

Revista Brasileira de  
**A r b i t r a g e m**

Ônus Probatório em Disputas Arbitrais de  
Construção: Superando a Carência de  
Critérios Explícitos no Direito Brasileiro a  
Partir da Aplicação de Standards e Protocolos  
Internacionais

**BENI FLINT, GABRIELA MARQUETTI DE OLIVEIRA**

---

Volume XXII Number 88

Out.-Dez. 2025

ISSN: 1806809X

# Ônus Probatório em Disputas Arbitrais de Construção: Superando a Carência de Critérios Explícitos no Direito Brasileiro a Partir da Aplicação de *Standards* e Protocolos Internacionais

## *The Burden of Proof in Construction Arbitration: Addressing the Absence of Clear Criteria Under Brazilian Law Through International Standards and Protocols*

### **BENI FLINT**

Mestrando em Derecho de Los Negocios y ADR no Instituto Superior de Derecho y Economía, Madrid (ISDE). Pós-Graduado em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Sócio Fundador do Costa Rodrigues Advogados.

### **GABRIELA MARQUETTI DE OLIVEIRA**

Pós-Graduanda em Direito Civil Constitucional no CEPED/UERJ. Advogada associada no Costa Rodrigues.

**RESUMO:** Tendo como contexto arbitragens de construção no Brasil, este artigo aborda a carência de critérios explícitos e bem definidos no ordenamento jurídico brasileiro sobre o ônus probatório das partes e seu impacto na resolução de disputas arbitrais complexas de construção. Sendo premente encontrar uma solução, ainda que embrionária, o artigo reforça a adoção de *standards* e protocolos internacionais como meios de superar as lacunas. Discute-se, também, a necessidade de o tribunal arbitral (ou árbitro único) garantir ciência às partes, preferencialmente desde o início do procedimento arbitral (na conhecida Ordens Processuais nº 1), sobre os critérios probatórios a serem aplicados no julgamento do litígio. Ao final, conclui-se que as medidas sugeridas promovem uma abordagem mais transparente na resolução de disputas arbitrais complexas de construção e garantem maior previsibilidade às partes na formulação de suas respectivas estratégias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem; disputas de construção; contrato de construção; ônus da prova; nexo causal; *standards* probatórios; protocolos internacionais.

**ABSTRACT:** In the context of construction arbitration proceedings in Brazil, this article addresses the lack of explicit and well-defined criteria within the Brazilian legal framework regarding the burden of proof borne by the parties and its impact on the resolution of complex construction arbitration disputes. Recognizing the pressing need for a solution, even if preliminary, the article advocates for the adoption of standards and international protocols as a means of bridging existing legal gaps. It further discusses the necessity for the arbitral tribunal (or sole arbitrator) to ensure that the parties are informed – preferably from the outset of the arbitral proceedings (by means of the well-known Procedural Order No. 1) – of the evidentiary standards to be applied. The article concludes that the proposed measures foster a more transparent approach to resolving complex construction arbitration disputes and afford the parties greater predictability in formulating their respective strategies.

**KEYWORDS:** Arbitration; construction disputes; construction contract; burden of proof; causal link; evidentiary standards; international protocols.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arcabouço normativo brasileiro e sua insuficiência à resolução de disputas arbitrais complexas de construção; 2 Aplicação de *standards* probatórios e protocolos internacionais; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é, de modo geral, bastante vago quanto ao *onus probandi* das partes. Não obstante o tema da prova constitua a essência do processo (seja ele arbitral ou judicial), há uma carência de critérios explícitos para delimitação do ônus da prova<sup>1</sup>. Na disciplina normativa do direito processual civil brasileiro, a distribuição estática do *onus probandi* é a regra geral (art. 373, *caput*, do CPC): conjugam-se os critérios da posição da parte em juízo e da natureza do fato a provar<sup>2</sup>, estabelecendo que cabe à parte que alegar o ônus de evidenciar o que aduz, sob pena de, se assim não o fizer, ver a sua pretensão possivelmente rejeitada.

Usualmente, o ônus da prova desempenha no processo arbitral a mesma função que exerce no processo judicial<sup>3-4</sup>. Mas, especialmente em uma disputa arbitral, âmbito que geralmente recebe contendas mais complexas do ponto de vista técnico, a resolução de toda e qualquer disputa mediante a aplicação genérica da normativa de “cabe a quem alegar provar o fato” pode resultar, perigosamente, no flerte com a impossibilidade de provar<sup>5</sup>. Não à toa a doutrina brasileira ensina que a previsão do art. 373 do CPC, por si só, não basta para solucionar disputas complexas<sup>6</sup>. Como, então, superar essa lacuna legislativa? A resposta a essa pergunta não é uma verdade absoluta. Incontroversa, porém, é a constatação de que, servindo o processo como instrumento apto à

1 KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “Ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 943.

2 RECENA COSTA, Guilherme. Livre convencimento e standards de prova. In: YARSEHLL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (org.). *40 Anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 365.

3 MELO, Naiane Lopes Soares de. *Arbitragem e valor probatório da conduta da parte*. São Paulo: Grupo Almedina, 2023, p. 80.

4 SCHELAEPFER, Anne-Véronique. The Burden of Proof in International Arbitration. In: BERG, Albert Jan van den (org.). *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*. Nova York: Kluwer Law International, 2015, p. 127-128.

5 KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 944.

6 Segundo Guilherme Recena Costa:

“Apesar do destaque conferido ao estudo do direito à prova e dos poderes instrutórios do juiz, sobretudo por uma perspectiva constitucional, pouca *atenção* recebeu na doutrina processual e na jurisprudência brasileiras o tema específico dos *standards* de prova. Uma problematização objetiva em torno do grau de suficiência da prova exigido para que se reconheça o pressuposto fático de uma norma jurídica é, em boa medida, estranha ao processo de inspiração continental. (grifamos)

[...] Nesse ponto, o desenvolvimento teórico do processo de *civil law* parece engessado pelo apego excessivo à noção vaga de ‘livre apreciação da prova’.

[...] É necessária uma revisão de paradigma, e, nessa medida, uma reflexão crítica de nossos pressupostos culturais. Primeiramente, para que se possa intentar discutir a valoração da prova sobre bases intersubjetivas, situando critérios externos à convicção do julgador para o controle da racionalidade do juízo fático. Em segundo lugar, para demonstrar o que parece óbvio: é irracional exigir no processo civil comum [...] qualquer grau de convicção diverso da mera probabilidade em favor da confirmação de uma hipótese fática.” (RECENA COSTA, Guilherme. *Op. cit.*, p. 358-359)

realização do direito material, não se pode permitir que a carência de critérios legais de ônus probatório inviabilize a resolução de litígios, cujo resultado não pode ser incerto<sup>7</sup>. É neste contexto que surge a problemática deste artigo, ora delimitada às disputas de construção.

Com efeito, não raras vezes em disputas de construção se tem como inviável às partes reestabelecer, de forma inequívoca, todos os eventos e circunstâncias que contribuíram para a sua pretensão. O construtor que formula um pleito de extensão de tempo (“*Extension of Time*” ou “*EOT*”)<sup>8</sup> para concluir uma determinada obra não pode absorver o ônus de provar o impossível, tampouco pode o tribunal arbitral apontar que o construtor não se desincumbiu do seu ônus sem delimitar exatamente qual foi o elemento de prova que deixou de produzir.

Neste cenário, busca-se demonstrar neste artigo que uma revisão de paradigma alinhada a um estudo mais profundo sobre o ônus probatório é medida premente. Concomitantemente, visando promover maior segurança e transparência em disputas de construção, ausente previsão, estipulada no contrato conjuntamente pelas partes, quanto à regulamentação do ônus de prova em pleitos contratuais (ferramenta preventiva e eficiente para resolução de disputas complexas de construção), é de rigor que o tribunal arbitral (ou o árbitro único) indique os seus critérios probatórios, de modo que as partes saibam exata – e preferencialmente de maneira antecipada – qual é a extensão do seu *onus probandi*.

## 1 ARCABOUÇO NORMATIVO BRASILEIRO E SUA INSUFICIÊNCIA À RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ABRITRAIS COMPLEXAS DE CONSTRUÇÃO

O ônus da prova “é o encargo a que se atribui um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato”<sup>9</sup>, pois decorrente de sua “[...] parcela de responsabilidade na formação do direito material probatório destinado à construção do juízo de fato”<sup>10</sup>. Como não se trata de um dever, mas de um interesse da parte na obtenção de resultado que lhe seja favorável, “o que as normas sobre o ônus da prova fazem é distribuir as consequências desfavoráveis da falta de prova”<sup>11</sup>.

