hipóteses, a autonomia privada preferirá não alocar positivamente o risco econômico previsível no momento da assinatura do contrato, deixando essa decisão para momento futuro, quando e se o risco se verificar. Trata-se da denominada gestão negativa. Nessa hipótese, os particulares deixam lacunas no negócio, que significam a ausência de determinado elemento da relação contratual que, no entender das partes, será afetado pela oscilação da álea normal. A lacuna representa precisamente essa não tomada de decisão pelos contratantes, que remetem a distribuição dos efeitos do risco para momento futuro, por ocasião de sua verificação[199].

A partir desses elementos, faz-se necessária a reflexão acerca da distribuição dos custos de transação entre empreiteiro e dono da obra.

A empreitada de construção típica, como visto, já possui uma alocação básica de riscos e de responsabilidades definida pelo legislador – o que, em tese, contribui para reduzir os custos de transação *ex ante* –, mas que, observadas as questões de ordem pública (*e.g.*, garantia legal prevista no artigo 618 do Código Civil), pode ser alterada pela vontade das partes.

Com efeito, a depender do porte do projeto de engenharia, comitente e construtor têm a prerrogativa de seguir por, ao menos, dois caminhos alternativos: (i) o da simplificação, ao dizerem o mínimo possível no texto contratual; ou (ii) o da complexidade, o que demandará o dispêndio de valiosos recursos durante o processo de barganha, com o objetivo de antecipar o máximo de contingências futuras e de distribuir, entre si, a responsabilidade pelas consequências da materialização de cada um dos riscos mapeados.

Naturalmente, não será possível antever e contemplar no contrato todos os acontecimentos relevantes que, efetivamente, ocorrerão no curso da obra. Como assevera Leonardo Toledo da Silva:

> Praticamente qualquer projeto complexo de construção terá de lidar com variações das condições iniciais de execução. Conforme bem observa SAKAL, o contrato tradicional "não aceita a mudança como um fato, mas, ao contrário, trata-a como se fosse uma verdadeira anomalia"[200].

---

[199] TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. *Op. Cit.*, p. 21/22. As lacunas geradas pela incompletude contratual, segundo as autoras, devem ser preenchidas de acordo com o regulamento elaborado pelas partes, se existente: "No contrato incompleto, portanto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão negativa do risco econômico superveniente (*rectius*, álea normal), os quais serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna".

[200] TOLEDO DA SILVA, Leonardo. **Contratos de aliança**. *Op. Cit.*, p. 230.

Abre-se um parêntese para sublinhar que a compreensão tradicional das mudanças nas condições de execução da obra como "*anomalias*" – especialmente a partir da visão da empreitada sob a ótica da obrigação de resultado –, e não como a materialização de riscos inerentes à operação econômica[201], tende a estimular as divergências entre as partes e, em última análise, a eclosão de conflitos e disputas[202].

Assim, independentemente do grau de custos *ex ante* assumido pelas partes, a mitigação dos custos *ex post*, notadamente daqueles associados às disputas judiciais ou arbitrais, pode ser concretizada a partir da lógica de *governança contratual*; isto é, a regulamentação de procedimentos pelos quais o dono da obra e o empreiteiro lidarão com as intercorrências supervenientes à contratação, bem como estabelecerão mecanismos de incentivos comportamentais visando ao fim do processo obrigacional (*i.e.*, o adimplemento).

Leonardo Toledo da Silva trabalha com a ideia de governança contratual nos contratos de aliança, a partir de abordagem relacional (e processual), em contraposição aos modelos tradicionais de contratação, formatados sem a flexibilidade necessária à adaptação às intercorrências ocorridas ao longo da execução do projeto de engenharia[203].

A despeito dos traços distintivos entre a aliança e a empreitada – destacados no Tópico 2.1 do presente trabalho –, entendemos que o conceito de governança contratual pode ser igualmente aplicado às empreitadas típicas de construção civil com o fim de estimular a solução para os problemas não antecipados (ou não antecipáveis) pelas partes, de modo a prevenir a instauração de litígios judiciais ou arbitrais[204].

---

[201] "As contratações empresariais envolvem *riscos*, ou seja, a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. O risco é inevitável porque '[c]contratar é prever', de forma que '[o] contrato é um empreendimento para o futuro' [...]. Por vezes, as empresas valem-se do *contrato* para disciplinar a forma de divisão dos riscos. 'O futuro traz incertezas que podem ser reduzidas se outras pessoas adotarem determinados comportamentos [ou deixarem de adotá-los]. Nessa medida, o contrato costuma ser uma distribuição recíproca de riscos; um sistema eficiente de disciplina dos contratos deve apoiar essa divisão, mantendo a alocação realizada pelo negócio". FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p. 146/147.

[202] BUCKER, Maurício Brun. *Op. Cit.*, p. 84/91.

[203] TOLEDO DA SILVA, Leonardo. *Op. Cit.,* p. 130/137.

[204] Com apoio nas lições de Fernando Araújo, Leonardo Toledo da Silva apresenta a descrição da abordagem relacional, que vai ao encontro do objeto dessa dissertação: "[...] a ênfase 'relacional' denota muito frequentemente que as partes não confiaram na adjudicação judicial e foi essa a razão pela qual se afadigaram na definição de uma 'constituição' que estabelecesse permanentemente estruturas de 'governo', para chegarem a soluções auto-sustentadas e auto-disciplinadas, e até para bloquearem *ex ante* a tentação de exploração oportunista daquilo que às partes se afigurou como ineficiência judiciária crônica. E é essa mesma desconfiança que explica que as estipulações substantivas cedam tão frequentemente a primazia a estipulações adjectivas que definem os processos de articulação entre a conduta das partes como formas de adjudicação e disciplina *puramente internas*, poupando em custos *ex post* de renegociação explícita ou de prevenção do oportunismo (entendendo-se como dispensáveis, e por isso improdutivos, os esforços destinados a renegociar e a dissuadir o oportunismo), e mais especificamente evitando o recurso a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados nas estipulações contratuais, os quais, emprestando, como é sabido, critérios próprios da hetero-disciplina tendem a remeter a adjudicação externa (judicial ou arbitral)". *Ibidem*, p. 134.

Sugere-se, portanto, que as lacunas deixadas pela inevitável incompletude contratual[205] sejam preenchidas de acordo com os procedimentos definidos pelas partes[206]. A governança contratual, assim, além de menos custosa do que a ineficaz tentativa de antecipação de todas as possíveis contingências, pode contribuir para obstar a escalada do conflito e a suspensão da execução do projeto de construção como consequência do surgimento de disputas[207].

É justamente nesse contexto de governança contratual que as declarações e garantias associadas a outros mecanismos à disposição das partes podem contribuir para a prevenção de litígios em empreitadas de construção civil.

4.2 Associação das declarações e garantias com outros mecanismos contratuais para a prevenção de litígios em contratos de empreitada de construção civil

As declarações e garantias podem assumir, isolada ou simultaneamente, as funções (i) assecuratória, ao constituírem obrigação de garantia; (ii) conformativa, ao qualificarem o conteúdo da prestação principal; (iii) informativa, ao permitirem o compartilhamento de dados e reduzirem a assimetria de informações entre as partes; e (iv) probatória, ao documentarem o fluxo de transmissão de informações entre os contratantes.

A máxima efetividade desse tipo contratual, como se viu, depende da definição do regime jurídico da falsidade das declarações e garantias, deflagrado pelo fato revelador[208].

