

AUTORES DA OBRA

Alessandra Tauk	Marcelo Marque Cabral
Ana Paula Canto de Lima	Marcelo Russell Wanderley
Anderson Luis Motta da Silva Junior	Marcos Bernardes de Mello
Atalá Correia	Marcos Catalan
Bruno Leonardo Câmara Carrá	Marcos Ehrhardt Júnior
Carlos E. Elias de Oliveira	Maria Carla Moutinho Nery
Carlos Eduardo Silva e Souza	M ^a Emília M. de O. Queiroz e Costa
Dante Ponte de Brito	Mario Godoy
Domingos Gustavo Xavier de Albuquerque	Naomi Fizon Zagarodny
Eduardo Dantas	Paula Falcão Albuquerque
Eneida Melo Correia de Araújo	Paulo Lobo
Fabiola Lobo	Paulo Simplício Bandeira
Frederico Soares Távora Filho	Rafael Peteffi
Gisela Sampaio da Cruz Guedes	Raul César de Albuquerque
Gustavo Henrique Vasconcelos Ventura	Renata Oliveira Almeida Menezes
Humberto João Carneiro Filho	Roberto Paulino de Albuquerque Júnior
Ingrid Zanella	Rodrigo Moraes
Isadora Sá Urtiga Rêgo	Rodrigo Ramos Melgaço
Itanaina Lemos Rechmann	Rolf Madaleno
Jones Figueirêdo Alves	Sérgio Longo
Larissa Lauda Burmann	Silvio Romero Beltrão
Leila Guilherme Ribeiro do Valle	Simone Cohn Dana
Lucas Emmanuel Fortes dos Santos	Torquato Castro Jr
Luís Eduardo Ruiz Bento	Vera Jacob de Fradera
Marcelo Araújo Carvalho Júnior	

 EDITORA
IMPÉRIO



DIREITO CIVIL na contemporaneidade



COORDENADORES

Gustavo Ventura | Mario Godoy
Cleodon Fonseca | Roberto Paulino

DIREITO CIVIL

na contemporaneidade

ESTUDOS EM HOMENAGEM A

SILVIO NEVES BAPTISTA

Tomo 1



IAP
INSTITUTO DOS
ADVOGADOS
DE PERNAMBUCO



FENIA
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS
INSTITUTOS DOS ADVOGADOS

 EDITORA
IMPÉRIO



EDITORA
IMPÉRIO

Todos os direitos desta edição são reservados à Editora Império.

Direção executiva: Eduardo Cavalcante de Almeida Costa

Direção Editorial: Ana Paula Moraes Canto de Lima

Conselho Editorial: Ana Paula Moraes Canto de Lima
Anne Cristine Silva Cabral
Cristiano Carrilho Silveira Medeiros
Ingrid Zanella Andrade Campos
Isabela Lessa de Azevedo Pinto Ribeiro
Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz

Capa: Pedro Gieronni

Projeto Gráfico e Diagramação: Agência ABC Comunicação

Revisão: Dos autores

Relacionamento com o cliente via WhatsApp: (81) 3203-6469

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica

D598 Direito civil na contemporaneidade: estudos em homenagem a Sílvia Neves Baptista.
/ Alessandra Tauk... [et al.]; Gustavo Ventura, Mario Godoy, Cleodon Fonseca,
Roberto Paulino (Coordenadores). – Recife: Editora Império, 2024.
616 p. ; Tomo I

Contém bibliografia ao final de cada capítulo
ISBN 978-65-89291-23-7

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Responsabilidade civil. 4. Responsabilidade social. 5.
Direito privado. 6. Direito brasileiro. 7. Sílvia Neves Baptista. I. Tauk, Alessandra.
II. Ventura, Gustavo. III. Godoy, Mário. IV. Fonseca, Cleodon. V. Paulino, Roberto.
VI. Título.

347 CDU (1999)
Fabiana Belo - CRB-4/1463

Printed in Brazil - Impresso no Brasil

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais é proibida a reprodução total ou parcial desta obra por qualquer forma ou meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de fotocópias e gravação, sem permissão por escrito do autor.

Diretoria do IAP

Gustavo Henrique Vasconcelos Ventura - Presidente;
Erika de Barros Lima Ferraz - Vice-Presidente;
Danielle Cristina de Lacerda Farias Janguê - Secretária Geral;
Urbano Vitalino de Melo Neto - Secretário Geral Adjunto;
Pietro Duarte de Sousa - Diretor Tesoureiro;
Erik Castro e Silva - Diretor das Relações Institucionais;
Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti - Diretor da Revista.

Conselho do IAP

Antônio Mário de Abreu Pinto
Antonio Xavier de Moraes Primo
Bruno Lucas Bacelar;
Cleodon Fonseca;
Edgar Moury Fernandes Neto;
Eduardo Augusto Paurá Peres Filho;
Ewerton Kleber de Carvalho Ferreira;
Fernando Petrucio Friedheim Junior;
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti;
Gustavo Machado Tavares;
Ian Coutinho Mac Dowell de Figueiredo;
Jáder Aurélio Gouveia Lemos Neto;
Karenina Diniz Moreno;
Leonardo Gonçalves Maia;
Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz;
Paulo Collier de Mendonça;
Paulo Emanuel Perazzo Dias;
Roberto Pimentel Teixeira;
Silvana Rescigno Guerra Barretto;
Theresa Christine de Albuquerque Nobrega.

TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil – Vol. 4. São Paulo: Ed. Forense, 2021.

VIEIRA, Luzia Chaves. Responsabilidade Civil Médica e Seguro: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

“ATRASOS CONCORRENTES E SIMULTÂNEOS” EM DISPUTAS DE CONSTRUÇÃO: UM PROBLEMA DE CAUSALIDADE

Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Naomi Fiszon Zagorodny

“Pontualidade é a coincidência de duas pessoas chegarem com o mesmo atraso.”¹
– Leon Eliachar

1. INTRODUÇÃO

Em outubro de 2023, o Tribunal de Contas da União publicou a versão mais recente do estudo denominado “Painel de Obras Paralisadas”. Os números são assustadores, porque revelam que 41% das obras públicas estavam paralisadas no ano de 2023, representando um aumento significativo se comparado ao ano de 2020 em que as paralisações eram de 29%.² Em números absolutos, mais de 8.600 obras estiveram paralisadas em 2023, o que corresponde a um investimento de R\$ 32,23 bilhões.

Ainda segundo o referido estudo, embora o número de obras executadas pelo Poder Público tenha reduzido significativamente quando comparado ao número de obras em execução nos anos de 2018 e de 2020, as obras paralisadas – e, portanto, inacabadas – são proporcionalmente maiores do que daqueles anos.³ Os dados

¹ ELIACHAR, Leon. *O homem ao quadrado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1960, p. 41.

