

ADJUDICAÇÃO DE CONFLITOS NA CONSTRUÇÃO¹

MARCELO A. BOTELHO DE MESQUITA
Advogado. Integrante do Corpo de Árbitros da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia (CMA-IE) e membro do Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDIC), da Society of Construction Law (SCL-UK) e da Dispute Resolution Board Foundation (DRBF-EUA)

I. Introdução

EM LINHAS GERAIS, QUANDO falamos em adjudicação no setor da construção referimo-nos à solução de certo conflito por um terceiro imparcial, de forma rápida e provisória, tendo as partes de obedecer a sua decisão até que, pela via arbitral ou em um processo judicial, chegue-se a conclusão diversa.

Apesar de pouco utilizada no Brasil, a adjudicação tornou-se o método padrão para solução de disputas de obra em países como Inglaterra, Escócia, País de Gales, Austrália, Nova Zelândia, Singapura, Malásia, além de despertar, hoje, vivo interesse da comunidade internacional². Antes de entrar em maiores detalhes, contudo, convém dar um passo atrás e entender os principais motivos que justificam a adoção desse modo de resolução de

controvérsias: a conflituosidade natural dos contratos de construção, a impossibilidade de evitar disputas refinando ou aumentando o rigor das cláusulas contratuais e a necessidade de uma decisão rápida e que garanta a manutenção de um fluxo de caixa positivo da obra.

II. Naturalidade dos Conflitos nos Contratos de Construção

CONFLITOS E DISPUTAS FAZEM parte da realidade da indústria da construção. Estamos acostumados a ouvir que desvios de obra e os consequentes *claims* do empreiteiro são tão certos quanto a morte e os impostos. Ou, como já se disse de forma muito apropriada, “a entrega de um projeto de acordo com o contrato, no preço e no prazo, é uma espécie de Santo Graal”, lendário cálice, por todos buscado mas nunca encontrado³.

As razões dos desvios de obra e dos consequentes conflitos de interesses entre as partes são conhecidas por aqueles que militam no setor da construção. Devem-se, sobretudo, ao tempo de duração dos contratos, a sua habitual incompletude, à alta susceptibilidade de ocorrência de situações imprevisíveis e às próprias dificuldades técnicas inerentes à execução das obras, sem contar tantos outros motivos⁴.

¹ Texto da conferência apresentada no III Congresso Internacional do *IBDIC - Instituto Brasileiro do Direito da Construção*, em Curitiba, Outubro de 2014.

² Dada sua importância, a adjudicação recentemente recebeu atenção especial na *Conferência Internacional sobre Direito da Construção* organizada pela SCL - Society of Construction Law, em Setembro deste ano de 2014 (CLIC 2014).

³ Cf. FLÁVIO NAVAL MACHADO, *O Gerenciamento do Contrato de Construção e a Cláusula Penal* in *Construção Civil e Direito*, Lex Magister, São Paulo, 2011, pp.69 e ss.

⁴ Dentre as outras causas mais comuns, apontam-se: (i) a presença de subcontratados e, portanto, de muitos contratos coligados; (ii) a ambiguidade nos contratos e a forma agressiva de distribuição de riscos, onerando a parte que não é habitual-

Duas importantes pesquisas conduzidas na Universidade de Oxford comprovaram, em números, a naturalidade dos desvios e conflitos em obras de engenharia. A primeira dessas pesquisas tratou da implantação de grandes usinas hidrelétricas ao redor do mundo⁵. Na segunda, foram estudadas obras de infraestrutura em geral, com ênfase em contratos com valor superior a um bilhão de dólares (chamados *megaprojects*)⁶.

Em relação às hidrelétricas, os pesquisadores levaram em conta dados de mais de duzentas e quarenta barragens (incluindo a nossa Itaipu). Os resultados impressionam: três em cada quatro projetos (*ie.*, 75%) sofreram aumento de custos, cuja média é de 96% em relação ao preço original⁷. E

mente aquela sujeita à incerteza; (*iii*) a impossibilidade de definição completa da obra previamente ao início dos trabalhos; (*iii*) o desejo do cliente de depois reputar incluídas no preço obras que ele próprio antes não julgava necessária; (*iv*) as margens restritas e riscos cada vez maiores; (*v*) os altos valores envolvidos e a complexidade dos problemas dado o tamanho dos projetos em construção; (*vi*) a inabilidade das partes em lidar prontamente com mudanças e condições imprevistas, quando as mesmas se materializam; (*vii*) a tendência de confronto e de se procurar sempre um culpado para o problema e não a sua solução (Cf. sobre o assunto a interessante tese de doutorado de CARLOTTA CALABRESI, defendida na Università' Degli Studi di Firenze, *La risoluzione delle controversie nei contratti internazionali di appalto: il dispute board*, pp. 26-27; e, em igual sentido, AURORA HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción 'llave en mano'*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2014), Vol. 6, n. 1, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 219-220.

⁵ *Should we build more large dams? The actual cost of hydropower megaproject development*, ANTIF ANSAR et alii, Journal Of Energy Policy, Vol. 69, Junho 2014, University of Tennessee (USA), pp. 43-56.

⁶ *What you should know about Megaprojects and why: an overview*, de BENT FLYVBJERG, Project Management Journal, Vol. 45, n.2, John Wiley and Sons, 2014, pp. 6-19.

⁷ *Should we build more large dams... cit.*, p. 48.

oito em cada dez (*ie.*, 80%) tiveram atrasos, demorando na média 44% a mais do que o tempo original⁸.