---

[205] Na síntese de Paula Forgioni: "Acostumamo-nos a pensar os negócios como se tudo ou quase tudo pudesse ser previsto no momento de sua assinatura. Neste contexto ideal, aquilo que faltaria seria completado pela lei e, no máximo, pelos usos e costumes comerciais. Sabemos que essa situação é utópica. Contratos são, por natureza, incompletos e maior sua complexidade, mais as lacunas far-se-ão sentir [...]. Os economistas, nas últimas décadas, chamaram a atenção para o fenômeno dos contratos incompletos e os desafios que apresentam. *Não se consegue e não se quer prever tudo nos instrumentos contratuais*. Isso é explicado a partir de três aspectos dos custos de transação: [i] existência de contingências imprevistas [*unforseen contingencies*], pois as partes não podem definir *ex ante* todas as vicissitudes futuras, incluindo o comportamento inesperado do parceiro; [ii] custo da redação de contratos [*cost of writing contracts*], pois, ainda que todas as contingências fossem previsíveis, mostrar-se-ia excessivamente custoso descrevê-las e prevê-las no contrato; [iii] custo de execução do contrato [*cost of enforcing contracts*], pois, diante de contingências e comportamentos imprevistos, não é fácil aos julgadores compreender o que foi avençado e dar-lhe concreção". FORGIONI, Paula. *Op. Cit.,* p. 60/61.

[206] "Eis a função do regulamento contratual incompleto: consentir às partes não alocar *ex ante* os efeitos decorrentes da variação da álea normal do contrato, remetendo essa decisão para momento futuro, como solução que melhor atende aos interesses dos particulares no caso concreto". TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. *Op. Cit.*, p. 23.

[207] "Que o desajuste do contrato ocorrerá ao longo de sua existência é mesmo evidente. Visando a afastar o rompimento posterior da avença, as empresas costumam prever, no momento inicial da contratação, mecanismos que visam a pacificar controvérsias futuras, que nem sempre funcionam a contento. Afirma-se que, por conta da incompletude contratual inerente à avença, o risco do rompimento sempre ameaçará a empresa". FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p. 155.

[208] "Independentemente de se estabelecer um caráter meramente informativo ou sólido e concreto das declarações e garantias, o que se mostra importante, por conferir às partes segurança jurídica, é estabelecer contratualmente os efeitos da quebra de uma declaração". BOTREL, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 304.

A associação das declarações e garantias com outros mecanismos contratuais visando à prevenção de litígios está diretamente atrelada, por conseguinte, à definição contratual das consequências de sua falsidade.

Diversas são as opções à disposição das partes, como, por exemplo, a convenção de (i) cláusulas penais[209], que, inclusive, poderão se sujeitar, em contrapartida, a cláusula de limitação e/ou de exclusão de responsabilidade; (ii) pagamento de soma garantida [210] ; (iii) estabelecimento de obrigação de dar, fazer ou não fazer com vistas à reparação da prestação defeituosa e a retomada do estado de fato descrito no contrato; (iv) mecanismo de compensação ou de revisão do preço, inclusive por meio de recursos provenientes de conta de depósito em garantia (*escrow account*); e (v) cláusula resolutiva expressa, para hipótese de falsidade de declarações reputadas fundamentais para a operação econômica.

Além disso, é relevante destacar a possibilidade de (i) convenção de exceções expressas às declarações e garantias; (ii) eleição de qualificadoras como materialidade[211] e melhor conhecimento[212]; (iii) limitação temporal das declarações e garantias; e (iv) definição de parâmetros objetivos de descumprimento.

As declarações e garantias também podem ser associadas a uma ferramenta jurídica, alternativa ao processo judicial ou arbitral, com o potencial de lidar de modo eficiente com a instabilidade e complexidade dos projetos de engenharia, e, dessa forma, prevenir e resolver conflitos adequadamente: o *dispute board* ou comitê de resolução de disputas[213].

---

[209] Notadamente na hipótese de discrepância de declaração de natureza conformativa.
[210] Na hipótese de falsidade de declaração de natureza assecuratória.
[211] "Outra técnica utilizada para atenuar o rigor das declarações e garantias é a inserção da *materialidade* como qualificadora das declarações e garantias. Por exemplo, 'os livros encontram-se devidamente escriturados e completos, sendo mantidos de acordo com a boa prática comercial e exprimindo todas as operações envolvendo os negócios e atividades da Companhia, não contendo nenhum erro ou omissão *que possam gerar um efeito material adverso*'. Caso o contrato não contemple a definição de efeito material adverso, nada impede que seja inserido um critério mais objetivo, v.g., 'não contendo nenhum erro ou omissão que tenha impacto patrimonial superior a $ 100.000". BOTREL, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 305.
[212] De trabalho específico sobre o tema, extrai-se a seguinte síntese: "a qualificadora 'no melhor conhecimento' restringe o alcance do informado em determinada declaração e garantia ao conhecimento da parte que presta a declaração, limitando, portanto, o escopo daquela declaração e gerando o efeito, dentro do ambiente jurídico brasileiro, de alocar a responsabilidade sobre o desconhecimento ao beneficiário da declaração, transferindo o ônus da prova para esse beneficiário". CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. **A qualificadora "no melhor conhecimento" em contratos de compra e venda de participação societária**, Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2016, p. 63.
[213] "O contencioso judicial apresenta alto custo, longa duração, falta de especialização por parte do julgador e belicosidade, o que inviabiliza a manutenção de uma boa relação futura entre as partes e a continuidade dos negócios entre elas. Os *dispute resolution boards* foram criados no contexto da busca por alternativas a essas características". WALD, Arnold. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 30, Jul/Set / 2011, p. 139/151.

Segundo a doutrina, os comitês são formados por profissionais experientes e imparciais, "contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva"[214].

A composição do comitê – usualmente formado por dois técnicos e um advogado[215] – costuma abranger membros com formações acadêmicas e experiências profissionais diversas, que colaboram, de forma interdisciplinar, para a solução das divergências entre as partes.

Com relação à sua dinâmica de atuação ao longo da execução da obra:

> As boas práticas mundiais sugerem que seja estabelecido um cronograma de visitais ao local de execução do contrato – usualmente a cada dois ou três meses – e, periodicamente, deve ser submetida aos comitês a documentação gerada ao longo da realização dos serviços, como diário de obra, histogramas, comunicações relevantes trocadas entre as partes e quaisquer outros documentos que possam ser úteis na tarefa de se inteirar não apenas sobre o dia a dia da execução do contrato, mas também da existência de possíveis desacordos entre as partes e que possam potencialmente, evoluir para um conflito. Isso permite que os membros conheçam profundamente não apenas o contrato e a realidade da evolução do projeto, mas também os profissionais envolvidos com a sua entrega, podendo atuar de maneira bastante produtiva e eficiente.[216]

Nessa medida, a vocação do *dispute board* em contratos de construção, como o de empreitada, é a resolução imediata de divergências de quaisquer naturezas, de modo a permitir que a obra prossiga até sua conclusão, sem interrupções, assim como o fluxo de caixa necessário ao seu financiamento.

A atuação do comitê se dá, portanto, em benefício do projeto de engenharia[217], ao servir de mecanismo de descompressão e de estabilização contratual: de um lado, o dono da obra assegura a execução ininterrupta do projeto e evita oportunismo do empreiteiro; de outro lado, o empreiteiro garante o fluxo de caixa contínuo e evita o oportunismo do dono da obra.

Nesse sentido, veja-se o entendimento da doutrina:

---

[214] MARCONDES, Antonio Fernando Mello, Os Dispute Boards e os Contratos de Construção, in **Construção Civil e Direito**, coord. Luiz Olavo Baptista et alli, Ed. Lex Magister, São Paulo, 2011, p. 123.

[215] "Em seu formato mais usual, os *dispute boards* são compostos por três profissionais indicados de forma consensual, sendo dois membros técnicos escolhidos pelas partes e com profundo conhecimento sobre o objeto do contrato sob acompanhamento e o terceiro atuando como presidente do *board*, sendo este indicado pelos membros técnicos e normalmente com perfil jurídico" SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras In: **Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* – RBADR**, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, jul./dez. 2019, p. 73.

[216] *Ibidem*, p. 75/76.

[217] "Os *dispute boards* são comitês de acompanhamento permanente da execução dos contratos, cuja função precípua é defender esse contrato dos interesses individuais das partes, favorecendo a sua marcha rumo ao cumprimento do projeto" *Ibidem*, p. 72/73.