² Todos os dados estatísticos mencionados neste artigo referentes ao “Painel de Obras Paralisadas” estão disponíveis para consulta pública no site do Tribunal de Contas da União por meio do seguinte link: <https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffa6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>.

³ Em 2020, o número de obras em execução era de 19.264. Já em 2022, o estudo

do “Painel de Obras Paralisadas” também apontam que, entre as principais causas de paralisação das obras, estão o mau planejamento dos projetos, o gerenciamento ineficiente dos contratos, as deficiências no fluxo orçamentário/financeiro e a falta de capacidade técnica para execução do empreendimento.

Com efeito, a paralisação das obras é característica marcante dos projetos de construção no Brasil, notadamente daqueles envolvendo o Poder Público. Não há dúvidas de que tal quadro gera impactos diretos e indiretos na população, pois, além do desperdício de recursos públicos investidos, a paralisação das obras impede que a população usufrua dos bens públicos cujas obras não tenham sido concluídas, já que, não raro, tais projetos abrangem a construção e a ampliação de escolas, estradas e hospitais.⁴ Na realidade, o estudo atualizado do Tribunal de Contas da União demonstra que o setor da educação básica é, atualmente, o mais prejudicado, alcançando o patamar de 3.580 obras paralisadas.

Trata-se de uma conjuntura que, apesar de grave, não é nova no Brasil. Naturalmente, essa realidade também se reflete nas demandas que são submetidas à jurisdição estatal e à arbitral. Como não poderia deixar de ser, alguns dos problemas mais comuns nas disputas judiciais e arbitrais que versam sobre contratos de construção dizem respeito ao(s) atraso(s) na entrega final do projeto contratado, os motivos pelos quais tal(is) atraso(s) ocorreu(ram) e questões relacionadas à responsabilidade civil dos agentes envolvidos.

Na prática, são diversos os motivos que podem acarretar o atraso na entrega final da obra contratada, na linha do que expõe os estudos do Tribunal de Contas da União: falta de recursos, indisponibilidade

do Tribunal de Contas da União revelou uma redução dos números das obras em execução para 13.885 e, em 2023, verificou-se uma nova diminuição, atingindo-se o menor patamar desde 2020, com 12.402 obras em execução.

⁴ Destaca-se que 59,1% das obras do estado do Pará estão paralisadas, sendo esta a unidade da federação que, proporcionalmente, tem o maior número de obras paralisadas, ao passo que apenas 9,4% das obras do Distrito Federal estão paralisadas.

de matéria-prima ou insumos necessários ao desenvolvimento do projeto, coordenação e gerenciamento deficiente, mudanças no projeto inicial ao longo da realização da obra, dificuldades e entraves na obtenção das licenças necessárias para a obra, greves realizadas pela mão de obra contratada, impontualidade na entrega de equipamentos, fenômenos da natureza, entre outros.

De fato, a tarefa do julgador de investigar a conduta que contribuiu para a produção do dano decorrente do atraso na entrega da obra – para que, assim, seja possível identificar *quem* é responsável por determinado atraso e *quanto* deve ser fixado a título de indenização – nem sempre é fácil. A análise da situação em que o atraso da entrega do projeto final se dá por eventos distintos que podem decorrer de atrasos atribuídos ao empreiteiro (ou aos seus subcontratados), ao dono da obra ou até a casos fortuitos ou de força maior é ainda mais desafiadora.

Esta tarefa se torna ainda mais árdua em razão da complexidade que é muito particular aos contratos de construção: costumam ser de longa duração; envolvem fornecimento de serviços e, em determinadas situações, também de materiais; muitas vezes, podem pertencer a uma rede ou coligação contratual com financiamento comum;⁵ têm mais de uma prestação; envolvem mais de dois agentes (dono da obra, empreiteiro e subcontratados) etc.

A bem da verdade, o gênero “contratos de construção” abrange diversas espécies de contratos – a exemplo do contrato de empreitada, de prestação de serviço de engenharia e arquitetura, do *engineering, procurement and construction*, do contrato de aliança, entre outros –, que abarcam obras de várias dimensões e com diferentes partes, alocação de riscos e estruturas de remuneração/modalidades de preço (como preço global, por unidade ou tempo-material).⁶

⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 13.

⁶ Para um apanhado geral sobre a tipologia contratual, cf. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, pp. 105-176.

No que diz respeito especificamente aos riscos decorrentes dos contratos de construção, há diversos tipos que podem ser disciplinados pelas partes quando das negociações, tais como os riscos de cunho técnico (relativos à engenharia, à logística ou à tecnologia necessárias para o andamento do projeto), mercadológico (referentes à previsão da demanda ou do crescimento econômico), financeiro (relacionados a dúvidas quanto ao preço e ao acesso a insumos e matérias-primas), e operacional (relativos ao aumento dos custos de operação, como ocorre na hipótese de não funcionamento de equipamentos).⁷

Daí se torna relevante estudar, com maior profundidade, o que se convencionou denominar de “atrasos concorrentes e simultâneos”,⁸ que, embora sejam verificados com frequência na execução dos contratos de construção, raramente são regulados pelos contratantes nos seus instrumentos contratuais. Trata-se de atrasos caracterizados por decorrerem de duas ou mais causas que são de responsabilidade de contratantes distintos e que resultam em um período de atraso similar, isto é, impactam o caminho crítico da obra da mesma maneira e, assim, atrasam a entrega do projeto final.⁹

Antes de aprofundar o conceito de “atrasos concorrentes e simultâneos”, assim como as controvérsias que lhes são subjacentes, tome-se como exemplo, apenas a título ilustrativo, o contrato de construção de uma obra de infraestrutura em que, de um lado, o empreiteiro atrasou o início da obra em uma semana, porque não tinha o equipamento necessário para encetar os trabalhos no dia em que estava contratualmente obrigado a dar início às obras; mas, de outro lado, o dono da obra também iniciou o processo para obtenção de uma licença necessária com uma semana de atraso em relação ao

cronograma ajustado, que previa que ambas as obrigações deveriam ser cumpridas concomitantemente.