Poderia se pensar que o problema é somente dos construtores de hidrelétricas, mas não. No estudo relativo a obras em geral, os resultados foram ainda piores: nove de cada dez projetos tiveram severos aumentos de custo (50% é o comum)⁹ e, estima-se, também nove em cada dez atrasaram¹⁰. A conclusão dos pesquisadores de Oxford é que há uma lei rígida (*"iron law"*): grandes projetos são sempre *"over budget, over time, over and over again"*¹¹.

É importante ter em mente que, apesar de retratarem a realidade da construção pesada, esses achados podem ser extrapolados para o geral dos contratos de empreitada, independentemente de onde sejam executadas as obras. Na Itália, por exemplo, fala-se que o contrato de *appalto* é *"un campo minato"*¹². Na Espanha, noticia-se que a execução de uma obra é o negócio jurídico com maior índice de litigiosidade¹³. Nos Estados Unidos, a percepção geral é de que o *construction contract* é combativo e nele se busca, sobretudo, a identificação de culpas (*finger pointing*)¹⁴. E há até quem diga,

⁸ Idem, *ibidem*, p. 49.

⁹ *What you should know about Megaprojects... cit.*, pp. 9-10. E esses números englobam tanto o setor público quanto o setor privado.

¹⁰ Idem, p. 11.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 11.

¹² Vide CALABRESI, *La risoluzione... tese cit.*, p. 28.

¹³ *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*, F. JAVIER GARCÍA GIL, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 9.

¹⁴ Chega-se a dizer nos EUA que: *"num mundo ideal pleitos não existiriam – mas não existe mundo"*

como os ingleses, que a única forma de evitar conflitos em uma obra é permitir ao empreiteiro que construa aquilo que quiser com a garantia de que receberá o que bem entender¹⁵.

III. *Aumentando o Rigor Contratual*

ENTENDIDO QUE DESVIOS E disputas de obra são naturais em um contrato de empreitada, resta saber como enfrentar o problema. Por muito tempo, considerou-se que a melhor estratégia seria empregar condições contratuais extremas. Esta, no entanto, é uma visão ultrapassada.

No ambiente da *civil law*, tal modo de pensar já estava presente na primeira codificação moderna, o Código Napoleônico (1804), cujas disposições sobre a empreitada positivaram, diz-se, uma revolta contra os empreiteiros, a ponto de perderem os direitos mais básicos, como o de reivindicar acréscimos de obra¹⁶. Esse tratamento

ideal” (Cf. JAMES J. O’ BRIEN, *Construction Change Orders*, McGraw-Hill, New York, 1998, p. 1).

¹⁵ As palavras são de dois conhecidos especialistas ingleses no direito da construção, GEOFFREY TRICKEY e MARK HACKETT, em livro específico sobre *claims*, no qual advertem, “tão logo você insista em um determinado compromisso, como ‘essa é a obra que eu desejo ou ‘eu a desejo concluída em uma data específica e por um preço específico’, as sementes da discórdia inevitavelmente estarão plantadas” (*The presentation and settlement of contractors’ claims*, 2a. Edição, Spon Press, London, 2001, p. 192).

¹⁶ Pelo Código Civil Francês, de 1804, exatamente para prevenir reivindicações dos empreiteiros ao longo da obra, constava a regra extrema, relativa a modificações de escopo, de que, se a obra fosse contratada por preço global, nada seria devido, não importando a razão que justificasse a modificação. Em outras palavras, o empreiteiro teria de arcar com as modificações no projeto independentemente do tipo de variação, o motivo, a extensão ou o custo dos trabalhos adicionais. Dispõe até hoje o Código Civil Francês, em seu art. 1793, que: “Quando o arquiteto ou o empreiteiro se encarrega por preço global da cons-

severo não ficou limitado ao direito francês; foi replicado nos mais importantes códigos do ocidente, conforme se deu na Itália (*Codice Civile* de 1865), em Portugal (Código Civil de 1867), na Espanha (Código Civil de 1889) e em nosso antigo Código Beviláqua de 1916¹⁷. Para tornar curta uma história longa, basta dizer que, com o passar dos anos, constatou-se que restringir em excesso os direitos do empreiteiro era fonte de injustiças e, assim, de mais litígios. O resultado é que as codificações atuais superaram aquela tendência e hoje regulam o contrato de empreitada com equilíbrio, tal como o faz nosso Código Civil vigente¹⁸.

trução de um edifício com base em um projeto estabelecido e acordado com o proprietário do terreno, não pode pedir nenhum aumento de preço ainda que tenha aumentado a mão-de-obra ou os materiais, nem por conta de mudanças feitas no projeto, e estas mudanças ou aumentos não hajam sido autorizados por escrito e o preço combinado com o proprietário” (nossa tradução). Como refere FRANCISCO LUCAS FERNANDEZ, acerca das discussões preliminares do *Code Civil* Frances, essa disposição adveio de uma revolta contra os empreiteiros, que manipulavam dolosamente a execução da obra para cobrar adicionais e acréscimos (cf. *Comentários al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. 2, Ederesa, Madrid, 1986., p.381). COSTA SENA confirma essa contrariedade em relação aos empreiteiros no direito francês, também citando as discussões preparatórias do Código Napoleônico (*Da Empreitada no Direito Civil*, Graphia S. Jorge, Rio de Janeiro, 1935 p. 95).

¹⁷ Todos esses países contaram, em seus primeiros códigos, com disposições rigorosas de modo a impedir reivindicações (*claims*) dos empreiteiros.