> Os *Dispute Boards* são uma ferramenta de estabilização da relação contratual, sobretudo em situações de grande complexidade, em que existe uma clara tendência a comportamentos adversariais, nos quais há grandes chances de o projeto acabar sendo deixado em segundo plano pelas próprias partes, em prejuízo da sua execução. Nessas hipóteses, os *Dispute Boards* acabam funcionando como uma espécie de *válvula de descompressão* do projeto, permitindo que as partes voltem seu foco ao que realmente importa, ou seja, ao andamento do projeto[218].

Trata-se, na perspectiva de Bruno Takahashi, de instrumento não jurisdicional voltado a processo decisório privado com vistas à prevenção de conflitos:

> [...] as diversas formas contratuais podem ser vistas como resultantes de processos decisórios do mercado para se prevenirem conflitos. Há uma grande variedade de momentos em que os processos decisórios do mercado podem atuar. Por exemplo, ao tratar do uso de Dispute Boards em contratos de construção, Antonio Fernando Mello Marcondes defende a importância de os membros do comitê se reunirem em intervalos regulares no próprio local da obra, o que permitiria ouvir a queixa das partes ainda na fase embrionária, com chances de resolvê-la mediante o incentivo ao diálogo e sem que haja a evolução para uma disputa. Nota-se deste exemplo que o comitê atua antes de existir uma reivindicação propriamente dita, ou seja, não chega a rigorosamente prestar jurisdição [...]. Assim sendo, mesmo os processos decisórios referentes ao conflito não necessariamente se dirigem à mesma etapa, muito menos se limita ao enfrentamento das disputas. Logo, processos decisórios voltados ao conflito não necessariamente são jurisdicionais. [219]

Esse método alternativo de prevenção e solução de conflitos tem se difundido cada vez mais no Brasil, cabendo destacar a sua previsão expressa nos artigos 151 a 154 da Lei 14.133/21, a nova lei de licitações e contratos administrativos.

Como ensina Arnoldo Wald, a função do *dispute board* está na fronteira entre a perícia e a decisão arbitral, "sendo mais do que a primeira, pois o painel profere uma decisão ou recomendação, conforme o caso, e menos do que a segunda, pois tal decisão ou recomendação não tem, necessariamente, caráter vinculante, embora possa tê-lo"[220].

Deve-se ressaltar que, por essência, as decisões do *dispute board* são provisórias, já que poderão ser revistas pelo Poder Judiciário ou por tribunal arbitral. Apenas se tornam definitivas se as partes não submeterem a decisão à arbitragem ou ao Judiciário no prazo do contrato[221].

---

[218] TOLEDO DA SILVA, Leonardo; PESSOA, João Paulo. *Os Dispute Adjudication Boards* ("DAB") em Contratos Públicos e Privados e o Problema das Decisões Judiciais Liminares In: **Manual de *Dispute Boards*: Teoria, Prática e Provocações**, Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 425.

[219] TAKAHASHI, Bruno. *Op. Cit.,* p. 101/102.

[220] WALD, Arnold. *Op. Cit.*, p. 143.

[221] Sobre o tema, veja-se o enunciado 76 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CFJ : "As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada".

Alguns dos benefícios do *dispute board* em contratos de construção apontados pela doutrina[222] são: (i) a efetividade na prevenção de disputas, o que é confirmado por estudos que apontam altos índices de sucesso[223] e de manutenção das decisões dos comitês[224]; (ii) o custo-benefício, tendo em vista as despesas necessárias à sua implementação se comparadas a arbitragem ou processo judicial, além da celeridade na resolução da divergência; e (iii) a flexibilidade procedimental, capaz de se amoldar às necessidades do projeto e das partes[225].

Trata-se de opção capaz de gerar maiores custos às partes até o momento da contratação (custos *ex ante*), mas que, além de contribuir para a conclusão da obra, pode reduzir substancialmente os custos de transação *ex post* em virtude da prevenção de litígios.

A propósito, de acordo com dados divulgados pela *Dispute Resolution Board Foundation*, os custos para a resolução de um conflito em contrato de construção por um comitê "variam entre 0,05% do custo total final da obra, para projetos em que surjam poucas divergências, e 0,25% para projetos complexos e com muitas disputas, ao passo que os custos da arbitragem podem chegar a aproximadamente 5% do valor do contrato" [226].

Nos casos de empreitadas de construção civil de menores porte e monta, as partes poderão optar por um *board* formado por apenas um membro ou mesmo adotar, como alternativa, o método da adjudicação[227].

---

[222] MARCONDES, Antonio Fernando Mello, *Op. Cit.*, p. 126.

[223] "De acordo com informações divulgadas pela *Dispute Resolution Board Foundation*, o uso dos dispute boards tem crescido em torno de 15% ao ano, sendo que, levantamento realizado no final de 2006, esclarece que mais de 2000 projetos com montante superior a US$ 100 bilhões já haviam utilizado esse mecanismo, com taxa de sucesso de aproximadamente 98%". WALD, Arnold. *Op. Cit*., 141.

[224] "Um estudo do DRBF aponta um índice de manutenção de 98% das decisões emitidas por *dispute boards* e que vieram a ser questionadas perante um tribunal arbitral, sendo que, dos 2% que foram revertidos, 1% o foi em razão de problemas com o mérito e 1% em razão de irregularidades procedimentais". SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. *Op. Cit.*, p. 75.

[225] "No cerne do mecanismo, temos a sua extrema versatilidade e características únicas que o fazem ser, talvez, o método extrajudicial de solução de controvérsias (MESC) mais completo ao possibilitar a conjugação das técnicas de todos os demais com a particularidade de atuar em tempo real na prevenção e resolução das disputas contratuais surgidas durante a vida de um projeto". *Ibidem*, p. 70.

[226] WALD, Arnold. *Op. Cit*., p. 145.

[227] Com origem no *UK Adjucation Act* "[a] adjudicação é outro método bastante efetivo de resolução de disputas em contratos de construção, com procedimentos mais simples e custos reduzidos, sendo mais indicado para obras de menor complexidade e menor custo". SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. *Op. Cit*., p. 71.
Sobre diferenças entre a adjudicação e o *dispute board*, explicam Marcelo Mesquita e Fernando Marcondes: "O *Dispute Board* é mais complexo, pois envolve 3 especialistas em vez de um, além de ter uma série de regras a serem seguidas até que se chegue a uma decisão ou recomendação. É recomendado para obras maiores e mais complexas, ao passo que a *Adjudication*, por sua menor complexidade e menor custo, é uma solução sob medida para obras menores que, antes de sua criação, não dispunham de um mecanismo de solução "in loco" que lhes fosse economicamente viável [...]. A adjudicação, por sua vez, é um procedimento mais simples e menos dispendioso e que pode facilitar muito nos casos em que o Dispute Board é economicamente pouco atraente ou quando se trate de um problema pontual a ser resolvido". Disponível em https://www.jota.info/justica/adjudicacao-pode-solucionar-impasses-setor-de-construcao-25092015. Acesso em 25.02.2022.
Ainda sobre o tema, vale mencionar o regulamento da adjudicação elaborado pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia – CMA-IE, disponível em https://www.cma-ie.org.br/20/regulamento-de-adjudicacao. Acesso em 25.02.2022.

O *dispute board* pode funcionar desde o início da obra, de modo permanente, ou apenas quando surgirem divergências (*ad hoc*), além de adotar dois possíveis formatos: (i) *dispute review board* (DRB), cujos pronunciamentos se darão em forma de recomendações não vinculantes; e (ii) *dispute adjudication board* (DAB), prolator de decisões vinculantes, sujeitando as partes a aplicação de multa na hipótese de descumprimento[228].

Uma vantagem significativa da utilização de *dispute board* permanente é que, em razão do acompanhamento perene da obra, desde o seu início, e do conhecimento contemporâneo dos fatos, o comitê pode intervir antes da divergência tomar proporções maiores. Dessa forma, é possível impedir que conflitos incipientes escalem para o nível de disputas inconciliáveis[229].