Ainda que o empreiteiro tivesse obtido o tal equipamento na data ajustada (isto é, sem o atraso de uma semana), de qualquer forma a obra já não seria entregue no prazo acordado em razão do atraso para obtenção da licença que abarcou o mesmo período temporal (são, portanto, causas cumulativas que provocam o mesmo atraso final). Esse exemplo mostra que os dois atrasos – um causado pelo empreiteiro e outro pelo dono da obra – impactaram a entrega final da obra da mesma maneira (em uma semana), configurando-se o fenômeno dos “atrasos concorrentes e simultâneos”, mas, como sói acontecer na responsabilidade civil, as circunstâncias do caso concreto podem interferir muito nessa discussão.¹⁰

¹⁰ No exemplo formulado, a licença não era pressuposto necessário para o início da obra, mas teria que ser obtida concomitantemente. Dependendo do caso, se se tratasse de uma licença necessária para o início da obra, o empreiteiro poderia invocar, em sua defesa, que se tratava de uma obrigação a ser cumprida antes, sem a qual ele sequer poderia executar a sua. De qualquer forma, como não seriam prestações correspectivas, não haveria que se falar em exceção do contrato não cumprido. O ponto nodal aqui continuaria sendo o problema da causalidade. Não se descarta também que, diante do caso concreto, uma das partes busque afastar sua responsabilidade pelo atraso a ela imputado alegando a relevância negativa da causa virtual. “Causa virtual” é aquela causa que, embora tenha potencial para provocar o mesmo dano, não chegou a provocá-lo, porque a causa real operou antes. Ou seja, quando um fato provoca determinado dano, o qual teria sido causado por outro fato se o primeiro não tivesse ocorrido antes, diz-se que o 1º fato é a causa operante ou real do dano, ao passo que o 2º, apenas a sua causa hipotética ou virtual. A causa virtual aconteceu e teria potencial para produzir o dano, mas não o causou, porque este foi provocado antes pela causa real. Nessa discussão, a pergunta que se põe é: o autor da causa real pode invocar a causa virtual para se eximir do dever de indenizar, já que, se a causa real não tivesse operado antes, o dano teria ocorrido de qualquer forma em razão da causa virtual? Ou, em outras palavras, a causa virtual tem relevância negativa ao ponto de eximir o autor da causa real do dever de indenizar? Embora o assunto seja muito interessante, como (i) a relevância negativa da causa virtual é uma questão que normalmente se põe quando se está diante da causalidade sucessiva (e não concomitante, como é o caso dos “atrasos concorrentes e simultâneos”) e (ii) nos exemplos de “atrasos concorrentes e simultâneos” há sempre duas causas reais concorrendo, de forma cumulativa, para a produção do dano, e não uma

⁷ CARMO, Lic Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. pp. 198-200.

⁸ Em prol da fluidez deste artigo, a expressão “atrasos concorrentes e simultâneos” será referida daqui em diante ora assim, ora apenas como “atrasos concorrentes”.

⁹ GROSE, Michael. *Construction law in the UAE and Gulf*. Wiley Blackwell, 2016, p. 131.

Diante disso, este artigo pretende responder as seguintes perguntas: o que caracteriza os “atrasos concorrentes e simultâneos”? Como o julgador deve realizar a análise que busca distinguir os “atrasos concorrentes e simultâneos” de outras modalidades de atrasos? Uma vez verificada a ocorrência dos atrasos concorrentes, quem deve responder pelo atraso da entrega da obra final? Como aferir a responsabilidade de cada uma das partes nessa situação?

Para responder tais questões, o texto terá como ponto de partida a análise do conceito dos “atrasos concorrentes e simultâneos” e o entendimento da doutrina e da jurisprudência internacional – sobretudo dos precedentes do Reino Unido – que tratam da sua configuração, tendo em vista que o tema ainda é pouco tratado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. Após, pretende-se esclarecer que é o nexa causal que deve servir como medida de indenização, e não a culpa. Por fim, o artigo se propõe a analisar protocolos desenvolvidos por instituições internacionais que podem servir como diretrizes para partes, magistrados e árbitros ao enfrentarem esse tipo de situação, tanto mais porque os contratos de construção costumam ser omissos quanto à alocação desses riscos, envolvendo “atrasos concorrentes e simultâneos”, e às consequências daí decorrentes.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DOS “ATRASOS CONCORRENTES E SIMULTÂNEOS”

Como já mencionado, questão complexa que pode verificar-se durante a execução de contratos de construção de grandes obras e que gera diversas dúvidas é a dos “atrasos concorrentes e simultâneos”,

causa real e outra virtual, este artigo não se propõe a aprofundar o problema da relevância negativa da causa virtual. Para um estudo mais específico sobre esse tema, conferir: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 207-265.

demandando soluções distintas a depender da situação concreta. É possível que nas disputas de construção ambas as partes (empreiteiro e dono da obra) atrasem simultaneamente o cumprimento de alguma das obrigações contratuais que assumiram, a impactar, da mesma forma, o caminho crítico da obra, postergando, consequentemente, a sua entrega final.

Torna-se relevante, então, distinguir os atrasos que afetam a duração do projeto contratado e estão no seu caminho crítico dos atrasos que afetam a duração do projeto, mas não estão no caminho crítico da obra. Nem todos os atrasos podem ser qualificados como concorrentes, produzindo, ao final, danos recíprocos que ensejam indenizações, por assim dizer, “compensáveis”.

Com efeito, os “atrasos concorrentes e simultâneos” dizem respeito a dois ou mais atrasos que são de responsabilidade contratual de partes diferentes e que não estão relacionados entre si. Esses atrasos são independentes, na medida em que um não provoca o outro, tampouco favorece a sua eficácia causal, já que cada um deles seria capaz de impactar o caminho crítico da obra ainda que o outro não tivesse ocorrido. Ou seja, são eventos independentes, mas que causam o mesmo tempo de atraso no caminho crítico da obra durante o mesmo período.

Nesse sentido, não há que se falar em atrasos concorrentes quando (i) um dos atrasos impacta o caminho crítico da obra e o outro não; ou (ii) os atrasos não forem verdadeiramente independentes, o que ocorre, por exemplo, nas situações em que o segundo atraso ocorre somente em razão da verificação do primeiro atraso, ou quando o primeiro atraso faz com que outros serviços sejam retardados porque eles não podem ser prestados até que o primeiro atraso seja solucionado.¹¹ Da mesma forma, (iii) também não parece

¹¹ Concurrent Delay: Clearing Up the Confusion Over “Apportionment” in Construction Litigation. *Jones Day*, may 2016. Disponível em <https://www.jonesday.com/en/insights/2016/05/concurrent-delay-clearing-up-the-confusion-over-apportionment-in-construction-litigation>, acesso em 25.04.2024.

fazer sentido falar em “atrasos concorrentes e simultâneos” se uma das obrigações deveria ser cumprida antes da outra, sendo a primeira pressuposto para o cumprimento da segunda, como espécie de etapa prévia.

