

A questão do litígio em barragens

por Peter Eley *

* director internacional do Leach Group (uma empresa especializada em resolução de disputas). Tem mais de 30 anos de experiência na resolução de disputas envolvendo toda a cadeia de actividades na indústria de construção. Neste artigo ele aborda as razões que estão por trás do duplicar das acções de litígio nos últimos 10 anos a nível internacional, e o impacto que isto tem tido na construção de barragens e centrais hidroeléctricas.

in [WaterPower](#) (jan 2008)

Qualquer projecto que envolva a necessidade de controlar o incontrolável levanta desafios.

Sendo a água uma das mais poderosas e imparáveis forças no mundo, os projectos de barragens e centrais hidroeléctricas podem, potencialmente, dar origem a grandes e prejudiciais situações de disputa caso as coisas corram mal.

Há trinta anos, poucos eram os especialistas em leis da construção. Os casos eram essencialmente resolvidos através de **negociação** ou **mediação** e “*ir para tribunal*” era absolutamente o último recurso.

As relações pessoais pareciam ser muito mais importantes, a comunicação *face-a-face* era a “*norma*” e as pessoas desejavam e eram capazes de tomar decisões. Se um acordo não pudesse ser atingido via discussão, a mediação era o modo mais generalizado na resolução de disputas no sector da construção.

Hoje, as pessoas parecem muito mais relutantes em sentar-se e conversar e, a nível mundial, uma cultura de **arbitragem** e **litígio** tem vindo a desenvolver-se levando a que, no processo, as relações se tenham tornado altamente adversas nesta indústria. O constante aumento do número de casos litigiosos sugere que a indústria de construção pode ser hoje uma área mais dura do que há 30 anos atrás.

No Reino Unido, uma indicação fiável quanto ao crescimento do litígio pode ser encontrada nos registos do *HM Technical and Construction Court* ... onde se constata que o número de processos litigiosos cresceu quase um quinto entre 2005 e 2006 (818 casos em 2006 contra 695 no mesmo período de 2005).

Isto não se trata apenas de um fenómeno britânico, mas antes de uma tendência internacional que vai das Américas à Zambia por exemplo.

E como é que se chegou a uma situação destas?

Uma série de elementos tem vindo a entrar em jogo naquilo que pode ser descrito como o **duplicar do litígio em 10-anos** no encadeamento da indústria de construção.

Os contratos não mudaram assim tanto nos últimos 30 anos. A vontade de litigar por parte dos contratantes sim, essa mudou.

Desenvolvimentos sociais deram lugar a uma “**cultura de compensação**” o que significa que, enquanto que no passado societário a questão das relações era importante, **agora é o dinheiro que fala**.

Hoje em dia, o custo e a pressão do tempo reinam de tal forma nos projectos que se um prazo não é cumprido o contrato passa a disputa e entram em campo os advogados. O aumento de competição na indústria de construção tem levado a uma diminuição de preços, o que força os construtores a tornarem-se mais perspicazes quanto aos seus direitos

contratuais. Os clientes (donos de obra *et al*, n.t.) também se acrescentam à mistura ao pretenderem maior profissionalismo e *standards* mais altos ... a preços mais baixos.

Actualmente, a crescente sofisticação do *software* de gestão vai permitindo controlar detalhadamente cada projecto, incluindo a análise detalhada do *performance* dos vários contratantes, pelo que, qualquer uma das partes está capaz de explorar mudanças nas circunstâncias e prazos projectados.

Os problemas também acontecem quando, ao esboçarem onerosas condições contratuais, os clientes dominantes (governos e monopólios por exemplo, n.t.) forçam os construtores a adoptar irrazoáveis níveis de risco. Apercebendo-se da pressão a que os construtores estão sujeitos (aumentar negócios num mercado sobre-fornecido), este tipo de clientes frequentemente modifica as condições contratuais *standard* a seu favor - especialmente em termos da redistribuição de riscos estabelecidos em contrato.

Como actualmente a indemnização e imputabilidade pessoal se tornaram questões quentes, as pessoas estão muito interessadas em evitar assumir responsabilidades pelas decisões que tomam. Isto, ligado à crescente exigência de prestação de contas por parte de clientes, construtores e financiadores, tem levado a cada vez mais estritas auditorias ao orçamento das obras.

Esta crescente exigência de prestação de contas tem inclusivamente levado algumas entidades da indústria de construção a litigar contra os seus próprios arquitectos e profissionais de engenharia quando acontecem problemas nos projectos – tal como o fazem contra os empreiteiros.

No entanto, intermináveis e custosos processos judiciais e arbitragens têm vindo a popularizar-se à medida que alguns clientes tentam passar ao lado da responsabilidade nas mais simples questões.