De outro giro, o *dispute adjudication board* se mostra mais apropriado para conferir segurança e estabilidade durante a execução do projeto de engenharia, pois a decisão vinculante do comitê produzirá efeitos até a sua revisão judicial ou por meio da arbitragem[230].

Aqui, faz-se necessário abrir um breve parêntese para abordar o tema da revisão liminar das decisões adjudicatórias de comitês de resolução de disputa. Os *dispute adjudication boards* (DAB) "desempenham o que a doutrina anglo-saxã se habituou a denominar de *rough justice*", cuja essência é a possibilidade de prolação de decisão vinculante capaz de "gerar efeitos, de forma ágil, mesmo que, em tese, não seja juridicamente perfeita"[231].

---

[228] "É usual que os contratos tenham multas previstas para o descumprimento do compromisso de adoção obrigatória das decisões do comitê como forma imediata de provocar a parte recalcitrante a cumpri-las, sendo o recurso ao Poder Judiciário ou ao tribunal arbitral um recurso extremo nesse caso". SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. *Op. Cit*., p. 77.

[229] "A opção pelo formato permanente é amplamente recomendada principalmente pela possibilidade da atuação preventiva do *board*, fato reconhecido pela FIDIC na última revisão de seus modelos de contrato em 2017, na qual definiu os DAABs (*dispute avoidance and adjudication boards* ou comitês de prevenção e resolução de disputas) como sendo o formato recomendado". *Ibidem*, p. 74.

[230] A respeito da eficácia imediata das decisões adjudicatórias do comitê, veja-se modelo de cláusula de solução de controvérsias por meio da instituição de *dispute board*, elaborada pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CMBA:

"As PARTES concordam estabelecer um Comitê de Resolução de Disputas ("CRD", ou *Dispute Board*), de acordo com as regras constantes do Regulamento de *Dispute Board* do CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, disponível na internet na página http://cbma.com.br/regulamento_dispute_board, para a solução de disputas ou controvérsias decorrentes ou relativas a este Contrato, devendo o tipo de CRD ser definido pelas Partes quando da assinatura do Termo de Instauração do CRD, na forma do Regulamento.

As Partes se comprometem a respeitar as decisões do CRD e a utilizá-lo como mecanismo efetivo de prevenção, resolução e adjudicação de controvérsias. Em nenhuma hipótese a existência de disputa ou controvérsia dará direito às Partes de interromper a execução do Contrato, sendo facultado às partes recorrer [ao Poder Judiciário / à Arbitragem] no caso de inconformidade com a decisão do CRD, mantendo-se em vigor o compromisso de respeito às decisões do CRD e de continuidade na execução do Contrato até que o [Poder Judiciário / Tribunal Arbitral] emita a sua decisão". Disponível em http://www.cbma.com.br/dispute_clausula. Acesso em 25.02.2022.

[231] TOLEDO DA SILVA, Leonardo; PESSOA, João Paulo. *Op. Cit.*, p. 427. Prosseguem os autores com a indicação das razões da predileção pela "*justiça ágil*, em detrimento da *justiça perfeita*": "Pela perspectiva do contratante, dono do projeto, é importante que haja um órgão decisório que garanta a continuidade das obras. Por esta razão, em contratos de construção que possuem DABs é usual que o construtor se sinta confortável em incluir condição contratual segundo a qual ele fica obrigado a não paralisar a obra, em razão de impasses resolvidos pelo DAB. Pela perspectiva do construtor, este conforto existe justamente porque ele sabe que, havendo variações nas

Por essa qualidade inerente aos *dispute adjudication boards*, compartilhamos do entendimento[232] segundo o qual, ressalvados os casos de gritantes ilegalidades, o juiz ou o árbitro devem prestigiar a decisão de órgão decisório que, conquanto não jurisdicional, possui melhores condições técnicas e de conhecimento dos fatos que circunscrevem a disputa, além de ter como função precípua a continuidade da execução do projeto, em consonância com o fim regular do processo obrigacional.

Nesse passo, vale mencionar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo em que se confirmou decisão adjudicatória proferida pelo Conselho de Resolução de Disputas (CRD) no âmbito do contrato administrativo para a construção da Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo. Naquela oportunidade, o tribunal reformou decisão de primeiro grau que, em sede de tutela de urgência, suspendera os efeitos de decisão do *board*, ressaltando expressamente que:

> [...] nada obsta o deferimento da tutela de urgência, sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do '*dispute board*'; mas a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado [...]. A probabilidade do direito resta abalada pela própria decisão do CRD, que acolheu os argumentos aduzidos pelo Consórcios pelos fundamentos lá expostos."[233]

A postura institucional autocontida do Poder Judiciário e de deferência aos DABs tem o condão de afastar manobras oportunistas da parte insatisfeita com a conclusão do comitê.

Com efeito, a existência de ambiente institucional deferente às decisões técnicas dos *dispute adjudication boards* – inclusive em respeito ao artigo 421-A, II, do Código Civil – nos parece induzir o comportamento das partes no sentido de apenas submeter à revisão judicial ou arbitral as decisões eivadas de vícios graves, especialmente em sede de tutela urgência.

Vistos os principais aspectos relacionados aos *dispute boards*, volta-se a atenção para como esses comitês poderiam atuar para prevenir o surgimento de disputas judiciais ou arbitrais em contratos típicos de empreitadas de construção civil, sobretudo utilizando as declarações e garantias como ferramenta para tal desígnio.

---

obras que impliquem eventuais pagamentos devidos pelo contratante, terá uma decisão ágil de pagamento, impedindo um efeito desastroso sobre o fluxo de caixa das obras".

[232] "[...] a menos que a decisão tenha sido tomada com grave ilegalidade, ou em descumprimento a um princípio básico de direito, como a observação de um contraditório mínimo, é preciso criar certa presunção de que a decisão do DAB será a mais adequada a satisfazer os interesses do projeto [...]. A mera existência de uma dúvida, em hipótese alguma, pode ser base para que uma decisão do DAB seja revista liminarmente". *Ibidem*, p. 428.

[233] TJSP, Agravo de Instrumento 2096127-39.2018.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, j. em 30/07/2018.

Tal como descrito no tópico 2.3, as principais fontes de conflitos em obras de construção civil decorrem, dentre outros fatores, de (i) modificações do projeto inicial; (ii) falhas de comunicação e divergências técnicas entre empreiteiro e dono da obra a respeito do processo construtivo; (iii) atrasos no cronograma definido no momento da contratação; (iv) compreensão equivocada do regulamento contratual; (v) falhas de execução de projeto; e (vi) materialização de contingências previstas ou não pelas partes.

Conforme analisado no tópico 2.2, o Código Civil fornece uma distribuição básica de riscos e responsabilidades entre as partes que optem pela celebração de contrato típico de empreitada. Destaca-se, a título ilustrativo, (i) o artigo 615, que impõe ao dono da obra a obrigação de recebê-la, desde que de acordo com o ajuste; (ii) o artigo 616, que confere ao comitente uma alternativa à recusa da obra que não tenha observado as especificações contratuais: o abatimento proporcional do preço; (iii) os artigos 624 e 625, que disciplinam a resolução do contrato pelo empreiteiro, desde que por justa causa; e (iv) o artigo 618, que prevê o prazo de garantia durante o qual o empreiteiro responde pela solidez e segurança da obra.

Em paralelo, as declarações e garantias contribuem para a delimitação do sinalagma contratual[234] e da função econômica do contrato, já que têm a aptidão de (i) registrar o fluxo de transmissão das informações determinantes para o acordo de vontades (funções informativa e probatória); (ii) conformar as prestações a certos estados de fato (função conformativa); e (iii) transmitir e eliminar riscos de uma parte a outra (função assecuratória).

Ao fim e ao cabo, as declarações e garantias funcionam como importante parâmetro de verificação do adimplemento ou do inadimplemento do programa contratual.