A título de exemplo, na experiência internacional, o Circuito Federal da Corte de Apelação dos Estados Unidos considerou que o atraso do dono da obra quanto à sua obrigação de ajustar a redação de uma lista genérica de equipamentos de teste e o atraso do empreiteiro quanto ao envio da lista de equipamentos de teste e ao fornecimento dos dados de custo das propostas formais de alteração de engenharia eram “atrasos concorrentes e simultâneos”. Nessa linha, ao analisar “como o atraso geral na execução do contrato deve ser distribuído”, a Corte estadunidense reconheceu que o

“empreiteiro geralmente não pode ser ressarcido por atrasos simultâneos pela simples razão de que nenhum nexo causal pode ser demonstrado: um ato do governo que atrasa parte da execução do contrato não atrasa ‘o andamento geral da obra’ quando o ‘processo da obra como um todo’ teria sido adiado independentemente do ato do governo. [...] o empreiteiro não poderia recuperar o atraso do governo em fornecer desenhos porque ‘as evidências mostram que teria havido substancialmente o mesmo atraso na conclusão do trabalho, se o governo tivesse sido rápido’”.¹²

Ainda segundo a referida Corte, o “empreiteiro que pretenda provar a responsabilidade do governo [dono da obra] por um atraso deve estabelecer a extensão do atraso, o dano do empreiteiro resultante do atraso e o nexo causal entre os atos ilícitos do governo e o atraso”.¹³

¹² *Essex Electro Engineers, Inc. v. Danzig*, 224 F.3d 1283 (Fed. Cir. 2000). Tradução livre.

¹³ *Essex Electro Engineers, Inc. v. Danzig*, 224 F.3d 1283 (Fed. Cir. 2000). Tradução livre.

O nexo de causalidade,¹⁴ portanto, assume especial relevância na análise do intérprete, pois, para que seja reconhecida a configuração dos atrasos concorrentes, também é necessário que as condutas dos contratantes tenham a mesma eficácia causal (ou ao menos eficácia causal aproximada) para a produção do atraso na entrega final da obra, sendo as condutas igualmente efetivas para a sua configuração. Cada um dos atrasos deve, independentemente do outro, atrasar o caminho crítico da obra, uma vez que constituem causas cumulativas (e não complementares) para o atraso na entrega final, o que será tratado adiante.

Além disso, cada um dos atrasos deve ser determinante para o atraso na entrega final da obra, de modo que a ocorrência deles deve se dar de maneira concomitante (ou simultânea), provocando impactos de mesma duração na entrega final da obra. Os “atrasos concorrentes”, em rigor, podem ocorrer em qualquer fase da obra, embora seja comum que eles se verifiquem logo no início de sua execução.

Nesse contexto, um atraso imputável à determinada parte é aquele que foi causado por ela ou cujo risco de ocorrência assumiu ao firmar o contrato. Na situação em que o atraso ocorre no caminho crítico da obra e não há outra causa concorrente (conceito que será definido adiante) para o atraso da entrega final do projeto, a parte que deu causa ao evento deve ser responsabilizada. Os “atrasos concorrentes” constituem uma “perturbação na relação de causalidade” e podem causar “danos recíprocos”, o que exige uma avaliação cuidadosa do intérprete sobre qual foi a causa necessária

¹⁴ O nexo de causalidade figura como elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, o que, evidentemente, abarca também a hipótese de responsabilidade civil em razão de atrasos concorrentes. Nesse sentido, o dever de indenizar só nasce quando for possível estabelecer um liame causal, a ligar a conduta do agente (ou a sua atividade) ao dano injustamente sofrido pela vítima. Para uma análise mais aprofundada do nexo de causalidade, v. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

para a efetiva produção do dano na situação concreta, inclusive individualizando-se as concausas e/ou as causas concorrentes.¹⁵

Como se verá adiante, a configuração dos “atrasos concorrentes e simultâneos” exige que o intérprete examine, de maneira isolada, cada uma das causas dos atrasos. No entanto, as controvérsias que envolvem atrasos concorrentes são marcadas por especial dificuldade do julgador em identificar a influência da conduta de cada um dos agentes para a produção do dano, o que é necessário para a correta responsabilização das partes e para a fixação de eventual montante indenizatório devido por cada um dos agentes à luz do princípio da ação integral.¹⁶

3. UMA QUESTÃO DE CAUSALIDADE (E NÃO DE CULPA)

A dita “culpa concorrente”, que em realidade é um problema de participação ou de causa concorrente, configura-se quando duas ou mais condutas, de autoria de partes distintas, concorrem para o resultado de modo determinante, contando com a contribuição da outra parte para provocá-lo.¹⁷ Explicado de outro modo, a “culpa concorrente” se dá quando, “paralelamente à conduta do agente

¹⁵ RODRIGUES, Natália Bastos de Sá. Atraso concorrente em obras de infraestrutura: regime jurídico e aspectos práticos. *Brazilian Journal of Development*, v. 8, n. 5, maio 2022. Curitiba, p. 3.7593.

¹⁶ Sobre o tema, remeta-se à obra do nosso querido homenageado: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷ Na jurisprudência brasileira, a culpa concorrente dos contratantes é frequentemente reconhecida. A título exemplificativo, ao julgar controvérsia a respeito de rescisão de contrato de compra e venda em razão do atraso injustificado na entrega da unidade imobiliária, o saudoso Ministro Paulo de Tarso Sanseverino reconheceu que a construtora teria concorrido para a efetivação da resolução contratual, determinando a devolução integral das parcelas pagas pelos promitentes compradores (com correção monetária e juros de mora a partir da citação) visando a restituição dos contratantes ao *status quo ante* (STJ, 3ª T., AgInt nos EDcl no REsp 1773042/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.12.2021, v.u., DJe 15.12.2021).

causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos”.¹⁸ Embora já consagrada, a expressão “culpa concorrente” pode gerar confusão entre as noções de culpa e de causalidade.

Posta de lado essa questão de nomenclatura, o fato é que uma das máximas do Direito Civil é a noção de que “culpas não se compensam”, tão apregoada por Pontes de Miranda, que explica o seguinte:

“Preliminarmente, é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de compensação de culpas. Culpas não se compensam. O ato do ofendido é concausa (a saber, quando mais de uma causa contribui para a ocorrência do dano) ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que tocara ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido”.¹⁹

Em outras palavras, isso significa que não se deve “medir culpas”, mas, sim, danos, investigando-se as suas relações causais. A culpa não deve servir como medida de indenização, cabendo esta função ao nexo causal. Nesse sentido, é a eficácia causal de cada conduta (e não o grau de culpa do agente) que deve definir as parcelas do prejuízo que serão de responsabilidade de cada um dos agentes, inclusive na hipótese do art. 945 do Código Civil.²⁰

Se a responsabilidade do agente está atrelada ao dano que deu causa, a gravidade de “culpa concorrente” não pode ser tida como um dos critérios para redução da indenização devida pela

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 80.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 281.