¹⁸ Os tribunais de todos os países citados verificaram as graves injustiças feitas com base naquela extrema condição de privar o empreiteiro de remuneração por acréscimos e começaram a abrandar tal regra. De um ou de outro modo, buscavam meios de interpretá-la e não a aplicar quando o dono da obra, mesmo sem autorizar a modificação por escrito, houvesse presenciado os trabalhos correspondentes sem protestar ou deles se beneficiasse. Houve, então, paulatinamente, uma mudança de tendência. Na França e na Espanha, que ainda mantêm os mesmos códigos de antanho, a jurisprudência conferiu o direito de remuneração ao empreiteiro quando a mudança fosse necessária ou aceita tacitamente. E a segunda leva de codificações na Itália e em Portugal não

Movimento similar ocorreu também na “*common law*”. É ilustrativa a

conta mais com a restrição absoluta ao pagamento de variações de obra. Agora, por exemplo, faz-se uma diferenciação se a variação é necessária ou supérflua. No Brasil, os empreiteiros conseguiram uma grande conquista: o novo Código Civil de 2002 positivou o direito de receber por alterações consentidas tacitamente, já desde muito assegurado por nossos tribunais (Cf. CC, art. 619, § único). Um relato completo dessa história, na Espanha, pode-se verificar na já citada obra de LUCAS FERNANDEZ (*Comentários al Código Civil y Compilaciones Forales... cit.*). Sobre a evolução do direito francês, veja-se a notícia dada CUNHA GONÇALVES, relatando decisões indicadas por DELVAUX (*Tratado de Direito Civil*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, p. 624 e ss). Acerca do desenvolvimento do direito italiano, confira-se LUIGI ABELLO (verbete “Appalto” in “*Nuovo Digesto Italiano*”, Torino, 1937-1940, T. I, pp. 525 e ss.), e DOMENICO RUBINO (*L’Appalto* in “*Trattato di Diritto Civile*”, VII-3, coord. por Vassali, 4ª Ed., 1980, Torino, pp. 404 e ss.). No direito português, além do já citado CUNHA GONÇALVES, consulte-se PEDRO ROMANO MARTINEZ, “*Direito das Obrigações – Parte Especial*”, 2ª Ed., Ed. Almedina, Coimbra, pp. 426 e ss.). E no Brasil, a evolução está retratada, entre outras, nas obras de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito de Construir*, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, atualizada por ADILSON DALLARI *et alli*, p. 255 e ss.) e ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA (*Aspectos do Contrato de Empreitada*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, atualizada por J.A. DE ALMEIDA PAIVA, pp. 55 e ss.). Não é de admirar que aquela tendência de excessivo rigor ainda encontre adeptos, sobretudo naqueles que desconhecem esses fatores históricos e as peculiaridades do negócio da construção. Prova disso, em nosso país, é a tentativa de suprimir as conquistas legais dos empreiteiros, como se fez na Jornada de Direito Comercial (em 2002), promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Nesse encontro, registrou-se o seguinte enunciado, como conclusão dos debates havidos: “34. Com exceção da garantia contida no artigo 618 do Código Civil, os demais artigos referentes, em especial, ao contrato de empreitada (arts. 610 a 626) aplicar-se-ão somente de forma subsidiária às condições contratuais acordadas pelas partes de contratos complexos de engenharia e construção, tais como EPC, EPC-M e Aliança”. Não raro, além disso, são redigidas minutas em que o empreiteiro é convidado a renunciar a seus direitos mais essenciais. Como exemplo, basta citar o reiterado desejo dos donos de obra, talvez por influência de modelos estrangeiros, de incluir uma preclusão para reivindicações, por meio de prazos decadenciais curtos, absolutamente antijurídicos e que, indiretamente, alteram prazos de prescrição, o que é expressamente vedado em nosso País (Cf., sobre o assunto, parecer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Empreitada – Alterações e Acréscimos ao Projeto – Remuneração Complementar – Prescrição e Decadência*, Revista Forense, Vol. 378, pp. 217 e ss.).

evolução da prática inglesa, onde, na falta de leis específicas sobre o contrato de empreitada, difundiu-se o costume de adotar modelos institucionais. Os primeiros modelos apareceram no início do século XIX e contavam com condições pouco favoráveis para o empreiteiro. Sucessivamente, entretanto, padrões de contrato mais equilibrados foram elaborados por organizações de classe, e são esses padrões, hoje, os mais empregados, como as minutas do JCT (*Joint Contract Tribunal*), do ICE (*Institute of Civil Enginneers*) e da RIBA (*Royal Institute of British Architect*)¹⁹.

Com essa breve exposição histórica e, mais importante, ao se verificar o desenvolvimento do direito da construção ao longo dos últimos séculos, fica claro que não será mediante condições contratuais extremas que os conflitos surgidos nas obras serão eliminados. É necessário trabalhar em outras frentes além do contrato e pôr foco na resolução da controvérsia em si. Isso o fizeram os ingleses, há aproximadamente 20 anos, depois de um estudo do mercado da construção.

IV. *Latham Report e HGCRA 1996*

NO COMEÇO DOS ANOS 1990, A indústria da construção encontrava-se em crise na Inglaterra. Os problemas não se resumiam ao cenário generalizado de recessão econômica. Havia ainda um desconforto com o alto custo

¹⁹ A notícia é dada pelo célebre professor inglês JOHN UFF, que qualifica os primeiros modelos como “*unduly harsh*” em relação aos empreiteiros (Cf. “*Construction Law*”, 11ª Ed., Sweet & Maxwell, 2013 p. 341).

das empreitadas, se comparado a outros países da Europa, e com a alta litigiosidade presente nos contratos de obra. Dada a importância do setor construtivo para economia como um todo, entendeu-se necessária uma ação governamental²⁰. Em 1993, então, por ordem do Parlamento confere-se a Sir. MICHAEL LATHAM a tarefa de formar e coordenar uma comissão integrada pelo governo e por entidades de classe, incluindo organizações representando os clientes-investidores. Dessa comissão originou-se o relatório *Constructing the Team*, conhecido também por *Latham Report*.