Diante desse cenário, o comitê de resolução de disputas poderá, por meio de decisões adjudicatórias fundamentadas, (i) avaliar a falsidade das declarações prestadas pelas partes e determinar a aplicação das consequências previstas no contrato; (ii) atribuir, à luz do sinalagma contratual, a responsabilidade pela materialização de contingências não previstas, bem como apresentar soluções técnicas para divergências a respeito do processo construtivo; (iii) inibir comportamentos oportunistas, por exemplo, quando da não aceitação da obra pelo comitente

---

[234] "A partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou correspectividade entre as prestações, a qual revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação traduz o equilíbrio intrínseco do concreto negócio e, por isso mesmo, há de ser perseguida pelas partes. Daí afirmar-se que o conceito de risco contratual se relaciona diretamente com o de equilíbrio, tendo em conta que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste [...]. Deve-se, portanto, averiguar a finalidade do sinalagma ou da correspectividade *in concreto,* que tem por escopo satisfazer aos interesses dos contratantes. A alocação de riscos – insista-se – insere-se na causa do negócio, isto é, nos efeitos essenciais perseguidos pelos contratantes com vistas ao atendimento de suas pretensões. Em definitivo, há de se prestigiar a repartição dos riscos estabelecida pela vontade negocial, que traduz o equilíbrio do negócio, impedindo-se que o intérprete refaça a valoração do risco já efetuada pela autonomia privada." TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. *Op. Cit.*, pp. 09-25.

ou de pedido de abatimento de preço por variações insignificantes (artigos 615 e 616 do Código Civil), ou mesmo na hipótese de resolução do contrato, pelo empreiteiro, por alegada justa causa[235] (artigos 624 e 625 do Código Civil); e (iv) avaliar, em concreto, a incidência da garantia legal de solidez e segurança (artigo 618 do Código Civil), mesmo após a conclusão da obra, atribuindo à cláusula do *dispute board* eficácia pós-contratual por 05 (cinco) anos.

Ainda que as partes optem por uma linguagem contratual mais genérica e ambígua – com vistas à redução dos custos de transação *ex ante* – o comitê de resolução de disputas pode dar concretude ao texto, de acordo com critérios técnicos e parâmetros fornecidos pelas declarações e garantias, além da prática de mercado e da vivência no dia a dia da obra.

Retomemos, nessa linha de raciocínio, alguns dos exemplos apresentados.

Em contrato de empreitada para a pavimentação de estradas, o proprietário do terreno declara e garante inexistirem intercorrências subterrâneas capazes de prejudicar o programa contratual. Estabelece-se, como consequência da falsidade dessa declaração, a obrigação do declarante de arcar com os custos necessários ao restabelecimento do estado de fato inicialmente revelado. No curso da execução da obra, o empreiteiro constata a existência de graves instabilidades do subleito em razão de afundamentos plásticos até então desconhecidos, cujo tratamento impacta no preço e no prazo contratados.

Diante desse cenário, as partes submetem a questão ao comitê de resolução de disputas formado desde início da obra, que, após analisar os dados técnicos pertinentes, bem como as declarações e garantias, profere decisão, vinculante e fundamentada, reconhecendo a falsidade da declaração inicialmente formulada pelo proprietário, determinando a celebração de termo aditivo com acréscimo de preço e de prazo em virtude da necessidade de serviços adicionais, em paralelo à continuidade da execução do projeto de engenharia.

Em contrato de dragagem de manutenção em terminal portuário, o empreiteiro declara e garante que a capacidade das embarcações utilizadas é suficiente para atingir certas profundidades nos prazos convencionados. Como consequência da falsidade dessa declaração, as partes convencionam a obrigação do empreiteiro de reparar a prestação defeituosa.

Durante a execução do projeto, verifica-se a baixa produtividade das barcaças destinadas à dragagem, o que deflagra a falsidade da declaração. Sem consenso, o *board* é acionado, e, após analisar as manifestações de cada uma das partes, profere decisão adjudicatória, por meio da qual reconhece a falsidade da declaração e impõe ao empreiteiro a

[235] Tais como culpa do dono da obra, força maior, onerosidade excessiva decorrente de dificuldades imprevisíveis de execução (*e.g.*, causas geológicas ou hídricas), recusa de reajuste do preço pelo comitente e modificações des proporcionais ao projeto de engenharia.

obrigação de afretar embarcações adicionais visando à recuperação do cronograma e ao atingimento dos marcos contratuais, sem custos para o dono da obra.

Eis, em síntese, algumas possibilidades de atuação concreta do comitê de resolução de disputas, com a contribuição das declarações e garantias, para a prevenção de litígios, sem prejuízo da continuidade de execução das obras.

Por derradeiro, merece registro a potencial utilização, pelas partes, de cláusula escalonada de resolução de disputas[236], condicionando a abertura da via arbitral ou judicial à prévia e obrigatória decisão do *dispute board* – regra essa que, uma vez descumprida, resultaria, no nosso entendimento, na carência de interesse de agir do demandante[237].

Vê-se, portanto, que a utilização das declarações e garantias por *dispute boards* – em especial os *dispute adjudication boards* (DABs) – em contratos de empreitada de construção civil contribuem para a prevenção de disputas, evitando-se o recurso à arbitragem ou ao Poder Judiciário, bem como para a correlata redução do custo de transação *ex post*[238].

4.3 Para além da prevenção: contribuições das declarações e garantias para a resolução adequada de disputas em contratos de empreitada de construção civil

Mesmo nos casos em que não for possível prevenir a submissão de disputas ao juiz ou ao árbitro, ainda assim, as declarações e garantias poderão ser de extrema valia para a solução de disputas em empreitada de construção civil.

---

[236] Por exemplo, com a previsão de solução da controvérsia (i) por meio de decisão do *dispute adjudication board* em prazo contratualmente assinalado; (ii) pela via arbitral, após a prolação de decisão vinculante pelo comitê, e nos termos de cláusula compromissória cheia; e (iii) pelo Poder Judiciário, em sede de tutela provisória de urgência anterior à constituição do tribunal arbitral, a ser requerida no foro contratual eleito pelas partes.

[237] "[...] diante de uma cláusula escalonada, a parte interessada pode provocar diretamente a arbitragem ou deve necessariamente acionar o mecanismo prévio de solução de disputas? A respeito do tema, Leme diferencia duas correntes: uma que confere direitos meramente contratuais à cláusula escalonada, vale dizer, reconhece que não se incorre em nenhuma consequência além do simples inadimplemento contratual resolvido por perdas e danos, caso não se proceda à mediação prévia; e outra que atribui efeitos processuais à cláusula, ou seja, entende que a eficácia máxima da vontade das partes só é garantida com a realização de conciliação ou mediação prévias – estas seriam, portanto, pressupostos para a ação judicial ou a arbitragem, razão pela qual o juiz ou o árbitro não poderiam processar nenhuma demanda sem que as partes tenham, previamente, se submetido ao procedimento amigável eleito. Entendemos como Cahali, que o mais correto seria considerar impedido o acesso à arbitragem enquanto não cumprida a etapa amigável prévia eleita voluntariamente pelas partes, considerada como uma objeção de eficácia da cláusula compromissória. Não se vislumbra nenhum prejuízo às partes assim considerar, haja vista que é sempre possível, a qualquer momento antes de instituída a arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção de eventual medida de urgência". REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. **Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias**, Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2017, p. 85.

[238] Nessa linha, veja-se o teor do Enunciado 80 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CFJ: "A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos".

Nos termos do artigo 113, § 1º, II e IV, do Código Civil, a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder "[...] aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao negócio" e "[...] a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração".

O artigo 113, § 2º, do Código Civil, por sua vez, dispõe que as partes "poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei".

Além disso, o artigo 421-A, I e II, do Código Civil assegura, em relação aos contratos civis e empresariais, que "[...] as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução" e "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada".