²⁰ Permita-se remeter à CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 333.

parte, pois tal montante depende unicamente da eficácia causal das condutas, isto é, o grau de impacto de cada conduta para a produção do evento danoso.²¹ E é exatamente pela impossibilidade de compensação de culpa que, mesmo em sede de responsabilidade civil objetiva, é possível “pré-diminuir (ou, mesmo, pré-excluir) a responsabilidade do ofensor”,²² de modo que “o ofensor responde, ou deixa de responder porque só até aquele ponto foi responsável, ou não foi responsável”.²³

A análise do nexo causal não é tarefa fácil, porque, à semelhança do que ocorre no Direito Penal com a figura da coautoria, também no Direito Civil é possível observar que várias circunstâncias podem interferir, de diferentes formas, na produção do resultado danoso. Dentro da rubrica genérica da concorrência ou concurso de causas, impõe-se desde logo distinguir o conceito de causas complementares e o de causas cumulativas.²⁴ Verifica-se a ocorrência de causas

²¹ “Com efeito, não há concorrência de culpas (tal como está, equivocadamente, no art. 945) porque se a vítima concorreu culposamente para a produção do dano ou se o aumentou não há ‘duas responsabilidades’, o que ocorre é que ‘a relação de causação entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado menos aquele que se liga ao ato do ofendido’. Isso significa que não se “medem culpas”, mas danos, buscando-se pelas relações causais, o que explica a razão pela qual (pode haver) concorrência causal mesmo nos casos de responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), de modo a pré-diminuir (ou, mesmo, a pré-excluir) a responsabilidade do ofensor. Desse modo, ‘o ofensor responde, ou deixa de responder porque só até aquele ponto foi responsável, ou não foi responsável’, pois, ‘no mundo jurídico, já acontecera a diminuição ou exclusão, de modo que não se há de pensar em qualquer operação de subtração’” (MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008, p. 508).

²² MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008, p. 508.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008, p. 508.

²⁴ Para uma explicação mais geral sobre o fenômeno da concorrência de causas, cf. GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 117-155.

complementares quando duas ou mais causas concorrem para a produção de um resultado que não teria sido alcançado de forma isolada por nenhuma delas. As causas complementares são também conhecidas como concausas, causalidade conjunta ou comum. Há, portanto, concausas quando o resultado lesivo é decorrência de fatos diversos que, isoladamente, não teriam eficácia suficiente para causar o dano. Já nas hipóteses de causas cumulativas (também denominadas concorrentes), ao contrário, cada uma das causas teria, de forma isolada, determinado a produção do resultado.

Tanto as causas complementares (concausas) como as causas concorrentes (causalidade cumulativa) podem ocorrer de forma simultânea (causas simultâneas) ou sucessiva (causas sucessivas). Há também a possibilidade de que as diferentes causas sejam imputadas a agentes diversos, que uma das causas não possa ser atribuída a qualquer pessoa ou que tenha havido um concurso de pessoas para a ocorrência de uma ou mais causas. Em regra, quando vários agentes causam o mesmo dano, de forma coordenada e simultânea, a ofensa é única, justificando-se a incidência da regra da solidariedade,²⁵ com base no art. 942 do Código Civil.²⁶

Tome-se como exemplo a situação em que, no âmbito de um contrato de prestação de serviços de engenharia e arquitetura, o empreiteiro subcontratou, com autorização do dono da obra, um arquiteto para realizar alguns serviços que deveriam executar em conjunto, permanecendo responsável pelo serviço prestado pelo subcontratado. Considerando que o dano causado ao dono da obra decorreu de causas concomitantes atribuíveis ao arquiteto subcontratado e ao empreiteiro, o dono da obra pode mover demanda indenizatória em face de um deles ou dos dois, já que ambos respondem solidariamente neste caso (inclusive por força da

²⁵ Diz-se “em regra” porque pode acontecer de dois fatos serem simultâneos, mas só a eficácia causal de um deles ter realmente produzido o dano.

²⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 204-205.

cláusula contratual). Caso a demanda seja movida apenas em face de um deles e venha a ser julgada procedente, na fase interna da relação de solidariedade, o ofensor que tenha realizado o pagamento da indenização fixada poderá exercer seu direito de regresso em face do outro agente responsável. Nesta fase, será estabelecido o quanto a conduta de cada agente contribuiu para a produção do dano e, caso não seja possível aferir isso na situação concreta, ambos serão responsabilizados na mesma proporção.

Já na ocorrência de causas sucessivas, é possível cogitar-se de danos autônomos em que cada uma das causas dá origem a uma parcela independente do dano (ou a outro dano), que, exatamente por ser configurado a partir de condutas de partes autônomas, será imputado a diferentes autores sem a imposição da regra da solidariedade. Neste caso, em que cada agente causa uma parcela individualizada do dano ou mesmo um dano diferente, “impor a solidariedade é agredir a regra da causalidade jurídica”.²⁷ Assim, cada agente deverá responder tão somente pelo dano que causou ou pela parcela do dano que causou.

Mas não é só. As causas sucessivas suscitam, ainda, outro problema que é o de se saber se o fato posterior (segundo fato) interrompe ou não o nexo de causalidade que ligaria a conduta do primeiro fato ao dano, tornando essa discussão ainda mais complicada. A interrupção do nexo causal ocorrerá toda vez em que, devendo impor-se determinado resultado como consequência do desenrolar normal de certos acontecimentos,²⁸ tal resultado não se verifica porque sobrevém outra circunstância anterior ao resultado esperado (causa estranha) que é influente e decisiva para a produção do resultado danoso, interrompendo a cadeia causal.²⁹

²⁷ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 344.

²⁸ Sobre a interrupção do nexo causal, cf. MATOZZI, Ignacio de Cuvillas. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 168-190.

²⁹ A respeito da difícil tarefa do julgador de identificar quem contribuiu para a

Assim, suponha-se outro exemplo em que o empreiteiro tenha transmitido informação equivocada ao arquiteto, contratado pelo próprio dono da obra, o que acarretou o atraso na prestação de seus serviços. Em momento posterior, o arquiteto, por sua vez, errou na composição do material utilizado na construção de tal estrutura, atrasando-se, mais uma vez, o cronograma da obra em alguns dias. Nesta situação, se o contrato não impor a responsabilidade do empreiteiro por eventuais danos causados pelo arquiteto, será necessário investigar a eficácia causal de cada uma das condutas em relação ao atraso da entrega final do projeto, para que cada agente responda pelo dano decorrente de sua própria conduta.

Quando a própria vítima concorre na produção do dano, vale observar o Enunciado 630, aprovado pela VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que buscou exatamente esclarecer que o art. 945 do Código Civil trata da hipótese em que há concausas, a reiterar a máxima mencionada de que “culpas não se compensam” e a destacar que, para os efeitos do referido dispositivo, devem ser considerados os seguintes critérios: “(i) há diminuição do *quantum* da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um”.

produção do dano e o quanto contribuiu, Giovana Benetti sintetiza o seguinte: “é preciso um esforço em estabelecer se (i) há apenas uma causa ou se foram duas se (ii) alguma causa posterior ensejou ou não a interrupção do processo causal. Sem enfrentar esses problemas, não há como resolver o caso concreto, pois a regra em matéria de nexo causal é: o agente responde por todo o dano que causou, mas apenas pelo dano que causou (art. 944 do Código Civil)” (BENETTI, Giovana. *Disputas arbitrais e os contratos de construção: notas sobre o fenômeno da concorrência de causas (ou concausalidade)*. In: BARALDI, Eliana; ABDO, Helena; MARCATO, Ana; e MASTROBUONO, Cristina (coords.). RAMOS, Caio Henrique de Campos (org.). *InfraWomen Brazil: resolução de disputas em infraestrutura*. Rio de Janeiro: Synergia, 2023, p. 420).