O cenário identificado por LATHAM não se reputa de todo desconhecido dos profissionais brasileiros: a indústria da construção era ineficiente, fragmentada, desrespeitosa com os trabalhadores, faltava confiança entre seus integrantes, além de se considerar conflituosa em excesso. Sobre essa última característica, como concluíram os membros daquela comissão, “o contínuo refinamento das cláusulas contratuais não resolveria a conflituosidade das obras”²¹. Devia-se buscar outras soluções, voltar a atenção ao *partnering*, às técnicas de gerenciamento e coordenação da obra e, também, aos meios alternativos de solução de controvérsias.

Uma das principais fontes de conflitos, que prejudicava sobremaneira a

regular conclusão das empreitadas, encontrava-se na falta de manutenção do fluxo de caixa neutro ou positivo quando da ocorrência de desvios em relação ao planejado. Os donos de obra tinham sempre muita facilidade para não saldar adicionais e acréscimos, inventando contrapleitos ou simplesmente não analisando as reivindicações dos empreiteiros²². De outro lado, os empreiteiros ameaçavam a paralisação dos trabalhos (quando não os abandonavam), muitas vezes para exigir valores indevidos ou ante a dificuldade financeira de finalizar as empreitadas. Déficits no fluxo de caixa, seja por que prisma fosse, portanto, deveriam ser evitados. Como enfatizavam os juízes ingleses, a falta de manutenção do fluxo de caixa positivo era ruim para a indústria da construção como um todo²³.

Para enfrentar os recorrentes conflitos de interesse surgidos na obra, contudo, consideraram os britânicos ser inviável pensar na arbitragem. Já na década de '90, entendia-se que o julgamento arbitral era longo e custoso, estava muito longe do fato, o que dificultava a prova e o aprofundamento dos diversos aspectos técnicos da causa, afora gerar uma perda de produtividade e a deterioração das rela-

²⁰ Cf. *Coulson on Construction Adjudication*, escrito pelo magistrado PETER COULSON da corte especializada TCC (*Technology and Construction Court*), 2a. Edição, Oxford University Press, 2011, Oxford, pp. 4-5.

²¹ *Constructing the Team (Latham Report)*, Executive Summary, it. 9 (Ed. HMSO, 1994, p. iv; nossa tradução)

²² Cf. *Coulson on Construction Adjudication*, cit, p. 4.

²³ Cf. *Constructing the Team - Latham Report*, cit., p. 91. Como exemplo LATHAM cita decisão da segunda instância inglesa, prolatada por Lord Justice LAWTON: “As cortes estão alertas para o que acontece nessas controvérsias em obras; os casos vão ou para arbitragem ou para solução por julgadores estatais; eles arrastam-se e arrastam-se; o fluxo de caixa é impactado...esse tipo de resultado deve ser evitado se possível” (Idem, ibidem).

ções comerciais entre os envolvidos²⁴. Assim como os tribunais ingleses, a arbitragem se adaptava mal à realidade das obras e por isso deveria ser somente um último recurso (“*last resort*”)²⁵.

A solução encontrada foi se valer, mesmo que temporariamente, de um mecanismo que resolvesse os conflitos da obra de forma rápida e assegurasse a manutenção do *cash flow* às custas de quem deve pagar, ou seja, uma solução fundada no princípio do *pay now argue later*²⁶. Para tanto, por ser a adjudicação o modo mais apto para atender tais exigências, decidiu-se torna-la um di-

²⁴ Cf. *Constructing the Team (Latham Report)*, p. 90. No mesmo sentido, confira-se STEPHEN FURST e VIVIAN RAMSEY (*Keating on Building Contracts*, Sweet and Maxwell, 7ª Ed., 2001, London, p. 14) e PETER COULSON (*Coulson on Construction Adjudication*, cit., p. 7). As mesmas críticas à arbitragem são repetidas ainda por CARLOTTA CALABRESI (*Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto in Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, Vol. 23, n. 4, 2009, pp. 763-764 e 767) e HERNÁNDEZ RODRIGUEZ (*Los contratos internacionales de construcción...cit.*, pp. 220-221).

²⁵ É importante que se lembre ser comum, hoje em dia, falar-se no movimento do “*retorno ao privado*” ou se dizer que há Estado em demasia (“*tropo stato*”) (Cfr. ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade*, Almedina, 2003, pp. 52-53). Discute-se, mundialmente, a tendência à privatização e à descentralização da produção jurídica (CALABRESI, *La risoluzione... tese cit.*, p. 50). Em nosso País, em especial, há a conhecida lição do Prof. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, catedrático de Direito Civil, da Faculdade de Direito da USP, segundo o qual, com o Código Civil de 2002, adotou-se o paradigma da fuga da lei, com um aumento dos poderes do juiz (que passou a decidir com base em critérios como a boa-fé, função social, e etc). Antes mesmo de esse código entrar em vigor, porém, alertava JUNQUEIRA DE AZEVEDO que se tratava de um paradigma ultrapassado, pois se presenciava, já naquela época, uma fuga do juiz e do Estado. Uma das provas disso era o aumento das arbitragens, o que havia de mais rápido para o julgamento dos casos (Cf. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, Saraiya, 2004, p. 156). No momento, por sua vez, o que verificamos, ao menos no setor da construção, é uma fuga da arbitragem.