Os referidos dispositivos, inseridos na codificação civil por meio da denominada Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), revelam o fundamento legal para a utilização das declarações e garantias como vetor hermenêutico e de integração de lacunas derivadas da incompletude contratual, com vistas a reduzir o risco de o juiz ou o árbitro, ao interpretarem o instrumento[239], se afastarem das premissas fundamentais à operação econômica avençada.

Segundo as lições de Paula Forgioni, a causa do negócio[240], compreendida a partir de sua função econômica, assume grande relevância no processo de interpretação dos contratos empresariais, na medida em que permite ao intérprete, a partir do texto do instrumento[241], formar um juízo de coerência e previsibilidade (ou calculabilidade) do comportamento das partes, de acordo com a prática de mercado[242].

---

[239] "Uma primeira forma de intervenção externa sobre o regulamento contratual construído pelas partes pode encontrar-se na interpretação do mesmo, efectuada pelo juiz. Observando as coisas de modo realista, na verdade, os efeitos contratuais que, concretamente, vinculam as partes e lhes determinam as posições jurídicas não são tanto os efeitos que correspondem ao regulamento contratual *tout court*, mas sobretudo os que correspondem ao regulamento, *tal como é interpretado pelo juiz*, lançando mão das directivas e dos critérios fixados pelo legislador, com carácter geral". ROPPO, Enzo. *Op. Cit.*, p. 169.

[240] "A *causa do negócio jurídico é indispensável à sua correta compreensão, sistematização e interpretação e não tem ligação com os motivos subjetivos ou egoísticos que levaram o agente à sua prática*. Ao contrário, *a causa coliga o negócio ao mercado, à praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte*". FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p. 225.

[241] "O julgador, seja ele árbitro ou juiz togado, vê-se premido pela necessidade de proferir uma decisão, tendo diante de si o texto do instrumento firmado pelas partes. *Esse o seu ponto de partida*. Em caso de aparente antinomia entre as regras postas pelos agentes econômicos, aqui o intérprete deverá lançar mão de técnicas para solucioná-las, alcançando a harmonia da disciplina do negócio. Presume-se que [i] *o negócio empresarial é um todo ordenado*, por mais confusos ou caóticos que sejam os seus termos e que [ii] o direito que o rege é coerente. O processo de interpretação de um negócio empresarial é *racional* e se constrói a partir de sua *função econômica*, ou da *intenção comum* das partes". *Ibidem.*, p. 238.

[242] "[...] como podemos utilizar a *função econômica* do negócio como pauta para sua *interpretação*? A vantagem do estabelecimento da relação entre função *econômica e interpretação* aparece clara: revestir a interpretação contratual de juízo de *coerência e previsibilidade* [ou *calculabilidade*, como quer IRTI inspirado em WEBER] que

Nesse contexto, a ilustre comercialista destaca o preâmbulo como importante elemento para a compreensão da intenção comum dos contratantes, porquanto "quem redige o instrumento ou participa da vida do contrato, não são aqueles que o julgarão caso surjam litígios". Assim, "[u]m preâmbulo aceito de comum acordo pelas partes dá ao juízo ou ao árbitro relativa segurança sobre o escopo conjunto que as impeliu à contratação, apresentando concretamente a operação econômica aos julgadores"[243].

Se o preâmbulo é relevante para o processo de interpretação contratual – com o que concordamos –, quanto mais as declarações e garantias, que, como visto, contribuem sobremaneira para a delimitação do sinalagma contratual, da alocação de riscos e de sua função econômica [244], além de funcionarem como importante parâmetro de verificação do adimplemento ou do inadimplemento do contrato.

Sem a pretensão de exaurir as múltiplas possibilidades de utilização das declarações e garantias para fins hermenêuticos, note-se que um dos vetores interpretativos definidos pelo Código Civil é o sentido que corresponda "a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração".

Além de delinear a "racionalidade econômica das partes", as declarações e garantias, nas funções informativa e probatória, revelam e documentam as "informações disponíveis" e transmitidas de uma parte à outra até o momento da celebração do contrato, as quais foram determinantes para a conclusão do negócio.

Pelas mesmas razões, as declarações e garantias podem contribuir para o processo de integração do negócio jurídico. Sobre o tema, cabe repisar que, "[n]o processo de negociação, não é incomum que as empresas, deliberadamente, evitem enfrentar pontos controvertidos que aumentariam seus custos de barganha", motivo pelo qual optam pela estratégia da incompletude contratual como gestão negativa dos riscos. Às claras, "[l]*acunas não são um 'defeito' do negócio jurídico, mas sua característica*"[245].

---

viabiliza e incrementa o funcionamento do sistema [...]. Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma. Isso faz com que ambos os agentes econômicos planejem sua jogada de acordo com esse padrão 'de mercado'. *Não se pode permitir que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente nele adotado. Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas*". *Ibidem*, p. 226.

[243] *Ibidem*, p. 45.

[244] "É sempre a função econômica do contrato que deve imperar. Se concebido para determinado fim, não se pode admitir interpretação extensiva que o desvie daquilo que objetiva e socialmente dele se esperava – e do que as partes efetivamente contrataram. O princípio da autonomia da vontade estatui que, nos negócios empresariais, ninguém seja obrigado ao que não contratou. Se as partes não acordaram sobre determinado ponto, se os usos não as vinculam, é defeso ao intérprete impor-lhes obrigações além dos limites que acertaram". *Ibidem*, p. 248/249.

[245] *Ibidem*, p. 304.

O preenchimento das lacunas contratuais deixadas pelas partes, voluntariamente ou não, também não pode se descolar da alocação de riscos incialmente prevista, do equilíbrio e da correspectividade entre as prestações e, em última análise, da função econômica do negócio, sob pena de o intérprete (juiz ou árbitro) assumir a posição de contratante, e, dessa forma, desvirtuar a função jurisdicional, além de ofender a autonomia privada[246].

Estabelecidas essas premissas, vê-se que, a interação entre declarações e garantias e *dispute board* – sobretudo DAB como etapa obrigatória e prévia à via jurisdicional – também pode ser eficiente para fins de interpretação e integração do contrato.

Afinal, ao proferir decisão vinculante e fundamentada, o comitê de resolução de disputas será responsável pela primeira interpretação e/ou integração contratual, após a oitiva do dono da obra e do empreiteiro, e à luz das peculiaridades técnicas do conflito e da praxe de mercado – o que, ao menos em tese, indica que a interpretação conferida pelo *board* não se distanciará da vontade declarada pelas partes no momento da pactuação[247].

Por fim, as declarações e garantias, associadas a atuação dos *dispute boards*, pode servir de importante elemento de prova em eventual processo judicial ou arbitral.

Isso porque, para proferir sua recomendação ou decisão vinculante, o comitê de resolução de disputas, além de interpretar e integrar o contrato à luz das declarações e garantias, procede a uma instrução mínima, em contraditório, mediante colheita de depoimento das partes, de seus assessores, análise de documentos que compõem a memória viva da obra etc. E, ao final, produz documento contendo análise técnica, recomendação ou decisão a respeito do conflito, que são elementos importantes e capazes de influenciar não apenas a produção da prova técnica, como a própria formação do convencimento do juiz ou dos árbitros.

---

[246] "Nos contratos entre empresas, a autonomia econômica não implica tributo ao velho individualismo, nem tampouco defesa dos agentes de maior porte. Seu respeito é fundamental para a preservação das liberdades econômicas: ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou de sua própria vontade. Autorizar o intérprete a ajustar disposições contratuais em nome e por conta das partes pode golpear a sua liberdade, ferindo a Constituição [...]. A jurisprudência comercial brasileira consolidou-se no sentido de refutar a intervenção exógena, em respeito à autonomia privada. Na síntese do Supremo Tribunal Federal: 'não [pode] o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende do futuro entendimento e de valoração de dados ainda não colhidos. Se assim agir, o juiz estará contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das Partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declaração de vontade que elas não fizeram [RE 88.176, rel. Moreira Alves, RTJ 92.251]". *Ibidem*, p. 304/305.