Ou seja, a conduta comissiva ou omissiva da vítima pode ser considerada concausa do dano, na situação em que o próprio lesado concorre para a sua produção;³⁰ pode interromper a cadeia causal, afastando a responsabilidade civil do suposto agente ofensor; ou até mesmo aumentar o dano.³¹ São muitos os cenários possíveis.

1º Cenário: atraso provocado exclusivamente pelo dono da obra

De modo geral, um atraso ocorrido no caminho crítico da obra e que tenha sido provocado exclusivamente pelo dono da obra, sem que tenha havido qualquer outra causa concorrente, provavelmente terá como consequência a extensão dos prazos contratuais e o ressarcimento dos danos eventualmente sofridos pelo empreiteiro (por exemplo, acréscimos de despesas com mão de obra). Eventuais danos sofridos pelo dono da obra não devem ser ressarcidos, porque decorrem de fato exclusivo da vítima.

2º Cenário: atraso provocado exclusivamente pelo empreiteiro

³⁰ Giovana Benetti afirma que, “[n]essas situações, deve-se apurar qual foi a contribuição do ofendido e qual foi a contribuição do agente, definindo-se o percentual do agir causal de cada um. Não cabe, portanto, invocar a ‘concorrência de culpas’ como argumento para afastar o nexo causal. Do mesmo modo, o exame da negligência (‘do grau de culpa’) dos envolvidos importa apenas no momento da definição do *quantum* indenizatório, pois, como está no art. 945 do Código Civil, a indenização deve ser fixada ‘tendo-se em conta a gravidade de sua culpa [i.e., da vítima] em confronto com a do autor do dano’” (BENETTI, Giovana. Disputas arbitrais e os contratos de construção: notas sobre o fenômeno da concorrência de causas (ou concausalidade). In: BARALDI, Eliana; ABDO, Helena; MARCATO, Ana; e MASTROBUONO, Cristina (coords.). RAMOS, Caio Henrique de Campos (org.). *InfraWomen Brazil: resolução de disputas em infraestrutura*. Rio de Janeiro: Synergia, 2023, p. 419).

³¹ Como ensina Pontes de Miranda, “[s]e o ofendido concorreu para o dano, ou se o aumentou, a relação de causação entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado menos aquele que se liga ao ato do ofendido” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 283).

Por outro lado, um atraso ocorrido no caminho crítico da obra em razão exclusivamente da conduta do empreiteiro, sem que tenha havido qualquer outra causa concorrente, provavelmente acarretará duas consequências: (i) o empreiteiro não será agraciado com a repactuação do prazo, (ii) nem receberá qualquer adicional de preço. Nesse segundo cenário, o empreiteiro é que responderá pelas consequências do atraso da obra, devendo suportar os eventuais danos sofridos pelo dono da obra, que podem, inclusive, já estar pré-fixados em cláusula penal ou circunscritos por cláusula limitativa do dever de indenizar.

3º Cenário: atraso provocado exclusivamente por caso fortuito ou de força maior

Pode acontecer, ainda, de o atraso ter ocorrido no caminho crítico da obra, mas não ser imputável a qualquer das partes, sendo antes provocado por um caso fortuito ou de força maior. Nesse terceiro cenário, será preciso, primeiramente, verificar se o próprio programa contratual já resolve a questão, alocando o risco do fortuito para uma das partes,³² nos termos do *caput* do art. 393 do Código Civil.³³

Na ausência de cláusula de alocação do risco concretizado, cada uma das partes suportará os seus próprios prejuízos, o que significa dizer que o empreiteiro não responderá pelos prejuízos sofridos pelo dono da obra em razão do atraso decorrente do fortuito, uma vez que não restará configurado o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano (decorrente do atraso provocado). No entanto, o empreiteiro

³² A respeito da possibilidade de contratualização do fortuito, v. KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. *A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior*. In: TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2021, v. 2, pp. 41-59.

³³ “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

terá de suportar as eventuais despesas adicionais incorridas para contornar os efeitos do fortuito.

4º Cenário: atrasos concorrentes e simultâneos (com sobreposição de período total ou parcial), provocados pelo dono da obra e pelo empreiteiro

A esses três cenários, acresce-se agora o quarto, que constitui o escopo deste artigo: qual é a consequência jurídica dos “atrasos concorrentes e simultâneos”? Em outras palavras: o que acontece quando duas causas concorrentes (cumulativas) atuam de forma simultânea e com a mesma eficácia, preenchendo os requisitos elencados anteriormente, para provocar o atraso do caminho crítico de uma obra, sendo cada uma delas imputável a uma das partes contratantes?

Na prática, é comum que a parte demandada do processo – quem quer que seja, empreiteiro ou dono da obra, dependendo de quem tiver tomado a iniciativa de propor o processo ou instaurar a arbitragem – alegue que a concorrência da outra parte para o atraso é suficiente para neutralizar os efeitos de seu próprio atraso. Assim, a sua obrigação de indenizar deveria ser afastada em razão da ocorrência do segundo fato (imputável à parte demandante). É possível também que as partes que deram causa aos atrasos concorrentes defendam a repactuação do termo final previsto no contrato. Seja como for, não parece razoável sustentar que só uma delas fará jus à reparação, se ambas sofreram danos (recíprocos) em razão do atraso causado de forma concorrente, tampouco que haja simplesmente a repactuação do preço do contrato, uma vez que ambas deram causa ao atraso final para entrega do projeto.