²⁶ Cf. *Coulson on Construction Adjudication*, cit., p. 12. Vide, ainda, CALABRESI, *La risoluzione... tese cit.*, p. 103.

reito assegurado por lei em contratos de obra: “a adjudicação – concluída LATHAM – deveria ser o método normal de solução de disputas”²⁷.

Foi assim que em 1996, consagrando os trabalhos desenvolvidos e as conclusões atingidas no *Latham Report*, o Parlamento Britânico promulga o diploma legal HGCRA – *Housing Grants, Construction and Regeneration Act*. Por ele, a adjudicação, como forma de solução de controvérsias, torna-se disponível para todo e qualquer contrato de construção, regra que passa a valer em Maio de 1998 em todo o Reino Unido (Inglaterra, País de Gales e Escócia)²⁸.

V. A Adjudicação e seu Procedimento

PELA SUA PROEMINÊNCIA E maior tempo de uso, vejamos como se dá a adjudicação no Reino Unido, mais especificamente na Inglaterra, o berço desse método de solução de conflitos na construção. A adjudicação britânica aplica-se à maioria dos contratos (salvo residenciais, óleo e gás, mineração e outras exceções), e toda e qualquer disputa pode ser submetida à decisão

²⁷ Cf. *Latham Report*, Executive Summary, item 26. A adjudicação, de todo modo, não era uma novidade na Inglaterra. Já existia naquele país um entendimento de que o peso da espera deveria ao menos temporariamente recair sobre aqueles que têm de fazer o pagamento em prol daqueles que devem recebê-lo. E alguns modelos institucionais já continham provisões nesse sentido (*Coulson on Construction Adjudication*, cit., pp. 7-8). O que houve de radical após o *Latham Report* foi a possibilidade de qualquer das partes recorrer à adjudicação e obrigar a outra. Note-se que foi o próprio governo, de forma bem liberal, quem reuniu o setor da construção, e o desafiou a melhorar as práticas contratuais, prevendo um método de solução de controvérsia que melhor atendesse às suas necessidades (Idem, ibidem, cit., pp. 10-11).

²⁸ Cf. *Coulson on Construction Adjudication*, cit., p. 12.

por esse método²⁹. O adjudicador deve ser imparcial e independente das partes e, caso não nomeado no contrato, ser escolhido em até sete dias³⁰.

A decisão do adjudicador – aqui está o grande diferencial – deve ser emitida em até 28 dias do efetivo início do procedimento (extensível por mais 14 dias, se o reclamante aceitar), ou em período acordado pelas partes depois de iniciada a adjudicação³¹. Como já dito, os litigantes são obrigados a cumprir a decisão do adjudicador até sua superação por uma decisão judicial ou arbitral³². Esses são requisitos básicos e, se o contrato não os atender, aplica-se a regulamentação adicional ao Ato (HGCRA 1996), chamada de *Esquema para Contratos de Construção (The Scheme for Construction Contracts - England and Wales - Regulations 1998)*³³.

De acordo com o *Scheme*, a parte que quiser se valer da adjudicação deve notificar a outra de sua intenção, indicando a disputa e a solução almejada³⁴. A nomeação do adjudicador, caso não efetuada antecipadamente pelas partes no próprio contrato, pode dar-se de comum acordo ou mediante solicitação a um órgão nomeador (*adjudicator nominating body*)³⁵.

Em toda e qualquer hipótese, deve ocorrer no prazo máximo estabelecido pelo HGCRA 1996 (7 dias da notificação inicial)³⁶.

Em sete dias da nomeação, a parte reclamante deve apresentar suas razões³⁷. A partir daí, começa a correr o prazo de vinte e oito dias para decisão. O habitual é que o adjudicador conceda um prazo de quatorze dias para a outra parte se defender³⁸. Somente é permitido contrapleito se a matéria for a mesma; do contrário, reputar-se-á que se cuida de outra disputa e um novo procedimento de adjudicação deve ser iniciado (salvo se houver concordância das partes que múltiplas questões sejam analisadas)³⁹.

O adjudicador escolhido possui amplos poderes para regular o procedimento, verificar os fatos e estabelecer o direito aplicável, podendo inclusive valer-se de consultores (advogados e engenheiros)⁴⁰. Se as partes não

²⁹ HGCRA, Part. II, Seção 105(2) e Seção 108(1).

³⁰ HGCRA, Part. II, Seção 108(2)(e).

³¹ HGCRA, Part. II, Seção 108(2)(d) e (e).

³² HGCRA, Part. II, Seção 105(3).

³³ HGCRA, Part. II, Seção 105(5).

³⁴ A notificação deve conter: (i) a natureza e uma breve descrição da controvérsia e as partes envolvidas; (ii) detalhes de quando e onde a controvérsia surgiu; (iii) a natureza da solução almejada; (iv) nome e endereço das partes (*Scheme*, Parte I, §1).

³⁵ Tal órgão pode ser especificado no contrato e, na falta especificação, as partes podem recorrer a qualquer centro de adjudicação habilitado para tanto. A Inglaterra conta com diversos desses centros, que incluem em seus quadros profissionais com expertise para atuar na qualidade de adjudicador, como se verifica da lista constante da Adjudication Society (<http://www.adjudication.org/links-adjudicator-nominating-bodies>).

³⁶ *Scheme*, Parte I, §2.

³⁷ *Scheme*, Parte I, §7(9)

³⁸ A propósito, confira-se o Guia Oficial para Adjudicação (*User Guide*), feito pelo *Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group*, 2003, p.15 (publicado pelo *Construction Industry Council* e disponível em http://www.scl.org.uk/files/CUB_Users_Guide_May_2003.pdf).