[247] Sobre a qualidade das decisões do *dispute adjudication board* (DAB): "A decisão do DAB, usualmente, é precedida de relevante debate entre as Partes e de seus assessores técnicos, após procedimento instrutório, sendo tomada por profissionais experientes na solução de conflitos e na área objeto do contrato, como, por exemplo, no âmbito de projetos de construção [...]". O *dispute adjudication board*, prosseguem os autores, "além de ser formado por autoridades em matérias técnicas e de direito da construção, se reúne periodicamente desde o início das obras, conhece suas dificuldades [...]. A maturidade e a profundidade da sua análise técnica usualmente são inegáveis". TOLEDO DA SILVA, Leonardo; PESSOA, João Paulo. *Op. Cit.*, p. 428/429.

5 CONCLUSÕES

O objeto da pesquisa consistiu na análise das declarações e garantias e na investigação de como tal cláusula, associadas a outros mecanismos contratuais, poderia contribuir para a prevenção de litígios e a adequada solução de disputas em contratos empresariais de empreitada de construção civil, a fim de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos contratantes, bem como reduzir os custos de transação *ex post*.

Para tanto, iniciamos pela análise do contrato típico de empreitada e dos conflitos e disputas usualmente derivados de sua execução.

Nesse primeiro capítulo, observou-se que (i) apesar de certa elasticidade da empreitada típica, seu regime legal não incide sobre todos os contratos de construção (*e.g.*, EPC e contratos de aliança); (ii) o Código Civil fornece uma divisão básica de riscos e responsabilidades entre os contratantes da empreitada típica, embora algumas delas possam ser modificadas com o objetivo de melhor ajustar os efeitos do negócio ao empreendimento pretendido; (iii) a maioria das fontes de conflitos identificadas a partir da pesquisa bibliográfica se confirmam nas demandas dirimidas pelo Poder Judiciário: atrasos de cronograma, inexecução da obra, vícios construtivos cobertos pela garantia legal de segurança e solidez, não pagamento da remuneração do empreiteiro, desequilíbrio econômico-financeiro por eventos imprevistos, cobrança por serviços adicionais etc.; e (iv) a produção de provas deve ser uma preocupação desde o momento da contratação e não apenas quando da eclosão da disputa, pois a instrução defeituosa da causa pode resultar em decisões judiciais dissonantes da realidade da execução da obra.

Em seguida, procedemos à análise das declarações e garantias, valendo ressaltar que (i) sua estrutura é composta por um fato gerador (suporte necessário à aferição da falsidade da declaração) e por um fato revelador (elemento de futuridade indicativo da falsidade do fato gerador); (ii) são quatro as possíveis funções das declarações e garantias: assecuratória (obrigação de garantia), conformativa (qualificadora da prestação principal), informativa (ferramenta de redução da assimetria informacional) e probatória (registro do fluxo de transmissão de informações entre as partes); e (iii) sua máxima efetividade depende do regime jurídico das consequências da falsidade, por meio de variados remédios contratuais sujeitos em boa medida à autonomia privada dos contratantes[248].

[248] Além ensejar a anulação do contrato por defeito informativo ocorrido na fase pré-contratual, hipótese em que se poderá invocar a ocorrência de erro ou de dolo, destaca-se, em relação não exaustiva, a possibilidade de previsão de (i) remédio indenizatório; (ii) obrigação de dar, fazer ou não fazer para a recomposição do estado de fato declarado no contrato; (iii) mecanismos de compensação ou de revisão de preço, inclusive mediante a utilização de recursos provenientes de conta de depósito em garantia (*escrow account*); e (iv) cláusula resolutiva expressa.

Também se destacou que as declarações e garantias não são capazes de produzir efeitos distintos daqueles obtidos por meio das clássicas categorias obrigacionais (e.g., obrigações, ônus, deveres, condições etc.). Contudo, seu tratamento contratual se revela como uma ferramenta adicional à disposição das partes para uma melhor definição – ou um reforço – do sinalagma contratual e da alocação de riscos, bem como para avaliar o adimplemento ou o inadimplemento contratual.

Ademais, foi possível concluir que a extensão do dever de informar na empreitada abrange a redução da assimetria de informação entre os contratantes, a partir do conhecimento do devedor e da diligência do credor conforme a prática de mercado e a alocação legal de riscos definida pelo legislador, até a adequada compreensão das qualidades essenciais do negócio pelo credor da informação, de modo que este possa tomar uma decisão negocial informada e livre de vícios de vontade.

E, nesse contexto, as declarações e garantias nas funções informativa e probatória podem servir justamente às finalidades de transmitir e documentar os dados trocados pelas partes, o que pode ser útil na análise do cumprimento ou da violação do dever de informar, bem como da configuração da responsabilidade pré-contratual.

No último capítulo, tratamos do problema central objeto da pesquisa. Afinal, as declarações e garantias podem contribuir para a prevenção ou solução adequada de disputas em empreitadas de construção civil? Como?

De plano, estabelecemos importantes premissas relativas ao papel dos custos de transação e da governança contratual na prevenção de litígios.

Como visto, contratos, além de fatos sociais, são a roupagem jurídica de operações econômicas realizadas, de forma onerosa, pelos agentes de mercado. Os custos de transação *ex ante* são aqueles incorridos até a celebração do contrato (custos de negociação e de redação), ao passo que os custos de transação *ex post* podem ser definidos como aqueles necessários ao monitoramento do cumprimento do contrato, bem como para a sua execução em caso de inadimplemento (*enforcement*), incluindo-se o custo do erro jurisdicional.

A distribuição da maior parcela dos custos de transação para o momento da celebração do negócio ou da execução do contrato é uma faculdade das partes. Não é incomum que os custos necessários à negociação e à aprovação de determinadas cláusulas sejam prejudiciais ou até proibitivos à operação econômica, o que não raras vezes estimula a opção estratégica pela incompletude contratual.

Nessa ordem de ideias, empreiteiro e dono da obra têm a prerrogativa de trilhar caminhos alternativos: (i) o da simplificação, ao declararem o mínimo possível em texto

contratual enxuto; ou (ii) o da complexidade, o que pressupõe o dispêndio de recursos durante o processo de barganha, com o objetivo de antecipar o máximo de contingências futuras e de distribuir, entre si, a responsabilidade pela materialização dos riscos – conquanto não seja possível contemplar no contrato todos os acontecimentos relevantes que, efetivamente, ocorrerão no curso da obra e são tratados como anomalias.

De toda sorte, a mitigação dos custos *ex post* associados às disputas judiciais ou arbitrais pode ser concretizada a partir da lógica de *governança contratual*. Ou seja, por meio da regulamentação de procedimentos pelos quais os contratantes lidarão com as intercorrências supervenientes à celebração do negócio, bem como da criação de incentivos comportamentais visando ao fim do processo obrigacional (*i.e.*, o adimplemento).

É justamente por meio da governança contratual que as declarações e garantias associadas a outros mecanismos podem contribuir para a prevenção de litígios em empreitadas. Tal associação, contudo, depende da definição das consequências de sua falsidade.

Além das opções destacadas no tópico 3.3, é relevante destacar a possibilidade de coordenação das declarações e garantias com o *dispute board*.

Conforme assinalado, a vocação dos comitês de resolução de disputas em contratos de construção é a resolução imediata de divergências, de modo a permitir que a obra prossiga até sua conclusão, sem interrupções, assim como o fluxo de caixa necessário ao seu financiamento. Sua atuação – desde o início da obra ou *ad hoc*; no formato *dispute review board* (DRB) ou *dispute adjudication board* (DAB) – se dá em benefício do projeto, ao servir de mecanismo de descompressão e de estabilização contratual[249].