7 RECENTA COSTA, Guilherme. *Op. cit.*, p. 365.

8 *SCL Delay and Disruption Protocol*. 2. ed. United Kingdom: Society of Construction Law, 2017, p. 64: “Additional time granted to the Contractor to provide and extended contractual time period or date by which work is to be, or should be completed and to relieve it from liability for damages for delay (usually liquidated damages)” (“Extensão de tempo concedido ao contratado para estabelecer um período contratual prorrogado ou uma data estendida até a qual os trabalhos devem ser, ou deveriam ser, concluídos, bem como para eximi-lo da responsabilidade por danos decorrentes do atraso (normalmente multas contratuais)” – tradução livre dos autores).

9 DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 147-173, maio-ago. 2018.

10 *Idem*, p. 52.

11 TARUFFO, 2014, p. 144. *Apud* MELO, Naiane Lopes Soares de. *Op. cit.*, p. 80.

A delimitação do *onus probandi* tem função objetiva e subjetiva. Aquela é dirigida ao órgão jurisdicional, pois versa sobre regras de julgamento, indispensáveis para orientar quando há um *non liquet* em matéria de fato<sup>12</sup>. A subjetiva, por sua vez, é direcionada às partes, permitindo-lhes ter conhecimento de seu ônus de provar<sup>13</sup>. Em litígios em que há subsunção ao direito processual civil brasileiro, este ônus geralmente é fixado à luz da distribuição estática do ônus da prova (art. 373 do CPC). Há, também, previsão de inversão *ope legis* (art. 373, § 1º, do CPC), sendo uma exceção à regra genérica do ônus probatório.

Nas disputas de construção, a prova de determinado fato serve ao propósito de instruir, na maioria das vezes, um pleito de extensão de tempo e os custos extraordinários que o construtor teve em razão da necessidade de dispor de pessoal e maquinário por mais tempo do que o previsto. Assim, quando o Direito brasileiro é aplicável, por força do art. 403 do Código Civil, a doutrina aponta que as partes têm o ônus da prova do nexo de causalidade direto e imediato, cuja teoria, “em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”<sup>14</sup>. É dizer, o nexo causal é o vínculo de causa e efeito entre o evento danoso e o próprio dano<sup>15</sup>.

---

12 DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 152.

13 *Idem*, p. 152.

14 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 56. O STJ adota o mesmo entendimento (STJ. 4ª Turma. Recurso Especial nº 325.622/RJ. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal Convocado do TRF-1. J. 28.10.2008. DJe 10.11.2008. v.u.). Destacou-se: “[...] Com efeito, à luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio denominado, por alguns, de princípio da causalidade adequada e, por outros, *princípio do dano direto e imediato*. Referido princípio pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, a *contrario sensu*, do art. 159 do CC/1916 e do art. 927 do CC/2002), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a segunda (que decorre mais especificamente do art. 1.060 do CC/1916 e do art. 403 do CC/2002, fixando o conteúdo e os limites do nexo causal) segundo a qual somente se considera causa o evento que *produziu direta e concretamente o resultado danoso*. [...] E sobre a segunda parte, invocando lição de consagrados doutrinadores em tema de responsabilidade civil (AGUIAR DIAS, Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Agostinho Alvim) Sérgio Cavaleri Filho esclarece que, no sistema brasileiro: ‘[...] enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes [...], mas somente aquela que foi a mais adequada a *produzir concretamente* o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. *Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva*’ (*Op. cit.*, p. 68/9). A imputação de responsabilidade civil, portanto, como bem destacado pela Corte de origem, supõe a presença de dois elementos de fato, quais sejam: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, *segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente*)”. (grifamos)

15 NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Perspectivas sobre o nexo de causalidade: passado, presente e futuro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 207-240, out.-dez. 2021.

Estabelecidas essas premissas gerais, indaga-se: Qual o limite do ônus probatório de uma parte em uma disputa de construção complexa, em sede de procedimento arbitral, que tenha como objeto contratos de grandes obras e correlatos programas contratuais heterogêneos, em que presentes inúmeras interfaces de execução?

Justificando a pergunta, ilustra-se que não é difícil pensar em casos em que o construtor apresentará dificuldades em provar como a sua produtividade foi impactada, apesar de reunir evidências objetivas de que um determinado evento de fato – fora do seu controle e matriz de riscos – tenha ocorrido durante a execução da obra. O cálculo da extensão do impacto desse evento sobre o adimplemento da obrigação do construtor é tarefa de veras difícil. Com efeito, o analista forense de atraso precisará calcular quantas horas de trabalho produtivo foram perdidas por dia em cada disciplina de trabalho da obra, e atrelar tal cálculo ao registro de progresso daquela determinada atividade e compará-lo com o histórico do progresso prévio ao início do evento que impactou a produtividade da mão de obra. Não é, como se vê, uma tarefa de simples análise documental, apta a ensejar uma conclusão obtida por meio de dedução. Nesse sentido, a AACE International (The Authority for Total Cost Management) desenvolveu há tempos a Prática Recomendada nº 25-R-03: “Como estimar perda de produtividade de mão de obra em pleitos de construção”<sup>16</sup>. Outros estudos propõem metodologias semelhantes<sup>17</sup>.

Não obstante, a complexidade única de cada disputa de construção exige uma interpretação adaptativa dos padrões probatórios. Não é razoável esperar que todas as alegações possam ser comprovadas com precisão matemática em contextos em que inúmeros fatores externos e variáveis desempenham um papel significativo, ainda mais em um processo de adimplemento obrigacional dinâmico, como o é em construção de projeto de engenharia. Por exemplo, eventos relacionados a condições climáticas adversas, mudanças no escopo do projeto e intervenções de terceiros são elementos comuns em grandes projetos de construção, cujos impactos diretos e imediatos no cronograma podem ser difíceis de quantificar com precisão. Como reforçam Clough, Sears e Sears, citados por Lie Uema<sup>18</sup>:

---

16 AACE International. The Authority for Total Cost Management. *Como estimar perda de produtividade de mão de obra em pleitos de construção*. 2004. Disponível em: <https://brasil-aacei.org/wp-content/uploads/2016/09/25R-03-Como-Estimar-Perda-de-Produtividade-em-Pleitos-de-Construcao.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

17 IBAPE Nacional. *Diretrizes para Análise de Produtividade em Perícias de Engenharia*. 2021. Disponível em: <https://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2022/06/Diretrizes-para-Ana%CC%81lise-de-Produtividade-em-Peri%CC%81cias-de-Engenharia-2.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

18 CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 12.

O processo de construção sujeita-se à influência de fatores altamente variáveis e imprevisíveis. [...] Todas as complexidades inerentes aos diferentes locais de construção, tais como condições de subsolo, topografia da superfície, tempo, transporte, fornecimento de materiais, insumos e serviços públicos, subcontratados locais e condições de trabalho, todas são parte do processo de construção. Como consequência de tais circunstâncias, os projetos de construção são tipificados por sua complexidade e diversidade e pela natureza não estandardizada da sua produção.

Ainda trabalhando na hipótese aventada, dentro do universo de contratos que compõem uma grande construção, tome-se por base um contrato de empreitada, regulado pelos arts. 610 a 626 do Código Civil. Sendo este um negócio jurídico que versa obrigação de resultado (o objeto prometido é a obra concluída)<sup>19</sup>, essencialmente é ônus do empreiteiro comprovar o porquê do não atingimento dessa obrigação.

Ao empreiteiro compete “realizar a obra ou o serviço no prazo estabelecido, de acordo com as condições convencionadas, ou os usos e costumes do local”<sup>20</sup>. Mais especificamente, a empreitada é uma espécie de contrato de construção no qual uma parte se obriga a executar determinada obra por um preço certo e a outra parte se obriga a pagar o referido preço a partir da entrega da obra pronta e acabada<sup>21</sup>.

Sobrevindo inadimplemento da obrigação de resultado (conclusão da obra no marco contratual estabelecido), deve o empreiteiro evidenciar a quebra do nexa causal entre a sua conduta e o dano. Surgem, assim, discussões envolvendo pleitos de extensão de tempo, que pressupõem a produção de relatórios dotados de metodologias aceitas pelas melhores práticas em disputas de construção, as quais, em *ultima ratio*, auxiliam na tarefa das partes a identificar prontamente o evento responsável a causar o atraso. Diversas dessas metodologias perpassam por uma análise do caminho crítico do cronograma da obra, que pode ser conceituado como uma “sequência de atividades ao longo do projeto, do início ao fim, cuja soma das durações determina a duração total do projeto”<sup>22</sup>.