³⁹ *Scheme*, Parte I, §8(1) e 8(2). Sobre a inadmissibilidade de pedido contraposto (contrapleito), salvo se o assunto for o mesmo (Cf. *User's Guide...cit*, p.16);

⁴⁰ *Scheme*, Parte I, §13. Entre os poderes do adjudicador, incluem-se os de (i) requerer quaisquer

cumprirem as determinações do adjudicador, cabe a este tirar as inferências necessárias para decidir⁴¹. Qualquer das partes pode exigir a motivação da decisão, mas não há nenhum vício se a fundamentação for breve⁴². E os documentos submetidos à adjudicação são sigilosos⁴³.

As despesas do procedimento costumam ser divididas, mas o adjudicador tem a prerrogativa de indicar quem deva suportá-las em função do maior ou menor êxito obtido ou do comportamento das partes⁴⁴. De todo modo, há sempre uma responsabilidade solidária dos contendores pelo pagamento dos custos do procedimento⁴⁵. O adjudicador, por sua vez, não responde pela acuidade de sua decisão, ou seja, é imune, salvo se houver atuado de má-fé⁴⁶.

Na Inglaterra, a decisão pode ser levada à justiça para cumprimento forçado, e a execução judicial somente será obstada em casos excepcionais.

documentos; (ii) decidir a língua da adjudicação; (iii) reunir-se e indagar as partes e seus representantes; (iv) fazer visitas aos locais da obra ou outros relevantes; (v) efetuar testes e avaliações; (vi) valer-se de experts; (vii) estabelecer o cronograma da adjudicação; (viii) dar os demais direcionamentos necessários. É normal que o adjudicador limite o volume de documentos que uma das partes tenha direito de submeter (*User's Guide...cit.*, p.16). E pode ou não haver uma audiência (Idem, ibidem, p.18).

⁴¹ *Scheme*, Parte I, §15.

⁴² *Scheme*, Parte I, §22. Sobre a brevidade da decisão, cf. o julgamento, em primeira instância, de *Carillion Construction Ltd. v. Devonport Royal Dockyard* (CILL 2005 2253, apud TONY FRANCIS, *Adjudication Key Recent Developments and Decisions*, Novembro de 2006, disponível em http://www.fenwickelliott.com/files/docs/articles/html/recent_conclusions.htm).

⁴³ *Scheme*, Parte I, §15.

⁴⁴ Cf. *User's Guide... cit*, p. 20.

⁴⁵ *Scheme*, Parte I, §25.

⁴⁶ *Scheme*, Parte I, §26.

Um deles é a atuação pelo adjudicador fora de sua competência (“*excess of jurisdiction*”). Isso se dará, por exemplo, quando a disputa não envolver um contrato de construção, quando a definição do adjudicador não obedecer a forma prevista no contrato ou quando o adjudicador decidir além da matéria submetida à sua apreciação⁴⁷.

Admite-se, ainda, que o cumprimento da decisão do adjudicador seja obstado por falta de julgamento justo (“*breach of natural justice*”), o que ocorrerá nos estritos casos em que o procedimento não for conduzido de maneira minimamente equânime, houver julgamento parcial ou não se permitir a ambas as partes expor o seu caso. Entendem os tribunais ingleses, no entanto, que o legislador teria levado em conta os possíveis erros advindos de uma decisão rápida ao eleger a adjudicação como método padrão para solução de controvérsias. Assim, somente em raras hipóteses deixam de dar cumprimento à decisão do adjudicador sob a alegação de julgamento injusto⁴⁸.

⁴⁷ Tal como na arbitragem, é o próprio adjudicador que irá decidir se tem competência ou não para cuidar do caso, podendo sua decisão ser apreciada em juízo (*User's Guide...cit.*, p.17).

⁴⁸ A propósito, confira-se a conclusão alcançada no caso já citado *Carillion Construction Ltd. v Devonport Royal Dockyard*, mas agora em sede de recurso: “O objetivo por detrás do Ato e do Esquema regulamentador exige que as cortes respeitem e façam cumprir as decisões dos adjudicadores, exceto se claramente a questão decidida não for aquela submetida à adjudicação ou se ele [adjudicador] tenha atuado em seu mister de maneira obviamente injusta. Deve ser somente em raras circunstâncias que as cortes irão interferir na decisão de um adjudicador. Seria muito fácil, em um caso complexo, para uma parte que está inconformada com a decisão do adjudicador, esmiuçar a motivação da decisão e identificar pontos sobre os quais se pode questioná-la a título de falta de competência (“*excess of jurisdiction*”) ou falta de julgamento justo (“*breach of natural justice*”). Impõe-se ter em mente que a maioria dos adjudicadores não é escolhida pela sua exper-

VI. Principais Características

A ADJUDICAÇÃO NÃO TEM POR objetivo substituir a arbitragem ou a justiça comum, ou seja, não visa resolver em definitivo a controvérsia. Ao contrário, é um mecanismo que produz uma solução provisória, “*at the time*” e “*on the spot*”⁴⁹. Sua principal meta é permitir a continuidade da obra. Em jogo, está exatamente o desejo do dono da obra de que o empreendimento seja concluído sem ser ameaçado com paralisações e, de outro lado, o benefício para o empreiteiro de ter suas reivindicações analisadas por um terceiro imparcial, e se tiver razão, receber o pagamento no momento correto⁵⁰.

tise como advogado. Suas habilidades normalmente (senão na maioria das vezes) residem em outras disciplinas. A tarefa do adjudicador não é a de agir como árbitro ou juiz. Os limites de tempo em que se espera que atue são prova disso. A tarefa do adjudicador é encontrar uma solução intermediária que atenda as necessidades do caso. Cabe tomar em consideração que o Parlamento deve ter reconhecido que, na falta de uma solução provisória, o empreiteiro (ou o subempreiteiro) e seus subempreiteiros serão levados à insolvência por conta da retenção de valores devidos. O Esquema regulamentar estabelece meios de atender as exigências legítimas de fluxo de caixa (“cash-flow”) dos empreiteiros e subempreiteiros. A necessidade de ter a decisão “correta” foi subordinada à necessidade de ter uma decisão rápida. Em resumo, na grande maioria dos casos, o caminho correto para a parte mal sucedida em uma adjudicação de acordo com a regulamentação legal deve ser pagar o valor que lhe foi indicado pelo adjudicador” (Lord Justice CHADWICK, CILL Fevereiro 2006 2297 apud TONY FRANCIS *Adjudication Key Recent Developments and Decisions... cit.*).