Na experiência internacional, a solução costuma ser ancorada em quatro pilares, quais sejam: (i) nenhuma das partes auferir benefícios financeiros do atraso; (ii) a única solução permitida para os atrasos concorrentes é a extensão de prazo final para entrega do projeto contratado; (iii) o direito de obter indenização de uma

das partes é “neutralizado” pelo direito da outra, com uma espécie de “compensação de indenizações”; e (iv) o atraso é tratado como “escusável” e “não controlável” por qualquer parte.³⁴

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por exemplo, possui entendimento no sentido de que se deve analisar o grau de inadimplência e de causalidade de cada uma das partes nos casos em que o empreiteiro e o dono da obra são responsáveis pelo atraso na entrega do projeto final, a fim de responsabilizá-las pelos danos provocados na proporção dos atrasos que causaram.³⁵

Já a Corte Superior de Manchester, no Reino Unido, julgou um caso, em 2022, cuja controvérsia girava em torno de duas causas concorrentes de atraso no projeto – uma de responsabilidade do empreiteiro relacionada às coberturas do telhado e outra de responsabilidade do dono da obra referente a problemas com a estrutura de aço. Ambos os eventos foram considerados críticos para a conclusão da obra e reconhecidos como simultâneos.³⁶

Embora o atraso da estrutura de aço tenha ocorrido antes e continuado após o atraso da cobertura do telhado, a Corte inglesa considerou que ambas as causas estavam no caminho crítico da obra e constituíam atrasos concorrentes, bem como entendeu que o empreiteiro tinha direito a uma extensão do prazo para entrega do projeto pelo período de 119 dias (correspondente ao atraso na siderurgia imputado ao dono da obra). No entanto, a Corte afastou o direito do empreiteiro de ser reembolsado por qualquer custo decorrente da prorrogação do prazo contratual, exceto por aqueles relativos ao período de atraso da estrutura de aço que não coincidiu

³⁴ ABU-MANNEH, Raid; HELM, Ulrich; STONE, Jonathan; RICHTER, Marcelo, “Concurrent analysis of concurrent delay: the approach in England, the UAE, Germany and Brazil”. *The International Construction Law Review*, 2020, pp. 106-129; Hamish Lal, Brendan Casey and Josephine Kaiding, “Comparative Approaches to Concurrent Delay”.

³⁵ File No. VII ZR 185/91, 14th January 1993.

³⁶ *Thomas Barnes & Sons PLC (in administration) -v- Blackburn Com Darwen Borough Council* [2022] EWHC 2598 (TCC).

com o atraso da cobertura do telhado (correspondente a apenas 27 dias).

No Direito brasileiro, a questão muitas vezes é mal colocada. O problema dos “atrasos concorrentes e simultâneos” nada tem a ver com culpas que não se compensam, nem, propriamente, com exceção do contrato não cumprido – que pressupõe que uma das prestações deva ser cumprida antes da outra –, sendo, em verdade, um problema puramente de causalidade, como já exposto.

A solução dos casos submetidos à jurisdição brasileira, portanto, não deveria ser muito diferente da experiência internacional, devendo o prejuízo, em regra, ser repartido entre os dois agentes que causaram o dano, contanto que a questão envolva, de fato, “atrasos concorrentes e simultâneos”, nos termos aqui tratados. Por esse motivo, passa-se a expor abaixo alguns protocolos que foram desenvolvidos na prática internacional e podem ser utilizados pelos julgadores como diretrizes e parâmetros para solucionar controvérsias submetidas à jurisdição brasileira, auxiliando-os nas demandas em que se discuta a aferição de responsabilidade das partes por “atrasos concorrentes e simultâneos”.

4. PROTOCOLOS E DIRETRIZES INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE ATRASOS CONCORRENTES

Os “atrasos concorrentes e simultâneos” são tão frequentes em projetos de infraestrutura que algumas entidades internacionais de engenharia desenvolveram protocolos com recomendações práticas sobre como calcular os seus efeitos em cronogramas de obra.

Apesar de corresponderem a normas de *soft law*, por não terem caráter de norma cogente, e não aqui não se incentiva a importação acrítica dessas diretrizes para os litígios judiciais e arbitrais em curso no Brasil – afinal, trata-se de recomendações desenvolvidas por engenheiros, predominantemente anglo-saxões à luz do funcionamento do sistema *common law* –, é recomendável que

tais normas sejam consideradas por magistrados, árbitros, partes e instituições arbitrais como diretrizes a serem observadas quando se está diante de uma discussão que envolve a responsabilização das partes por “atrasos concorrentes e simultâneos”.

Exemplo disso é a Prática Recomendada (RP) da ACCE N.º 10S-90 - Terminologia de Custo de Engenharia, elaborada pela AACE (Associação para o Desenvolvimento da Engenharia de Custos), organização internacional de importante representatividade junto à comunidade de Engenharia de Custos,³⁷ que estabelece hipóteses que configuram os chamados “atrasos concorrentes”, quais sejam: (i) dois ou mais atrasos que ocorrem ou se sobrepõem durante o mesmo período, sendo que a verificação de qualquer um deles teria impactado a data de conclusão final da obra; (ii) quando existem duas ou mais causas de atraso independentes durante um mesmo período de tempo, embora nem sempre os atrasos ocorram durante o mesmo exato período de tempo; (iii) dois ou mais eventos de atraso que, apesar de surgirem em momentos distintos, produzem efeitos ao mesmo tempo, sendo um deles atribuído ao empreiteiro e o outro ao dono da obra (o que também pode ser chamado de “efeito concorrente” de eventos de atraso sequencial); e (iv) quando o dono da obra e o empreiteiro atrasam o projeto ou quando uma das partes atrasa o projeto durante um atraso escusável (por exemplo, o que ocorre, em regra, diante de fatos fortuitos ou de força maior), de modo que os atrasos não precisam, necessariamente, ocorrer de forma simultânea.³⁸

O próprio Protocolo ACCE ressalta a importância de as partes definirem no contrato o que são os “atrasos concorrentes”, a evitar controvérsias futuras sobre a sua configuração ou não.³⁹ De certo

³⁷ Este protocolo será, daqui em diante, denominado como “Protocolo AACE”.

³⁸ Item 4.2(B) do Protocolo AACE. Disponível em <http://brasil-aacei.org/wp-content/uploads/2018/08/29R-03-Analise-Investigativa-de-Cronograma-1.pdf>, acesso em 25.04.2024.

³⁹ Item 4.2(B) do Protocolo AACE. Disponível em <http://brasil-aacei.org/wp-content/uploads/2018/08/29R-03-Analise-Investigativa-de-Cronograma-1.pdf>, acesso em 25.04.2024.

modo, o Protocolo AACE, então, estimula que as partes, com fundamento na autonomia privada, utilizem o contrato como um instrumento de gestão positiva de riscos voltado a disciplinar os efeitos da verificação dos “atrasos concorrentes”.

O referido protocolo também estabelece requisitos que devem ser verificados para avaliação da concorrência dos atrasos, a saber: (i) dois ou mais atrasos que não se relacionam entre si e são independentes atrasam o cronograma do projeto, o que teria ocorrido mesmo se o outro atraso não restasse configurado (por exemplo, quando o dono da obra não aprova a compra de determinado equipamento no prazo previsto no contrato e o empreiteiro deixa de avançar com a montagem de aço que sustentaria a instalação de tal equipamento); (ii) dois ou mais atrasos que são de responsabilidade de partes distintas (ou quando um dos atrasos corresponde a um fato fortuito ou de força maior); (iii) o atraso deve ser involuntário; e (iv) o atraso deve ser substancial (e não facilmente solucionado).⁴⁰

Além das exigências acima, há ainda dois “requerimentos funcionais” para a caracterização dos atrasos concorrentes: (i) os eventos devem ocorrer durante o mesmo período de tempo analisado ou impactá-lo na mesma medida; e (ii) cada um dos atrasos deve atrasar o caminho crítico da obra independentemente da ocorrência do outro.