19 SILVA PEREIRA, Caio Mário da; FICHTNER, Regis. *Instituições de direito civil*: contratos: declaração universal de vontade – Responsabilidade civil. 11. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 315: “A empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade, como objeto de relação contratual”.

20 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 635.

21 PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Manole, 2022, p. 620. *E-book*.

22 Chapter 4: Project Risks. In: Permanent Forum of China Construction Law (ed.). *The Belt and Road Initiative: Legal Risks and Opportunities Facing Chinese Engineering Contractors Operating Overseas*. Kluwer Law International, 2019, p. 145. Em seu idioma original: “Sequence of activities through the project from start to finish, the sum of whose durations determines the overall duration of the project”.

Identificado o ponto, cabe à parte interessada avaliar a extensão (ou a correlação) entre a ocorrência do fato e o seu impacto no adimplemento da prestação obrigacional do empreiteiro, bem como as responsabilidades por sua ocorrência sob a perspectiva de riscos na seara contratual<sup>23</sup>.

Assim, se o empreiteiro alega que não executou a obra no marco contratual previsto, devido (i) à incidência dos efeitos de evento de força maior (como exemplos mais recentes, temos a Covid-19 e a invasão da Rússia na Ucrânia em 2022); (ii) a riscos geológicos não informados; (iii) a defeitos nos projetos fornecidos pelo dono da obra; ou (iv) a atrasos causados por este último, deve o empreiteiro, como parte interessada em romper onexo causal entre suas condutas e afastar o inadimplemento do marco contratual, fornecer provas que corroborem a sua alegação de que tais eventos não só ocorreram, mas tiveram um impacto no caminho crítico da obra. Desse modo, será estabelecido nexocausal qualificável para que os efeitos da mora não sejam imputáveis ao devedor da obrigação, sendo ele merecedor de uma extensão de tempo por evento escusável (*excusable delay*)<sup>24</sup>.

---

No mesmo sentido: “The critical path is the longest logically connected path to the project’s completion, and a critical path schedule is a construction schedule that describes or reflects the interdependency of various construction activities. The term ‘critical path’ refers to the continuous chain of activities that establishes the minimum overall project duration. A delay to any critical path activity will extend the final completion date, and a delay to a critical path activity will have a corresponding delay to the overall completion of the project” (“O caminho crítico é a sequência logicamente conectada mais longa até a conclusão do projeto, e um cronograma de caminho crítico é um cronograma de construção que descreve ou reflete a interdependência entre as diversas atividades de construção. O termo “caminho crítico” refere-se à cadeia contínua de atividades que estabelece a duração mínima total do projeto. Qualquer atraso em uma atividade do caminho crítico estenderá a data final de conclusão e acarretará, de forma correspondente, um atraso na conclusão global do projeto” – tradução livre dos autores) (MCGEEHIN, Patrick A.; SPANGLER, John I. Coronavirus delay and disruption claims. *The Construction Lawyer*, v. 4, n. 2, p. 3-4, Spring 2021).

- 23 KEANE, P. John; CALETKA, Anthony. F. *Delay Analysis in Construction Contracts*. 2. ed. Chichester: Wiley Blackwell, 2015, p. 73, destacou-se: “A successful claim is one which adequately establishes causation, liability and damages. Each of these factors has a different basis and grounding from which it is established. Liability is based in law and contractual obligations. Establishing causation requires arguments to found on facts. It also requires the demonstration of the cause – effect nexus between an event, for example one which is an employer’s liability (‘the cause’) and the resulting impact on the contractor’s ability to carry out the project works (‘the effect’). The purpose of delay analysis is to satisfy the causation requirement in such a way that it can be used to assess the resulting damages. Ultimately, determining liability for each event will be decided by the engineer, architect, project managers, adjudicator, arbitrator, judge or other third-party dispute decider” (“Uma reclamação bem-sucedida é aquela que estabelece de forma adequada o nexode causalidade, a responsabilidade e os danos. Cada um desses elementos possui fundamentos e bases distintos para a sua demonstração. A responsabilidade assenta no direito aplicável e nas obrigações contratuais. A demonstração do nexode causalidade exige argumentos baseados em fatos, bem como a comprovação da relação de causa e efeito entre um determinado evento, por exemplo, um evento imputável ao empregador (a ‘causa’) e o impacto resultante na capacidade do contratado de executar os trabalhos do projeto (o ‘efeito’). A finalidade da análise de atrasos é satisfazer o requisito do nexode causalidade de modo a permitir a avaliação dos danos daí decorrentes. Em última instância, a determinação da responsabilidade por cada evento caberá ao engenheiro, arquiteto, gestor do projeto, adjudicador, árbitro, juiz ou outro terceiro responsável pela resolução do litígio” – tradução livre dos autores).
- 24 *SCL Delay and Disruption Protocol*. 2. ed. United Kingdom: Society of Construction Law, 2017, p. 64: “Expression sometimes used to describe what in the Protocol is an Employer Delay in respect of which the Contractor is entitled to an EOT” (“Expressão por vezes utilizada para descrever o que, no Protocolo, é denominado Atraso do Contratante, relativamente ao qual o Contratado tem direito a uma Prorrogação do Prazo de Conclusão (EOT, do inglês Extension of Time)” – tradução livre dos autores).

Previamente, porém, deve-se atestar se a classificação dos eventos geradores de atraso seria atribuível ao dono da obra (“*Employer Risk Event*” ou “*ERE*”) ou ao empreiteiro (“*Contractor Risk Event*” ou “*CRE*”)<sup>25</sup>. Após, apura-se se seriam eles escusáveis, como esclarece a doutrina internacional<sup>26</sup>:

Secondly, delay events can be either “excusable” or “non-excusable”, depending on who carries the risk of the event, cause or circumstance which contributes to the delay.

- Delay event – a CRE or ERE which is found to contribute to delay to either planned or contract completion.
- Excusable delay – a delay event caused by an employer risk event which prolongs planned completion (whether that date is earlier, or later, than the contractual date for completion).
- Non-excusable delay – a delay event caused by a contractor risk event, which could have been prevented, or was a result of a breach of contract or contractor’s negligence (e.g. actions of domestic subcontractors).

Para tanto, é essencial que o empreiteiro mantenha registros detalhados de todos os documentos recebidos e enviados no escopo do contrato objeto do litígio, incluindo projetos e especificações técnicas; comunicações escritas entre o empreiteiro e o dono da obra (inclusive alertando-o sobre eventual risco contratual); relatórios de progresso (diários, semanais ou mensais); relatórios de vistorias e de inspeções; diários de obra, autorizações de paradas, atas de reunião e registros visuais.

Por sua vez, confrontado com tais pleitos, o dono da obra também deve apresentar a sua versão dos fatos, pois tem o ônus de desqualificar as alega-

25 *SCL Delay and Disruption Protocol*. 2. ed. United Kingdom: Society of Construction Law, 2017, p. 62, 64:

“Contractor Risk Event – An event or cause of delay or disruption which under the contract is at the risk and responsibility of the Contractor.

Employer Risk Event – An event or cause of delay or disruption which under the contract is at the risk and responsibility of the Employer.”

(“Evento de Risco do Contratado – Um evento ou causa de atraso ou perturbação que, de acordo com o contrato, se encontra sob o risco e a responsabilidade do Contratado.

Evento de Risco do Contratante – Um evento ou causa de atraso ou perturbação que, de acordo com o contrato, se encontra sob o risco e a responsabilidade do Contratante.” – tradução livre dos autores)

26 “Em segundo lugar, os eventos de atraso podem ser ‘escusáveis’ ou ‘não escusáveis’, a depender de quem suporta o risco do evento, causa ou circunstância que contribui para o atraso.

• Evento de atraso – um CRE ou ERE que se verifique contribuir para o atraso da conclusão planejada ou da conclusão contratual.

• Atraso escusável – um evento de atraso causado por um evento de risco do contratante, que prorrogue a conclusão planejada (quer essa data seja anterior ou posterior à data contratual de conclusão).

• Atraso não escusável – um evento de atraso causado por um evento de risco do contratado, que poderia ter sido evitado ou que resulte de incumprimento contratual ou de negligência do contratado (por exemplo, atos de subcontratados domésticos).” (tradução livre dos autores) (KEANE, P. John; CALETKA, Anthony. *F. Op. cit.*, p. 116)

ções do empreiteiro. É preciso que o dono da obra demonstre, objetivamente, que o evento atribuído como escusável pelo empreiteiro não influenciou no inadimplemento contratual, evidenciando, por exemplo, que os atrasos são imputáveis unicamente ao empreiteiro, porquanto oriundos de desvios, inconsistências de responsabilidade deste último ou decorrentes do risco próprio do contrato. Há casos, também, em que caberá ao dono da obra demonstrar que os fatos suscitados pelo empreiteiro como causa de rompimento do nexo causal não impactaram efetivamente o escoreito cumprimento do cronograma contratual e, portanto, não foram tais fatos os que ensejaram a inexecução ou execução defeituosa do contrato.