⁴⁹ Cf. *Coulson on Construction Adjudication*, cit., p. 10. Em sentido análogo, HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción...cit.*, p. 222.

⁵⁰ Vide GÖTZ-SEBASTIAN HÖK, *Disputes Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution Method in DBRF Forum*, Vol 15, Issue 4, Novembro 2011, p. 14. Vide ainda CALABRESI, *La risoluzione... tese cit.*, p. 71.

Por ser um método solução de conflitos voltado para preservar o *cash flow*, favorece sobremaneira os menores construtores, isto é, os economicamente mais dependentes e que têm mais dificuldade de financiar a obra com seus próprios recursos ou de obter crédito no mercado⁵¹.

Tal como a peritagem técnica internacional, para a qual já há previsão de procedimento na CCI (Camara de Comércio Internacional) e na AAA (American Arbitration Association)⁵², a adjudicação fornece às partes provas contemporâneas aos acontecimentos; uma grande vantagem, na medida em que elevado número de disputas nos contratos de obra envolve matéria técnica.

Em comparação com outros mecanismos alternativos de solução de controvérsia, como a arbitragem e os *dispute boards*, a adjudicação ainda é um dos mais baratos⁵³. Os adjudicadores cobram taxas por hora, e o valor total de uma adjudicação, conforme indicam levantamentos específicos, equivale, na maioria das vezes, de vinte a cem horas de trabalho⁵⁴. Estudos ainda reportam que, na média, os custos da adjudicação não superam cinco

⁵¹ CALABRESI, idem, *ibidem*.

⁵² HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción...cit.*, p. 224.

⁵³ Acerca dos custos da adjudicação, vide o relatório específico produzido em 2012 pelo Adjudication Reporting Center (ARC) chamado *The Development of UK Statutory Adjudications; its relationship with construction workload and the costs* (O ARC é a instituição que recebe os dados dos Adjudicator Nominating Bodies). A conclusão da pesquisa, que contou ainda com a opinião de adjudicadores, é que a adjudicação ainda é o melhor custo benefício (“*value for money*”) em relação a disputas de médio a grande porte.

⁵⁴ Cf. *The Development of UK Statutory Adjudications...cit.*, item 4.

por cento do valor em disputa⁵⁵. No Brasil, tomando por base um valor de R\$ 300,00 por hora, teríamos um custo entre R\$ 6.000,00 (20h) e R\$ 30.000,00 (100h), ou seja, algo absolutamente dentro do patamar cobrado em periciais judiciais de engenharia.

A adjudicação, contudo, tem suas desvantagens. É considerada, por exemplo, um método rudimentar e, dado o curto espaço de tempo para sua conclusão, nem sempre produzirá decisões exatas⁵⁶. Essa brevidade do procedimento pode ainda colocar a parte demandada em situação difícil e até favorecer manobras maliciosas, pois aquele que ingressa com o pedido de adjudicação costuma ter mais tempo para preparar suas razões⁵⁷. Seja como for, a adjudicação é hoje o principal método de ADR na Inglaterra, e, nas palavras de um adjudicador, “a indústria da construção está bem satisfeita com essa justiça rudimentar”⁵⁸.

⁵⁵ Cf. *Trends in Construction Dispute Resolution*, de ROBERT GAITSKELL, publicado pela Society of Construction Law em 2005 (Paper 129), p.12. Segundo GAITSKELL, a média dos valores exigidos pelos adjudicadores representa 20 horas de trabalho (£3,725).

⁵⁶ Reforçando o caráter rudimentar da adjudicação, vide CALABRESI, *Il dispute board nei contratti internazionalli*, cit. p. 773; HÖK, *Disputes Adjudication in Civil Law Countries...cit.*, p. 20.

⁵⁷ *Keating on Building Contracts*, cit., p 530. De todo modo, é importante ter presente que táticas desleais são sempre pouco produtivas para própria parte que assim agir, pois levam a uma perda de credibilidade perante ao julgador no futuro e destroem o bom relacionamento entre as partes, necessário para concluir o projeto (CALABRESI, *Il dispute board nei contratti internazionalli*, cit. p 782).

⁵⁸ Cf. *Adjudication vindicated*, de DANIEL ATKINSON, publicado pela *Construction News* em February, 2005 e disponível em <http://www.cnplus.co.uk/news/adjudication-vindicated/398737.article#.VDWPjfldWSo>.

VII. Realidade da Adjudicação Britânica

NO REINO UNIDO, OS PRINCIPAIS órgãos de indicação de adjudicadores (*adjudicator nominating bodies*) são associações de classe e centros arbitrais⁵⁹. E as indicações recaem sobretudo em técnicos e engenheiros (65,5%) e não em advogados, cujas nomeações estão longe de constituir a maioria (34,5%). Em mais da metade dos casos, a parte reclamante é exitosa, ou seja, costumeiramente não são submetidas à adjudicação demandas frívolas.