A partir dessas premissas, sustentamos que, por meio de decisões adjudicatórias fundamentadas, o comitê de resolução de disputas poderá (i) avaliar a falsidade das declarações e garantias e determinar a aplicação das consequências previstas em contrato; (ii) atribuir, à luz do sinalagma contratual, a responsabilidade pela materialização de contingências não previstas, bem como apresentar soluções técnicas para divergências a respeito do processo construtivo; (iii) inibir comportamentos oportunistas, por exemplo, quando da não aceitação da obra pelo comitente ou de pedido de abatimento de preço por variações insignificantes (artigos 615 e 616 do Código Civil), ou mesmo na hipótese de resolução do contrato, pelo empreiteiro, por suposta

[249] Em particular o *dispute adjudication board* (DAB), ao desempenhar a função de "*rough justice*", mediante a prolação de decisão vinculante de forma ágil e com efeitos imediatos, que só será revertida por decisão judicial ou arbitral. Por essa razão, ressalvados os casos de gritantes ilegalidades, defende-se que o juiz ou o árbitro devem prestigiar a decisão de órgão decisório que, conquanto não jurisdicional, possui melhores condições técnicas e de conhecimento dos fatos que circunscrevem a disputa, além de ter como função precípua a continuidade do projeto. A postura institucional autocontida do Poder Judiciário e de deferência ao DAB, especialmente em sede de tutela provisória de urgência, tem o condão de afastar manobras oportunistas das partes.

justa causa (artigos 624 e 625 do Código Civil); e (iv) avaliar, em concreto, a incidência da garantia legal de solidez e segurança (artigo 618 do Código Civil), mesmo após a conclusão da obra, atribuindo à cláusula do *dispute board* eficácia pós-contratual por 05 (cinco) anos.

Pelo que se verificou no tópico 2.4, nota-se que os temas acima listados, de forma meramente exemplificativa, são corriqueiros em litígios judiciais.

Dessa forma, conclui-se que a utilização das declarações e garantias por *dispute boards* – em especial o *dispute adjudication board* (DAB) – contribui para a prevenção de disputas em contratos de empreitada de construção civil, ao inibir o recurso à arbitragem ou ao Poder Judiciário, bem como ao reduzir os custos de transação *ex post.*

Além disso, mesmo quando não for possível obstar a propositura de ação judicial ou a instauração de procedimento arbitral, as declarações e garantias ainda poderão ser úteis para a solução de disputas em empreitada de construção civil.

Isso ocorre em virtude de sua utilização como vetor hermenêutico, com vistas a reduzir o risco de o juiz ou o árbitro, ao interpretarem o instrumento, se afastarem da alocação de riscos, da função econômica e do sinalagma contratual avençados. Extrai-se o fundamento legal dos artigos 113, § 1º, II e IV, e § 2º e 421-A, I e II, do Código Civil.

Pelas mesmas razões, as declarações e garantias são relevantes para a integração do negócio jurídico. O preenchimento das lacunas deixadas pelas partes deve respeitar a alocação de riscos, o equilíbrio e a correspectividade das prestações e a função econômica do negócio, sob pena de o intérprete (juiz ou árbitro) assumir a posição de contratante, e, assim, desvirtuar a função jurisdicional, além de ofender a autonomia privada.

A associação das declarações e garantias e *dispute board* – sobretudo DAB como etapa obrigatória e prévia à via jurisdicional, nos termos de cláusula escalonada de resolução de disputas – também pode ser eficiente para a interpretação e a integração do contrato. Afinal, ao proferir decisão, o comitê realizará a interpretação e/ou a integração contratual à luz das declarações e garantias, o que, dada a sua proximidade das partes e do desenvolvimento diário das obras, tende a não se distanciar da real vontade das partes.

Por derradeiro, as declarações e garantias, inclusive associadas aos *dispute boards*, podem assumir papel fundamental em matéria probatória. Como o comitê de resolução de disputas, além de interpretar e/ou integrar o arranjo negocial celebrado, procede a uma instrução mínima, em contraditório, a fim de proferir sua decisão contendo a solução técnica do conflito, tal documento poderá ser de grande utilidade não só à produção da prova técnica, como também à própria formação do convencimento do juiz ou do árbitro.

Enfim, por tudo o que se expôs, entende-se que os objetivos propostos com a pesquisa foram atendidos e espera-se que as ideias desenvolvidas ao longo dessa dissertação não só contribuam para a prevenção ou solução adequada de disputas em empreitadas, como também fomentem o debate e a produção de artigos científicos em prol do desenvolvimento de ambiente juridicamente seguro e previsível para a conclusão satisfatória de obras de construção civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BOTREL, Sérgio. **Fusões e Aquisições**, 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BUCKER, Maurício Brun. **Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2010.

CARMO, Lie Uema do. **Análise econômica da interpretação contratual**. 2006. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. **Contratos de construção de grandes obras**. São Paulo: Almedina, 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia In: **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. **A qualificadora "no melhor conhecimento" em contratos de compra e venda de participação societária**. Dissertação (Mestrado Profissional). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2016.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, 11ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 3ª ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais. teoria geral e aplicação**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

GOMES, José Ferreira; GONÇALVES, Diogo Costa. **A imputação de conhecimento às sociedades comerciais**, Coimbra: Almedina, 2016, *E-book.*

GOZZI, Elcio Fagundes Marques. **Contrato de EPC (*engineering, procurement e construction*) e o padrão FIDIC**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2016.

GREZZANA. Giacomo. **A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Org.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 609/631.

LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participação societária**. 2020, 85 f. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

LUIZE, Marcelo Shima. Cláusulas de Indenização e Resolução Contratual em Operações de Fusão e Aquisição: Necessidade ou Mera Reprodução do Modelo Anglo-Saxão? In: **Estudos Aplicados de Direito Empresarial – Societário**, Coord. Ana Cristina Kleindienst, São Paulo: Almedina, 2016.

MARCONDES, Antonio Fernando Mello, Os Dispute Boards e os Contratos de Construção, in **Construção Civil e Direito**, coord. Luiz Olavo Baptista et alli, Ed. Lex Magister, São Paulo, 2011.

MARTINS, André Chateaubriand. Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 10, Issue 37, 2013, p. 50/67.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

PINESE, Paulo Henrique Signori. **O regime jurídico do contrato de EPC (*engineering, procurement and construction*) no financiamento de projetos (*project finance*)**. 2015. 120 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PONTES, Evandro Fernandes. **Representations & warranties no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2014.

REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. **Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias**, Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2017

RICARDINO, Roberto. **Administração de contrato em projetos de construção pesada no Brasil: um estudo da interface com o processo de análise do risco**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSSATO, Willian Nunes. **Prescrição, decadência e vícios construtivos ocultos: a responsabilidade negocial do empreiteiro e o tempo**. Dissertação (mestrado), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

SABADIN, Mariana Guerra. **Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2015.

SILVA, Diogo Dias da. **Publicação das decisões arbitrais e jurisprudência – critérios para a formação de uma jurisprudência arbitral**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2020.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras In: **Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* – RBADR**, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança – A exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*, In: **Soluções Práticas de Direito – Pareceres – Relações Obrigacionais e Contratos**, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 425/450.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 1 e 2.

TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. **A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos**. In: Revista Brasileira de Direito Civil, v.6. out/dez. 2015.

TAKAHASHI, Bruno. **Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito**. 2019, 312 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos In: **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 4ª ed., Indaiatuba: Editora Foco, p. 157/178.

TOLEDO DA SILVA, Leonardo. **Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção**. São Paulo: Almedina, 2017.

_____ (Coord.). **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; PESSOA, João Paulo. *Os Dispute Adjudication Boards* ("DAB") em Contratos Públicos e Privados e o Problema das Decisões Judiciais Liminares In: **Manual de *Dispute Boards*: Teoria, Prática e Provocações**, Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2021.

WALD, Arnold. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 30, Jul/Set / 2011, p. 139/151.

WEST, G. D.; LEWIS, JR., W. B. **Contracting to Avoid Extra-Contractual Liability - Can Your Contractual Deal Ever Really Be the "Entire" Deal?** The Business Lawyer, v. 64, ago/2009.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. O Risco Contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. (Coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 455-468.