Nessa hipótese, o racional da defesa do dono da obra seria revelar que, por mais que o fato tenha acontecido (*e.g.*, um atraso de um marco dentro do cronograma geral de construção, nos termos do suscitado pelo empreiteiro), esse mesmo fato não teve o condão de impactar o caminho crítico da obra e, por consequência, o inadimplemento contratual. Trazendo a teoria para um caso comum na prática: o dono da obra, geralmente, tem o dever de obter as licenças ambientais para permitir o início da execução do objeto contratual pelo empreiteiro. Se o empreiteiro alega que eventual atraso na obtenção dessas licenças é que gerou o atraso na consecução de uma das atividades do cronograma, o dono da obra também tem o ônus de contrapor as alegações do empreiteiro, *i.e.*, que o atraso em questão não teria gerado o impacto alegado no caminho crítico do projeto construtivo. É o que ocorrerá quando o dono da obra comprovar que o caminho crítico do projeto não passava, naquele momento em que houve atraso na emissão de licença, pelas atividades de construção de campo, mas sim pelas atividades de engenharia ou suprimento de materiais que ainda chegariam ao campo para serem empregadas na construção.

Adicionalmente, se o empreiteiro alega que os efeitos da Covid-19 (evento de força maior, a atrair, em tese, o art. 393 do Código Civil) resultaram no atraso da consecução do cronograma contratual, o dono da obra deve evidenciar que, embora a pandemia possa ter impactado a conclusão de certas atividades programadas, essas atividades não estavam no caminho crítico da obra, podendo tais atividades atrasadas pela Covid-19 sido completadas em uma data posterior sem inviabilizar a data de conclusão geral do projeto. Ou seja, podem tais atividades serem caracterizadas como atividades não críticas, cujos atrasos não tornam o evento escusável<sup>27</sup>.

---

27 MCGEEHIN, Patrick A.; SPANGLER, John I. *Op. cit.*, p. 3-4: "While Covid-19 may impact the completion of certain scheduled activities, if the activities delayed by Covid-19 could be performed at a later or different date without impacting the project's overall completion date, they are noncritical activities and delays to them do not entitle the contractor to additional time. Also, schedules typically contain float, which is defined as the number of days that

O ponto nevrálgico da questão em relação ao tema do *onus probandi* será, contudo, delimitar qual é a extensão da prova cuja produção caberá a cada parte, em especial ao empreiteiro, que tem normalmente o ônus de provar o nexo causal entre o fato gerador (causas não relacionadas às suas atividades) e suas consequências (o impacto no caminho crítico da obra).

Afinal, em construção de grandes projetos dificilmente existirá uma causa única e catalisadora que gere atraso crítico na consecução de cronogramas. As atividades construtivas são interligadas e sequenciadas umas nas outras, de maneira que é dificultoso estabelecer que um fato específico causou, sozinho, um atraso específico<sup>28</sup>.

Decorrência lógica é que a expectativa pela verdade absoluta não guarda correlação com a natureza dos conflitos de construção e ao contexto em que se desenrolam. A evidência disponível em disputas de construção pode ser incompleta ou insuficiente na visão de um árbitro. Registros diários, semanais ou mensais de obras feitos sem detalhamento, assim como comunicações internas e outros documentos sem um claro reporte de quais são os principais pontos de preocupação do empreiteiro obstruem uma visão completa ou clara dos eventos em disputa. A memória da testemunha pode ser falha e a disponibilidade de provas físicas pode ser limitada pelo tempo ou pela degradação dos materiais<sup>29</sup>. Não à toa os estudiosos do processo – e, particularmente, da produção de provas e da epistemologia – há muito demonstram que é impos-

---

an activity on the schedule can be delayed (or slip) without causing a delay to the completion of the project. By definition, activities on the critical path have no float. If activities delayed by Covid-19 have float, they are not on the critical path until the float is consumed" ("Embora a Covid-19 possa afetar a conclusão de certas atividades programadas, se as atividades atrasadas devido à Covid-19 puderem ser realizadas em uma data posterior ou diferente sem impactar a data de conclusão global do projeto, elas são consideradas atividades não críticas, e atrasos nessas atividades não conferem ao contratado direito a tempo adicional. Além disso, os cronogramas normalmente contêm margem de folga (*float*), definida como o número de dias que uma atividade no cronograma pode ser atrasada (ou sofrer deslizamento) sem causar atraso na conclusão do projeto. Por definição, as atividades no caminho crítico não possuem folga. Se as atividades atrasadas devido à Covid-19 tiverem folga, elas não estão no caminho crítico até que a folga seja consumida" – tradução livre dos autores).

28 Tanto isso é verdade que o Protocolo 29R-03 da AACE é claro ao comentar que, quando existam eventos que contribuam sequencial ou concorrentemente aos impactos de uma atividade crítica, tratar-se-á de eventos de atraso "não discretos", cabendo então ao analista forense de atraso estimar os dias de impacto nas atividades de caminho crítico. Veja-se: "Extended durations may result from continuous impact, intermittent impact such as stop-and-go operations, weather delays, or from discrete periods of added work or suspensions. In addition, extended durations may be due to experiencing lower labor productivity than planned for when the activity duration was developed. Unless the delay is fully attributable to a discretely identifiable period of exclusive extra work performance, quantification of this type of delay requires some estimating on the part of the analyst" ("Durações prolongadas podem resultar de impactos contínuos, impactos intermitentes, como operações de parar e retomar, atrasos devido ao clima, ou de períodos discretos de trabalho adicional ou suspensões. Além disso, durações prolongadas podem ocorrer devido à produtividade laboral inferior à prevista quando a duração da atividade foi originalmente estabelecida. A menos que o atraso seja totalmente atribuível a um período claramente identificável de execução exclusiva de trabalho adicional, a quantificação deste tipo de atraso exige alguma estimativa por parte do analista" – tradução livre dos autores) (AACE® International Recommended Practice nº 29R-03, Forensic Schedule Analysis, TCM Framework: 6.4 – Rev. April 25, 2011, p. 35).

29 Justamente por isso é que a qualidade de documentos contemporâneos aos eventos é uma arma poderosa em disputas de construção, pois é a profundidade e a qualidade documental que permitirão que um analista forense de atraso tenha em suas mãos todos os elementos para elaborar um relatório técnico com maior riqueza em detalhes.

sível ao observador do futuro ter certeza sobre acontecimentos do passado<sup>30</sup>. É um limite epistemológico (de conhecimento). Contudo, “o tribunal tem de resolver o litígio, muito embora não possa resolver a dúvida”<sup>31</sup>.

Neste cenário, não pode o julgador desvirtuar da racionalidade do juízo fático. Veja-se que não se nega o dever da parte de buscar os meios necessários para convencer sobre a veracidade do que alega. Porém, em situações como as aventadas, deve o julgador encontrar um resultado que guarde congruência às complexidades do caso *sub judice*, afastando-se da mera aplicação do ônus absoluto de comprovar fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito.

Conforme Guilherme Recena Costa, “a decisão quanto aos fatos deve fundar-se, tanto quanto possível, sobre critérios intersubjetivos e racionais quanto à credibilidade e validade de suas conclusões”<sup>32</sup>.

No contexto do inadimplemento aqui ilustrado, existindo atraso na obtenção de licença ambiental, ainda que esse atraso tenha sido de poucos dias, o empreiteiro normalmente terá direito a uma extensão de prazo se provar, por meio de metodologia de análise do caminho crítico, que uma determinada sequência de atividades foi impactada por um evento que impedia o próprio início das obras, ainda mais se o cronograma for apertado. Nesse caso, o atraso na obtenção da licença ambiental é um evento muito claro, e desde que provado que ele impactou a atividade no caminho crítico, se poderá estimar os dias de impacto. Quando o evento impede o início da execução contratual, onexo causal entre o atraso na licença e o impacto no cronograma decorre de forma quase imediata e intuitiva: a impossibilidade de iniciar a obra é um fato externo, verificável e que eventualmente dispensa reconstruções complexas de produtividade, sequenciamento de tarefas ou interdependência entre frentes. Assim, a menor exigência não representa uma mitigação da carga probatória, mas a adequação lógica do juízo de causalidade à “simplicidade” fática do evento impeditivo.