Os valores das disputas são em grande parte médios (£10.000 a £500.000), a demonstrar que a adjudicação é um mecanismo útil para as obras de menor porte, onde a arbitragem e os *dispute boards* não se mostram tão atrativos por conta dos altos custos para condução do procedimento. E os conflitos adjudicados são normalmente oriundos das relações entre empreiteiro e subempreiteiro (38%) e entre dono da obra e empreiteiro (35%)⁶⁰.

De todos os dados disponíveis, entretanto, o mais interessante relaciona-se ao cumprimento das decisões dos adjudicadores e seus efeitos sobre os litígios oriundos dos contratos de construção. Segundo relatos britânicos, oitenta por cento das decisões dos adjudicadores são cumpridas sem que

⁵⁹ Segundo o *Report n.12 da ARC*, os três principais *adjudicator nominating bodies* em 2012 foram, respectivamente, o Chartered Institute of Arbitrators, o Institution of Electrical Engineers Technology and Construction Association e o Royal Institute of Chartered Surveyors.

⁶⁰ Cf. *Report n.12 da ARC*.

haja qualquer posterior questionamento via arbitragem ou via processo judicial⁶¹. Vale dizer, em elevado grau as partes satisfazem-se com a conclusão do adjudicador e deixam de recorrer a métodos mais dispendiosos e demorados para resolver a disputa. Por isso, acredita-se que a adjudicação seja um dos principais fatores para redução das arbitragens (33%) e dos processos judiciais (80%)⁶².

VIII. Exemplos no Brasil e Exequibilidade da Decisão

A ADJUDICAÇÃO AINDA É POUCO usada no Brasil, mas não de todo desconhecida. Dois casos podem ser citados como exemplos de seu emprego em obras brasileiras⁶³. O primeiro envolve uma concessionária de energia elétrica paranaense que, em recente contrato para implantação de Usina Hidrelétrica de 300MW (no Mato Grosso), incluiu cláusula de mediação, mas com um detalhe: a solução dada pelo mediador deve ser acatada de imediato até que eventual decisão judicial em sentido contrário transite em julgado. Ainda que denominado de mediação, esse procedimento é uma típica adjudicação, dada a obrigatoriedade do cumprimento da decisão alcançada pelo mediador.

⁶¹ Cf. GATISKEEL, *Trends in Construction Dispute Resolution*, cit. p.11.

⁶² A redução nas arbitragens é tida como até maior do que indicam os números (cf. GATISKEEL, *Trends in Construction Dispute Resolution*, cit. p.5) . Já a redução nos litígios deve-se a uma diversidade de fatores e não é atribuível somente à adjudicação, que, entretanto, considera-se o principal motivo (idem, ibidem, pp.3 e 11).

⁶³ Dada a existência de cláusula de confidencialidade, deixa-se de citar as partes contratantes das avenças aqui mencionadas.

O segundo caso envolve uma Produtora Independente de Energia. Na execução de uma Pequena Central Hidrelétrica (PCH), eventuais controvérsias sobre tratamentos geológicos serão resolvidas pelo IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo) e a decisão, tal como no exemplo anterior, deve ser respeitada pelas partes.

Em nosso País, por não possuímos legislação que dê suporte à adjudicação, é questionável se a decisão do adjudicador poderia se considerar um título executivo, isto é, apto a aparelhar uma execução judicial forçada. Mas mesmo que se entenda pela negativa, há um importante efeito no âmbito do contrato. Se as partes acordaram que cumpririam a decisão do adjudicador, é certo que qualquer atuação em sentido contrário reputa-se um inadimplemento doloso, isto é, uma omissão voluntária daquela obrigação. Com isso, a parte inocente teria todos os meios necessários para usar as sanções contratuais mais rigorosas, como a paralisação dos trabalhos e dos pagamentos, conforme o caso, ou até mesmo a rescisão do contrato, com o levantamento de todos os limites de responsabilidade.

IX. Conclusão

COMO TIVEMOS A OPORTUNIDADE de demonstrar, três motivos justificam o desenvolvimento da adjudicação e o sucesso que experimenta atualmente no cenário internacional: a naturalidade dos desvios e conflitos nos contratos de obra, o fracasso de se tentar solucioná-los somente pela via con-

tratual e o prejuízo para todos advindo de um fluxo de caixa negativo.

A adjudicação, decerto, não pretende nem serve para substituir os métodos mais avançados de solução de controvérsia, como os *dispute boards* ou a arbitragem. Ao preverem a adjudicação em seus contratos, porém, os contratantes passam a ter à sua disposição um meio simples e rápido para solucionar disputas de obra. E com uma grande vantagem: por ser relativamente econômica, a adjudicação pode ser empregada na grande maioria dos contratos de construção, em especial naqueles de médio porte, onde outros métodos mais caros não se justificam.

Na Inglaterra, o local de origem e berço do *due process of law*, o espírito pragmático prevaleceu, e optou-se pela adjudicação, sem impedir que qualquer das partes recorresse ao judiciário ou à arbitragem, com todas as garantias inerentes para defesa de seus interesses. No atual cenário brasileiro, onde o Poder Judiciário não serve para tutelar com rapidez os direitos das partes e tampouco se pode pensar na arbitragem para todos os casos, é válido ao menos voltar o olhar para a experiência britânica, como estão fazendo diversos outros países, em prol de uma melhora do setor da construção. Como advertiu Sir MICHAEL LATHAM ao Parlamento Britânico, o que não podemos é não fazer nada. Essa, sem dúvida, constitui uma opção a ser descartada “*at once*”⁶⁴.

⁶⁴ Cf. *Latham Report*, cit., p. 35.