Uma outra opção, e bem mais eficaz em termos de custos, é o recurso à **mediação** ou a centros de disputas de adjudicação; contudo, este processo não é final nem vinculativo. Frequentemente, os clientes e outros *donos-de-obra* recusam-se a aceitar as conclusões de tais processos e insistem em avançar para arbitragens vinculativas (*binding*) ou processos litigiosos.

Do lado dos construtores há uma tendência para se evitar levantar questões contratuais até que se atinja o *deadline* do projecto por receio de serem penalizados pelo cliente. Quando surgem problemas, eles são normalmente deixados para o fim do projecto, altura em que o construtor procura recuperar perdas apresentando reclamações globais de compensação de tal modo infladas que alguns clientes se sentem incapazes de as avaliar adequadamente.

No Reino Unido (UK) o aumento de projectos PFI, *design/build work* e *joint ventures* significa que os clientes podem compartimentar riscos distribuíveis entre várias e distintas indústrias.

Internacionalmente, nos últimos 30 anos, esta onda do litígio também teve sérios efeitos.

Mudanças Internacionais nesta indústria

Em países como a Espanha, onde a resolução amigável de disputas tem sido, historicamente, o recurso comum, regista-se agora uma tendência para a adopção de aproximações estritamente contratuais.

E este é também o caso de muitos países africanos onde os construtores tradicionalmente escolhidos (locais e ocidentais) passaram a fazer face à competição de empresas indianas e chinesas. Isto forçou-os a cortar margens e, conseqüentemente, a aumentar o risco de disputas já que eles tentam proteger os seus direitos.

No sudeste asiático, e partes do Extremo-Oriente, então aí os tempos mudaram realmente!

Tradicionalmente, a cultura oriental do respeito e do evitar o “*perder de face*” costumava travar o desejo da disputa formal em contratos. Mas agora, particularmente quando se trata de negócios multimilionários, o litígio público é a “*ferramenta*” legal escolhida.

Para ilustrar esta a mudança de aproximação, eu poderia também citar um construtor da América central que trabalhou em dois projectos; o primeiro, nos finais dos anos 1980s, e o segundo 15 anos depois. Em ambos os casos surgiram disputas significativas e eu estive envolvido no descoser dos problemas. Apesar de as condições destes dois casos serem diferentes, é interessante notar que os problemas surgidos nos anos 1980s foram resolvidos através de **mediação** enquanto que o caso mais recente teve que ser resolvido por **arbitragem**.

Poderá o litígio significar desgraça para a construção de barragens?

O litígio e a arbitragem são processos caros que, além de consumirem muito tempo, prejudicam a indústria de construção no seu todo. Este tipo de métodos coloca as pessoas na defensiva e dá lugar ao alastrar da culpabilização e negação em ambientes de trabalho dominados pela suspeita mútua e falta de confiança.

Como exemplo de custos legais, cite-se o milhão e meio de dólares US de arbitragem pagos por um construtor num projecto no sudeste da Ásia. E esses foram valores usando advogados de Singapura cujos honorários são modestos em comparação com os do Reino Unido (UK). Note-se também que os honorários aplicáveis a especialistas em direito e outras matérias pode variar dramaticamente dependendo das nacionalidades mas, como o Inglês tem vindo a tornar-se cada vez mais a linguagem contratual comum, os especialistas falando inglês são favorecidos.

Perspectivas futuras

Sendo assim, que futuro estará reservado a esta indústria de construção?

Eu acredito que estamos a caminho de um pico de arbitragens e litígios que chegará a um ponto que, quer construtores quer clientes, terão o senso de direccionar as suas energias no sentido de se evitar disputas, em primeiro lugar. Mas, por agora, a maior parte dos clientes pretende uma resolução final e legalmente endossável que transmita uma mensagem clara:

“Se confundirem connosco a gente fará um exemplo do vosso caso... e aceitaremos o desafio.”

Os mecanismos mais eficazes na resolução de disputas envolvem o acordo amigável, a mediação e a conciliação - mas estes processos não são absolutos e são vistos como muito indulgentes. Actualmente, apesar das diligências de profissionais dos mais esclarecidos, estes procedimentos parecem estar muito longe do ambiente de resolução de disputas que percorre a indústria no seu geral.

Para que se atinja a **mediação**, factores como a atitude do cliente face à prestação de contas, a definição realista de orçamentos de projectos, o assegurar que os desenhos estão finalizados antes que se lancem concursos, a avaliação realista das propostas e um exame mais atento das matérias contratuais durante a construção terão que ser colocados no seu lugar, e de forma firme.

Por agora, tudo indica que a indústria de construção continuará a assistir ao crescimento do litígio como o método preferido no lidar com disputas contratuais - quer no Reino Unido, quer no estrangeiro.

Peter Eley

tradução livre - [xitizap](#)
[original \(English\)](#)