Diferentes são os eventos que não impedem exatamente a execução da obra, mas impactam o seu ritmo. A depender do projeto, do local de construção e da data em que celebrado o contrato, eventos de força maior podem, de fato, inviabilizar o atingimento dos marcos contratuais avançados com o

---

30 FERRER-BELTRÁN, Jordi; RAMOS, Vitor de Paula. *Valoração racional da prova*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 139-140: “Nunca um conjunto de elementos de juízo, por maior e mais relevante que seja, permitirá ter certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese. [...] Estamos diante do grande problema da justificação do raciocínio indutivo, que vale tanto para a ciência como para a prova judicial”.

31 ENGISCH, Karl, 2004, p. 103. Apud COSTA, Guilherme Recena. *Op. cit.*, p. 366.

32 RECENA COSTA, Guilherme. *Op. cit.*, p. 361.

dono da obra. Diversamente do exemplo *supra*, onexo de causalidade do fato (evento) com o atraso crítico, então, não restará tão claro. A título exemplificativo, tem-se atrasos no progresso da obra por conta de baixa produtividade somada à falta dos insumos necessários para executar as atividades impactadas pela baixa produtividade. Nessa hipótese, não será objetivamente aferível exatamente qual é o nível de contribuição dessa baixa produtividade à lentidão do progresso da atividade crítica e qual é o nível de contribuição do atraso de *supply chain* (que pode ser a causa-raiz da baixa produtividade) à falta dessa mesma categoria de progresso. Na medida em que são eventos justapostos no tempo, cabe somente a um *expert* em análise forense de atraso conseguir segregar a análise de causa e efeito, atribuindo as responsabilidades devidas e efetuando o cálculo de dias de impacto no caminho crítico. Essa é a tarefa de quem faz uma análise de atraso por meio de *Critical Path Method* (CPM)<sup>33</sup>.

Nessa circunstância, é aceitável que o ônus da prova do empreiteiro precise ser obtemperado à luz da dificuldade de se reconstruir exata e objetivamente onexo causal, eis que tal prova de causalidade só poderá ser afirmada por meio de um perito forense em atrasos.

Final, em um projeto de construção complexo, com inúmeras interfaces, é ainda mais difícil ao empreiteiro provar como e em que medida aquele determinado evento efetivamente impactou o caminho crítico, seja porque ele causou algum grau de improdutividade nas atividades de construção, seja porque os projetos de engenharia e *design* foram afetados, impedindo o processo de compra de materiais e suprimentos.

Embora se exija do empreiteiro que mantenha um registro razoavelmente detalhado dos eventos em seus relatórios contemporâneos, é irrazoável exigir que a sua preocupação principal naquele momento seja de registrar exatamente o impacto no caminho crítico do seu projeto para depois vir a formular um pleito ao seu cliente<sup>34</sup>. Empreiteiros de boa-fé estarão mais preocupados em concentrar seus esforços para mitigar ou contornar os atrasos. Além disso,

---

33 WINTER, Jeremy et al. *The society of construction law delay and disruption protocol*. Londres: Society of Construction Law, 2002, p. 54: “*Critical path analysis (CPA) and critical path method (CPM)* The critical path analysis or method is the process of deducing the critical activities in a programme by tracing the logical sequence of tasks that directly affect the date of project completion. It is a methodology or management technique that determines a project’s critical path” (“Análise do Caminho Crítico (CPA) e Método do Caminho Crítico (CPM). A análise ou método do caminho crítico é o processo de identificação das atividades críticas em um programa, traçando a sequência lógica de tarefas que afetam diretamente a data de conclusão do projeto. Trata-se de uma metodologia ou técnica de gestão que determina o caminho crítico de um projeto” – tradução livre dos autores).

34 Não se ignora a possibilidade de se formular uma análise de caminho crítico de maneira prospectiva. Contudo, para fins deste artigo, que é focado na reconstrução de eventos passados, não se tratará deste tipo de análise de atraso, até porque tais análises não contam com o cenário final, que poderá ser impactado por medidas de aceleração e/ou mitigação pelo empreiteiro, ou mesmo de mudança posterior de escopo dos trabalhos pelo dono da obra.

o nexo causal dos eventos e o impacto de caminho crítico não se aferirá dos documentos de fornecedores ou subcontratados. Relatórios de fornecedores, comunicações de terceiros, documentos públicos que causem impacto ou registros de atraso em atividades de engenharia de subcontratados jamais terão, de forma automática e por iniciativa própria, uma correlação matemática direta com o impacto exato sobre o caminho crítico da obra do seu cliente. Até porque a cadeia de fornecimento no contexto de uma obra não tem o mesmo contexto e as informações que o empreiteiro responsável. Essa quantificação de impacto em caminho crítico só é feita após a conjugação das informações disponíveis em uma análise forense de atraso e a partir dos cronogramas e registro de eventos disponíveis<sup>35</sup>.

Daí a importância na nomeação de árbitros com experiência pretérita em disputas de construção, que saibam como funciona e se vivencia a rotina de uma obra – nesta, a prática mostra que documentos contemporâneos podem não ser perfeitos ou retratar exatamente a situação vivida em um determinado dia da obra, mas, ainda assim, podem fornecer informações suficientes para se inferir qual era a preocupação do empreiteiro naquele momento e naquele contexto, permitindo a formulação de um exame forense posteriormente.

Portanto, na ausência de prova robusta para evidenciar o exposto *supra*, é preciso “reconhecer a ideia de contextualidade da verdade”, sob uma perspectiva pragmática<sup>36</sup>. Não se pode limitar a resolução de disputas de construção complexas a uma mera e genérica norma de “provar as alegações”, sob pena de abrir campo para discricionariedades do julgador. Surge, assim, a necessária subsunção aos *standards* probatórios e protocolos internacionais, como se passa a expor.

## 2 APLICAÇÃO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS E PROTOCOLOS INTERNACIONAIS

Em disputas de construção complexas, exigir

alta probabilidade – ou qualquer probabilidade acima daquela representada pela preponderância de provas – é uma solução contraproducente. Por óbvio, admitir a simples preponderância de prova como *standard* não implica renunciar

---

35 COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. Apuração de danos do contratado em contratos de construção: desafios metodológicos na identificação do dano e quantificação de prejuízos. In: SESTER, Peter *et al.* (coord.). *Dano, contrato e arbitragem*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2025, p. 290: “Definido o cronograma, é necessária a identificação dos eventos causadores do atraso e os seus efeitos sobre o caminho crítico identificado. O uso de cronogramas é fundamental nesse processo, pois permite avaliar o impacto sobre a data de conclusão prevista, identificar as atividades que influenciariam essa previsão no momento em que o atraso ocorreu, a identificação de caminho crítico, e até a construção de cenários alternativos para demonstrar caso o evento impactante não tivesse acontecido”.

36 *Idem*, p. 362.

à busca pela verdade no processo, mas apenas ter ciência dos limites cognitivos inerentes ao contexto processual [...].<sup>37</sup>

Como reforça Jordi Ferrer-Beltrán,

“[...] tudo que temos que assumir aqui é que, se o objetivo da prova é a apuração da verdade, estaremos diante de um erro toda vez que aquilo que se declarar provado ou não provado não coincidir com o que realmente ocorreu no mundo”<sup>38</sup>.

Neste contexto, as doutrinas brasileira e internacional defendem a adoção de um *standard* de preponderância da prova, sem que se exija uma verdade absoluta, mas, sim, “muito mais provável do que não (*much more likely than not*)”<sup>39</sup>. Trata-se de critério que visa a avaliar a consistência e a plausibilidade das provas, de modo que a parte que apresente evidências mais convincentes ou persuasivas tem o seu argumento aceito pelo tribunal arbitral<sup>40</sup>:

37 *Idem*, p. 358.

38 FERRER-BELTRÁN, Jordi; RAMOS, Vitor de Paula. *Prova sem convicção – Standards de prova e devido processo*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 205.

39 RECENA COSTA, Guilherme. *Op. cit.*, p. 358.

40 BLACKABY KC., Nigel; PARTASIDES KC., Constantine; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 349-350 (“O grau de prova que deve ser alcançado na prática perante um tribunal arbitral internacional não é suscetível de definição precisa, mas baseia-se, em regra, no padrão do ‘balanço das probabilidades’ (isto é, ‘mais provável do que não’). Este padrão distingue-se do conceito de ‘para além de qualquer dúvida razoável’, exigido, por exemplo, em países como os Estados Unidos e a Inglaterra para a prova da culpa em processos criminais julgados por júri. A prática dos tribunais arbitrais em arbitragens internacionais consiste em avaliar o peso a atribuir às provas apresentadas em favor de determinada proposição tendo em conta a natureza do fato que se pretende provar. Por exemplo, se as condições meteorológicas num determinado aeroporto, num dia específico, constituírem um elemento relevante do quadro factual, é provavelmente suficiente apresentar uma cópia de um relatório contemporâneo de um jornal reputado, em vez de recorrer a um perito em meteorologia para assessorar o tribunal” – tradução livre dos autores).

No mesmo sentido, KHODYKIN, Roman; MULCAHY, Carol. *A guide to the IBA Rules on The Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 423, destacou-se: “The burden of proof deals with the question of which party has the responsibility for presenting evidence on a particular issue. *It does not indicate the level of proof required. In relation to the sufficiency of evidence needed to discharge the burden of proof, it is widely accepted that the standard in international arbitration is the ‘balance of probabilities’ or a ‘more likely than not’ standard*” (“O ônus da prova refere-se à questão de qual parte tem a responsabilidade de apresentar provas sobre um determinado problema. Não indica o nível de prova exigido. Em relação à suficiência das provas necessárias para cumprir o ônus da prova, é amplamente aceito que o padrão na arbitragem internacional é o do ‘balanço das probabilidades’ ou ‘mais provável do que não’” – tradução livre dos autores).

Cite-se, ainda, MEHREN, Robert B. von. *Op. cit.*, p. 123-130, destacou-se:

“The standard most generally applied in international commercial arbitration is probably the ‘preponderance of evidence’. This standard reflects the general view that the proponent of a position must do more than create an equilibrium between its position and that of its opponent to prevail. Somehow, the proponent must push its evidence beyond the line of equal weight to a weight greater than that of the other side. This approach is consistent with the general view that the proponent of a position does not prevail unless it obtains some edge over its opponent’s position. Thus, the standard tilts slightly in favor of the defendant and reflects the rather common notion that the *status quo* should not be changed if the contending positions have equal strength.

[...] *To ‘establish by a preponderance of the evidence’ means to prove that something is more likely so than not so. In other words, a preponderance of the evidence in the case means such evidence as, when considered and compared with that opposed to it, has more convincing force, and produces in your minds belief that what is sought to be proved is more likely true than not true.* This does not, of course, require proof to an absolute certainty, since proof to an absolute certainty is seldom possible in any case. [...]’.

In other jurisdictions, the idea of ‘preponderance of the evidence’ is formulated in terms such as the ‘superior weight of evidence’ and establishes that its version of the facts is ‘more likely true than not true’.

*The degree of proof that must be achieved in practice before an international arbitral tribunal is not capable of precise definition, but it is generally based on the “balance of probability” standard (that is, “more likely than not”). This standard is to be distinguished from the concept of ‘beyond reasonable doubt’ required, for example, in countries such as United States and England to prove guilt in criminal trial before a jury.*

*The practice of arbitral tribunals in international arbitrations is to assess the weight to be given to the evidence presented in favor of any particular proposition by reference to the nature of the proposition to be proved. For example, if the weather at a particular airport on a particular day is an important element in the factual matrix, it is probably sufficient to produce a copy of a contemporary report from a reputable newspaper, rather than to engage a meteorological expert to advise the tribunal. (grifos nossos)*

Fala-se em “probabilidade lógica prevalente”, identificando-se “um enunciado [que seja] preferível a outro”<sup>41</sup>. Caberá ao árbitro, comparando as alegações de ambas as partes e valorando o conjunto probatório, determinar qual delas possui maior probabilidade de representar a realidade em relação aos eventos que ocorreram durante a consecução de um projeto de construção<sup>42</sup>.

É digno de nota que não há qualquer impedimento legal para que o julgador decida o peso das provas produzidas pelas partes, do que resulta a

---

*In a recent important international arbitration, lead counsel for a party articulated the applicable standard as follows: ‘Does the evidence tested against human experience and common sense persuade or does it not?’ The arbitral tribunal accepted this formulation as the equivalent of the preponderance of evidence test.” (“O padrão mais comumente aplicado na arbitragem comercial internacional é provavelmente o da “preponderância das provas”. Esse padrão reflete a visão geral de que o proponente de uma posição deve fazer mais do que simplesmente equilibrar sua posição com a do oponente para prevalecer. De algum modo, o proponente deve fazer com que suas provas ultrapassem a linha do peso igual, atingindo um peso maior que o da outra parte. Essa abordagem é consistente com a noção de que o proponente não prevalece a menos que obtenha alguma vantagem sobre a posição do oponente. Assim, o padrão tende ligeiramente a favorecer o réu e reflete a ideia relativamente comum de que o *status quo* não deve ser alterado se as posições em confronto tiverem força igual. [...] ‘Estabelecer por preponderância das provas’ significa provar que algo é mais provável de ser verdadeiro do que não ser. Em outras palavras, a preponderância das provas em um caso significa apresentar provas que, quando consideradas e comparadas com as contrárias, tenham maior força convincente, gerando a convicção de que o que se procura provar é mais provavelmente verdadeiro do que falso. Isso, naturalmente, não exige prova absoluta, já que a prova com certeza absoluta raramente é possível em qualquer caso. [...] Em outras jurisdições, a ideia de ‘preponderância das provas’ é formulada em termos como ‘superior peso das provas’, estabelecendo que a versão dos fatos de uma das partes é ‘mais provavelmente verdadeira do que falsa’. Em uma recente arbitragem internacional importante, o advogado principal de uma das partes articulou o padrão aplicável da seguinte forma: ‘As provas, quando testadas pela experiência humana e pelo senso comum, convencem ou não convencem?’. O tribunal arbitral aceitou essa formulação como equivalente ao teste de preponderância das provas.” – tradução livre dos autores)*

41 BADARÓ, Gustavo. *Direito à prova e os limites de sua admissão*: os conceitos de pertinência e relevância, p. 2. Disponível em: <https://www.badaroadvogados.com.br/download.php?f=979e3fe86f42437473633752fad1dd4f> Acesso em: 24 abr. 2024. Destacou-se: “Mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Mas, ainda que não possamos saber, com certeza absoluta, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalente, um enunciado é preferível ao outro”.

42 FERRER-BELTRÁN, Jordi; RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 141: “Não é possível verificar uma hipótese, mas isso não implica que não possamos preferir racionalmente uma hipótese em relação a outra com base na maior corroboração da primeira”.

permissão em julgar a partir da adoção de um critério de preponderância e grau de certeza. A doutrina brasileira enfatiza<sup>43</sup>:

O mais elementar fator a confirmar essa compatibilidade é a inexistência, na Lei Brasileira de Arbitragem, de qualquer vedação à aplicação do instituto. Na verdade, como visto (*supra*, n. 3.2), trata-se de um diploma legal propositalmente desenhado para regulação mínima em matéria de prova.

Mais especificamente, por isso, a Lei Brasileira de Arbitragem também não impõe qualquer restrição aos meios e fontes de prova admitidos. Em caráter exemplificativo, o seu artigo 22, *caput*, afirma que poderá “o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias”.

Assim, tampouco a Lei Brasileira de Arbitragem impõe alguma restrição relacionada ao objeto da prova (prova direta ou prova indireta). Daí se poder concluir que não há nenhuma vedação à admissão da presunção – admitida como inferência ou dedução que o árbitro extrai dos indícios – na arbitragem [...].

Essa liberdade é igualmente reconhecida no plano internacional. A IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020) – *soft law* amplamente aceita – prevê que “[t]he arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence”. Como reforça a doutrina estrangeira<sup>44</sup>:

43 MELO, Naiane Lopes Soares de. *Op. cit.*, p. 144-145.

44 “Os regulamentos institucionais também costumam conter disposições gerais que confirmam que o tribunal detém o controle do procedimento arbitral ou que tem poderes para determinar a admissibilidade e o valor probatório das provas. De modo semelhante, as Regras da IBA sobre a Produção de Provas estabelecem que ‘[o] Tribunal Arbitral determinará a admissibilidade, a relevância, a materialidade e o valor probatório das provas’. Novamente, ainda que tais disposições não existam, é claro que os tribunais arbitrais dispõem de amplos poderes implícitos para resolver questões relativas à admissibilidade e ao peso das provas.

Na prática, os tribunais arbitrais normalmente não aplicam regras estritas de prova, em especial aquelas aplicáveis aos litígios judiciais domésticos. Como referido acima, uma das características marcantes da arbitragem internacional é a liberdade em relação a tecnicidades processuais e probatórias. Como afirmou um tribunal: ‘Os árbitros parecem ter aceitado prova testemunhal indireta, como lhes era lícito fazer. Se as partes desejam apoiar-se em tais objeções técnicas, não deveriam incluir cláusulas compromissórias de arbitragem nos seus contratos’ (tradução livre dos autores) (BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. 3. ed. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2021, p. 209, destacou-se). No mesmo sentido: MEHREN, Robert B. von. *Op. cit.*, p. 123-130, destacou-se: “By a large, matters of burden of proof and evidence are not viewed today as ‘mandatory’ rules of procedure which the arbitrator must follow. Consequently, the arbitrator is free to select or to reject the procedural rules of the situs unless the parties have specifically agreed that those rules should govern. A number of considerations militate against an analysis which requires such choice. First, the choice of the place of arbitration is often fortuitous, especially if the choice is made by the administrative body. Second, unlike the burden of going forward, the burden of persuasion is better viewed as a matter of substance than procedure and thus not required to be governed by the law of the forum. It does not concern the process of presenting the case but rather the standard of proof on which the ultimate decision will rest. This standard represents such an important consideration in the decision of the case that it has the quality of substance rather than procedure” (“Em grande medida, questões relativas ao ônus da prova e às provas não são hoje vistas como regras processuais ‘obrigatórias’ que o árbitro deva seguir. Consequentemente, o árbitro tem liberdade para aceitar ou rejeitar as regras processuais do local da arbitragem, salvo se as partes tiverem acordado especificamente que tais regras devem reger o processo. Vários fatores apontam contra uma análise que exija tal escolha. Primeiro, a escolha do local da arbitragem é muitas vezes fortuita, especialmente se feita pelo órgão administrativo. Segundo, ao contrário do ônus de apresentação de provas, o ônus de persuasão deve ser visto mais como uma questão de mérito (substantiva) do que de procedimento, e, portanto, não precisa

Institutional rules also typically contain general provisions confirming that the tribunal has control over the arbitral procedural or that *the tribunal has the power to determine the admissibility and weight of evidence*. Similarly, the IBA Rules on the Taking of Evidence provide that “[t]he Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence”. Again, even in the absence of such provisions, tribunals clearly have broad implied authority to resolve issues of admissibility and weight of the evidence.

*In practice, tribunals typically do not apply strict rules of evidence, particularly rules of evidence applicable in domestic litigations.* As mentioned above one of the hallmarks of international arbitration is the freedom from procedural and evidentiary technicalities. As one court put it: “The arbitrators appear to have accepted hearsay evidence as they were entitled to do. If parties wish to rely on such technical objections, they should not include arbitration clauses in their contracts”. (grifos nossos)

Em litígios regulados pelo CPC, o ordenamento jurídico brasileiro também permite que as próprias partes definam, por meio de negócio jurídico processual (art. 190 do CPC)<sup>45</sup>, as regras relativas à prova – inclusive o *standard* probatório, o valor a ser atribuído a determinados meios de prova e a forma de sua produção. Essa prerrogativa pode ser exercida até mesmo previamente ao litígio, quando da elaboração do contrato a ser firmado entre as partes, oferecendo maior segurança jurídica e previsibilidade na resolução de futuras disputas. Neste contexto, existindo previsão contratual ou processual quanto ao regramento probatório no contrato objeto da disputa, caso levado à resolução via arbitral, a definição das partes deverá ser observada pelo tribunal arbitral (ou árbitro único), assim como deverá ser observada se submetida a um processo judicial. O contrato ou o negócio jurídico processual, portanto, funcionarão como ferramentas preventivas, reduzindo incertezas quanto à carga probatória e às expectativas de demonstração de fatos complexos em arbitragens de construção<sup>46</sup>.

---

ser regido pela lei do foro. Ele não se relaciona com o processo de apresentação do caso, mas sim com o nível de prova sobre o qual se baseará a decisão final. Esse padrão constitui uma consideração tão relevante na decisão do caso que possui natureza substancial, e não meramente processual” – tradução livre dos autores).

45 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157: “[Os negócios jurídicos processuais são] [m]anifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico, em si, pode ser feito dentro ou fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade dos sujeitos que o celebram, e é por tal vontade modulado, quanto a conteúdo e efeitos”. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 96: “Pode-se, aqui, definir o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.

46 Ainda no âmbito do CPC, também é digno de nota que o seu art. 357, ao tratar do saneamento do processo, reforça a possibilidade de o julgador fixar, em conjunto com as partes, a distribuição dinâmica do ônus da prova e o grau

Ausente previsão contratual na forma supracitada, sob o enfoque do *standard* probatório, nas hipóteses já aventadas neste artigo em que seja difícil estabelecer uma exata correlação entre o evento e as suas consequências no cumprimento regular do cronograma contratual, é recomendável que o tribunal arbitral (ou árbitro único) recorra à adoção de critérios de preponderância da prova para, estabelecendo-se o que era ou não era possível produzir a título de prova, decidir se houve ou não rompimento do nexo de causalidade do inadimplemento contratual imputado ao empreiteiro. A preponderância da evidência deve guiar a análise, reconhecendo as limitações práticas e documentais associadas a grandes projetos, principalmente quando firmados há anos, em que o uso da tecnologia não se fazia tão presente como hoje.

Essa definição, contudo, não deve ser feita de ofício e sem oitiva das partes, sob pena de violação ao princípio da isonomia e do contraditório. Embora o árbitro detenha poderes instrutórios amplos e autonomia para conduzir a fase probatória, essa prerrogativa encontra limites na necessidade de assegurar igualdade de tratamento e previsibilidade procedimental. Na prática, a definição unilateral de um *standard* probatório pelo tribunal arbitral (ou árbitro único) – sobretudo após a produção da prova – pode gerar a percepção de desequilíbrio entre as partes, privilegiando inadvertidamente aquela cujo acervo probatório se ajusta ao parâmetro posteriormente escolhido. Daí decorre a importância de que a discussão sobre o *standard* aplicável ocorra preferencialmente nas etapas iniciais do procedimento arbitral, como na Ordem Processual nº 1.

Feita essa ressalva, em conjunto com o julgamento mediante *standards* probatórios devidamente cientificados às partes, o tribunal arbitral (ou árbitro único) deve buscar a incorporação de protocolos internacionais para fornecer orientações claras sobre como lidar com disputas complexas. A adoção desses protocolos internacionais, além de proporcionar maior segurança jurídica às partes envolvidas, estabelece diretrizes e procedimentos claros para a resolução de disputas, fornecendo critérios mais objetivos para a avaliação de evidências.

De acordo com o Society Construction Law Delay and Disruption Protocol (“SCL Protocol”)<sup>47</sup>, uma diretriz amplamente aceita e aplicada no campo

---

de exigência de demonstração dos pontos controvertidos. Na arbitragem, essa etapa costuma ser materializada na chamada Ordem Processual nº 1, em que se definem, com a participação das partes, as diretrizes sobre o tratamento da prova e o *standard* aplicável, como se verá adiante neste artigo.

47 SCL Delay and Disruption Protocol. 2. ed. United Kingdom: Society of Construction Law, 2017, p. 1, destacou-se: “The object of the Protocol is to provide useful guidance on some of the common delay and disruption issues that arise on construction projects, where one party wishes to recover from the other an extension of time (EOT) and/or compensation for the additional time spent and the resources used to complete the project. The purpose of the

do direito da construção a nível internacional, o direito do empreiteiro a uma extensão de prazo no cronograma contratual<sup>48</sup> depende, necessariamente, de uma análise do impacto do evento destacado pelo construtor no caminho crítico da obra.

Exemplificando novamente, atrasos alegadamente oriundos de improdutividade da mão de obra por fatos não imputáveis ao empreiteiro podem de fato comprometer atividades críticas do projeto, mas é preciso que o empreiteiro traga evidências minimamente objetivas de que (i) um determinado evento fora da sua álea contratual de risco ocorreu e que (ii) há relação causal (art. 403 do Código Civil) entre a existência desse evento e a queda de produtividade da sua mão de obra.

Nessa ordem de ideias, ausente comprovação, por preponderância de evidências, de impacto no caminho crítico por atraso na atividade *supra*, não pode ela ser reputada como evento que subsidiaria um pleito de EOT do empreiteiro.

Reitera-se, novamente, que o julgamento mediante *standards* probatórios e protocolos internacionais não autoriza um livre convencimento desprovido de motivação, mas mantém a exigência de fundamentação da sentença arbitral e dos atos processuais relacionados à prova, sob pena de nulidade

---

Protocol is to provide a means by which the parties can resolve these matters and avoid unnecessary disputes. A focus of the Protocol therefore is the provision of practical and principled guidance on proportionate measures for dealing with delay and disruption issues that can be applied in relation to all projects, regardless of complexity or scale, to avoid disputes and, where disputes are unavoidable, to limit the costs of those disputes. On certain issues, the Protocol identifies various options, with the choice of the most appropriate being dependent on the nature, scale and level of complexity of a particular project and the circumstances in which the issue is being considered. On other issues, the Protocol makes a recommendation as to the most appropriate course of action, should that be available" ("O objetivo do Protocolo é fornecer orientações úteis sobre algumas das questões comuns de atraso e perturbação que surgem em projetos de construção, nos casos em que uma das partes pretende obter da outra uma extensão do prazo (EOT) e/ou compensação pelo tempo adicional despendido e pelos recursos utilizados para concluir o projeto. A finalidade do Protocolo é oferecer um meio pelo qual as partes possam resolver essas questões e evitar disputas desnecessárias. Um dos focos do Protocolo é, portanto, fornecer orientações práticas e fundamentadas sobre medidas proporcionais para lidar com problemas de atraso e perturbação, aplicáveis a todos os projetos, independentemente da sua complexidade ou dimensão, para evitar disputas e, quando estas forem inevitáveis, limitar os custos associados. Em certas questões, o Protocolo apresenta diversas opções, cabendo a escolha da mais adequada à natureza, escala e nível de complexidade de um projeto específico, bem como às circunstâncias em que a questão está sendo considerada. Em outras questões, o Protocolo faz uma recomendação sobre o curso de ação mais apropriado, caso este esteja disponível" – tradução livre dos autores).

48 SCL *Delay and Disruption Protocol*. 2. ed. United Kingdom: Society of Construction Law, 2017, p. 5-6, destacou-se: "Purpose of EOT. The benefit to the Contractor of an EOT is to relieve the Contractor of liability for damages for delay (usually liquidated damages or LDs) for any period prior to the extended contract completion date and allows for reprogramming of the works to completion. The benefit of an EOT for the Employer is that it *establishes a new contract completion date, prevents time for completion of the works becoming 'at large' and allows for coordination / planning of its own activities*" ("Finalidade da Extensão do Prazo (EOT). O benefício para o Contratado de uma EOT é eximi-lo da responsabilidade por danos decorrentes do atraso (normalmente indenizações pré-fixadas ou LDs – 'liquidated damages') para qualquer período anterior à nova data contratual de conclusão, permitindo também a reprogramação dos trabalhos até a conclusão. O benefício de uma EOT para o Contratante é que ela estabelece uma nova data de conclusão contratual, evita que o prazo para conclusão dos trabalhos se torne 'aberto' ou indeterminado e permite a coordenação e o planejamento das suas próprias atividades" – tradução livres dos autores).

absoluta (art. 26, II, c/c o art. 32, III, da Lei de Arbitragem Brasileira)<sup>49</sup>. O árbitro tem o dever de motivar as suas decisões, pois “são as razões expostas pelo árbitro na sua decisão que permitirão às partes compreender o racional seguido por ele para alcançar suas conclusões sobre a suficiência ou insuficiência das provas produzidas por uma parte para fins de atingimento ou não do ônus que sobre ela recaia”<sup>50</sup>.

Neste contexto, como medida para contribuir para melhores práticas em arbitragem, é recomendável que as partes, quando da elaboração do contrato de construção, definam expressamente as regras relativas à prova, tais como a distribuição do ônus probatório, o valor probante de determinados meios (como relatórios técnicos, registros de obra ou diários de campo), as metodologias de análise de atraso aceitáveis e até mesmo o *standard* mínimo de convicção exigido para certos fatos, assegurando maior previsibilidade, coerência com a alocação de riscos contratuais e segurança jurídica. Mas, ausente convenção nesse sentido, é possível (quicá, essencial) que o tribunal arbitral (ou árbitro único) estabeleça, previamente à fase de prolação da sentença arbitral, quais são os *standards* probatórios que aplicarão ao caso, bem como o tipo de prova que o tribunal (ou árbitro único) preferencialmente desejará ver produzida pelas partes para que estas atendam aos referidos *standards*, desincumbindo-se, assim, do seu ônus. Trata-se de medida relevante na legitimação da decisão, desempenhando função de “evitação do erro ou do arbítrio”<sup>51</sup>:

Os *standards* probatórios têm papel relevante na legitimação da decisão, já que: (i) permitem ao julgador se basear em critérios justos que refletem o grau de confiança que a sociedade espera que o julgador deva utilizar na avaliação do caso para cada tipo específico; (ii) permitem a fiscalização da decisão (ou seja: a verificação da correta aplicação desses módulos no caso concreto); e (iii) permitem que as partes guiem sua estratégia processual a partir de critérios mais claros.

O tribunal arbitral (ou árbitro único), assim, deve ser claro com as partes sobre o *standard* probatório a ser aplicado e exigido para desincumbência do

---

49 Lei de Arbitragem Brasileira:

“Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

[...]

II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

[...]

III – não conter os requisitos do art. 26 desta Lei.”

50 MELO, Naiane Lopes Soares de. *Op. cit.*, p. 89.

51 MELO, Naiane Lopes Soares de. *Op. cit.*, p. 83.

*onus probandi* de cada uma, garantindo maior previsibilidade às partes na formulação de suas estratégias<sup>52</sup>.

## CONCLUSÃO

Conquanto os problemas sobre o ônus da prova sejam universais<sup>53</sup>, pouco se discute no Brasil sobre a racionalidade e os critérios que precisam ser adotados pelos julgadores a quem se confia determinada resolução de disputas complexas, como as de construção. Ausentes critérios explícitos no Direito brasileiro quanto ao tema, impõe-se encontrar uma solução, ainda que embrionária.

Afinal, a resolução desses litígios não comporta a literalidade da distribuição dinâmica do ônus da prova; tampouco a expectativa pela verdade absoluta, mencionada no início deste artigo. Impor um ônus impossível de reconstrução dos fatos não apenas seria injusto, mas também inviabilizaria a resolução eficaz de determinadas disputas.

A busca pela verdade absoluta deve ser substituída pela avaliação razoável das provas e das circunstâncias do caso concreto, sem perder de ótica as limitações práticas e a complexidade inerente a esses conflitos, que, muitas vezes, pelo próprio dinamismo de uma grande obra, não permite que todos os fatos sejam completamente registrados. A documentação de um projeto pode não capturar todos os detalhes necessários para uma retrospectiva real e precisa, deixando lacunas na reconstrução exata dos eventos.

A consequência dessa situação não deve ser a automática rejeição do que se alega. Sob o viés dos *standards* probatórios e protocolos internacionais, como o SCL Protocol, deve-se apurar se a existência do fato contestado é mais provável do que a sua inexistência. Em outras palavras, uma preponderância da evidência deve ser tal que, quando considerada e comparada com aquela a que se opõe, a evidência em questão tem mais força e é mais provável de ser verdadeira do que falsa.

A preponderância da evidência deve guiar a análise, reconhecendo as limitações práticas e documentais associadas a grandes projetos, principalmente os que foram firmados há anos. Assim, reitera-se: a busca pela verdade absoluta, muitas vezes, pode ceder lugar a uma avaliação razoável e ponderada das evidências disponíveis. Mas, para que essa visão pragmática seja

---

52 MELO, Naiane Lopes Soares de. *Op. cit.*, p. 83.

53 DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 147.

aplicada, é imperiosa uma revisão de paradigma sobre o ônus probatório, o que demanda esforços conjuntos da academia, dos advogados e dos árbitros para aprofundar o estudo do tema, viabilizando, quando for cabível, a sua incidência às disputas complexas de construção.

Independentemente da aceitação da proposta *supra*, ausente regulação no contrato submetido ao procedimento arbitral quanto às regras atinentes à prova, é possível que o tribunal arbitral (ou árbitro único) estabeleça, em momento prévio à fase de prolação da sentença arbitral (e de preferência no início do procedimento arbitral, por meio da Ordem Processual nº 1), quais são os *standards* probatórios que serão aplicados ao caso concreto, bem como o tipo de prova que preferencialmente desejará ver produzida pelas partes para que estas atendam aos referidos *standards*, desincumbindo-se, assim, dos ônus probatórios.

A medida, portanto, é de importantíssima implementação, pois confere maior e melhor transparência na prática da resolução de disputas de construção, principalmente em função da mencionada vagueza (e simplicidade) em se conceber simplesmente, sem maiores reflexões, que “cabe a prova a quem alegar determinado fato”.