Configurados os atrasos concorrentes, o Protocolo AACE prevê que nenhuma das partes deve se beneficiar financeiramente deles, o que está alinhado ao princípio do Direito brasileiro de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Propõe-se, então, uma espécie de “compensação de danos” (e não de culpas), ou melhor, de indenizações devidas de parte a parte, pois seus atrasos, nessa

⁴⁰ Item 4.2(C) do Protocolo AACE. Disponível em <http://brasil-aacei.org/wp-content/uploads/2018/08/29R-03-Analise-Investigativa-de-Cronograma-1.pdf>, acesso em 25.04.2024.

hipótese, são considerados escusáveis, sendo possível também que as partes convençam uma extensão do prazo estabelecido no contrato, a postergar o seu termo final.⁴¹

O Protocolo AACE recomenda que a análise dos atrasos concorrentes seja feita em duas etapas. A primeira etapa busca investigar qual das partes deu causa ao atraso ou se ele ocorreu por conta de fato fortuito ou de força maior, realizando-se uma avaliação individual das causas em vista da alocação de riscos definida no contrato. A segunda etapa, por sua vez, visa a apurar se as causas que acarretaram o atraso são concorrentes, bem como determinar se o evento é escusável e se é compensável ou não-compensável.⁴²

Vale ressaltar que há duas teorias distintas relacionadas ao tempo exato dos dois ou mais atrasos: a teoria literal e a teoria funcional. Enquanto a teoria literal dispõe que os atrasos concorrentes precisam ocorrer no caminho crítico da obra e de maneira simultânea, a teoria funcional entende que basta que os atrasos estejam dentro do mesmo período de análise (ou seja, que haja certa sobreposição temporal).⁴³ Assim, a aplicação da teoria funcional resulta em um maior número de situações que correspondem a “atrasos concorrentes” do que a aplicação da teoria literal, uma vez que esta adota o entendimento

⁴¹ Item 4.2(E) do Protocolo AACE. Disponível em <http://brasil-aacei.org/wp-content/uploads/2018/08/29R-03-Analise-Investigativa-de-Cronograma-1.pdf>, acesso em 25.04.2024.

⁴² De acordo com o Protocolo AACE, (i) atraso escusável e compensável é “a soma dos atrasos individuais que: 1) eram da responsabilidade do contratante, e 2) atrasaram a data de conclusão do projeto, e 3) não foram concorrentes aos atrasos que eram da responsabilidade do contratado ou eventos de força maior”; e (ii) atraso escusável e não compensável é “a soma dos atrasos individuais causados pela contratante ou atrasos relevantes causados por terceiros que: 1) foram eventos de força maior ou estavam concorrentes com atrasos de responsabilidade da contratada ou eventos de força maior, e 2) atrasaram a data de conclusão do projeto, e 3) não eram da responsabilidade da contratada”.

⁴³ Item 4.2(C) do Protocolo AACE. Disponível em <http://brasil-aacei.org/wp-content/uploads/2018/08/29R-03-Analise-Investigativa-de-Cronograma-1.pdf>, acesso em 25.04.2024.

de que os “atrasos concorrentes e simultâneos” devem começar e terminar exatamente ao mesmo tempo.⁴⁴

Nessa linha, cabe também destacar o protocolo elaborado pela *Society of Construction Law* que determina prorrogações de prazo e indenização por atrasos e perturbação do cronograma da obra, além de fornecer orientações a todas as partes do contrato de construção para enfrentarem questões relativas a atrasos e paralisação das obras. O referido protocolo reconhece que a transparência da informação e da metodologia é fundamental tanto para a prevenção como para a resolução de litígios.⁴⁵

Isso, porque o protocolo da *Society of Construction Law* adota a teoria funcional ao abranger na definição de “atrasos concorrentes” o período de prorrogação do projeto causado por dois ou mais atrasos (tanto do dono da obra quanto do empreiteiro) que têm eficácia causal similar, mas que ocorrem em momentos diferentes da execução do contrato. Dessa forma, o referido protocolo reconhece que o importante é que os eventos resultem em períodos de atraso que se sobrepõem e impactam o caminho crítico da obra do mesmo modo, sem que tais atrasos tenham necessariamente ocorrido ao mesmo tempo.⁴⁶

⁴⁴ Embora a teoria literal tenha sido adotada quando do julgamento do caso *The Royal Brompton Hospital NHS Trust v Hammond* (2001) 76 Con. L.R. 148, ela foi posteriormente criticada e superada pela jurisprudência inglesa, que passou a adotar a teoria funcional.

⁴⁵ *Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol*. 2. ed. UK, 2017. Disponível em: https://www.scl.org.uk/sites/default/files/documents/SCL_Delay_Protocol_2nd_Edition_Final.pdf, acesso em 22.04.2024.

⁴⁶ “Meaning of concurrent delay
10.3 True concurrent delay is the occurrence of two or more delay events at the same time, one an Employer Risk Event, the other a Contractor Risk Event, and the effects of which are felt at the same time. True concurrent delay will be a rare occurrence. A time when it can occur is at the commencement date (where for example, the Employer fails to give access to the site, but the Contractor has no resources mobilised to carry out any work), but it can arise at any time.
10.4 In contrast, a more common usage of the term ‘concurrent delay’ concerns the situation where two or more delay events arise at different times, but the effects of them are felt at the same time.”

CONCLUSÃO

A configuração dos “atrasos concorrentes” pressupõe que o atraso na entrega final do projeto tenha sido acarretado por duas ou mais causas, imputáveis ao empreiteiro e ao dono da obra, que impactem o caminho crítico da obra. Nesse sentido, embora os atrasos possam ocorrer em momentos distintos, é imprescindível que (i) haja, pelo menos, alguma sobreposição temporal; e (ii) as condutas dos contratantes sejam independente e tenham eficácia causal idêntica ou similar na provocação do atraso na entrega final da obra. Afinal, como já exposto, não se trata de compensar as culpas dos contratantes, mas de avaliar o impacto de cada conduta para a produção do evento danoso, ou seja, o impacto no caminho crítico da obra e o consequente atraso na entrega final do projeto.

A gestão positiva de riscos sobre a configuração e as repercussões dos atrasos concorrentes surge como uma forma de alocação dos riscos (técnicos, mercadológicos, financeiros e operacionais) decorrentes do contrato de construção e de prevenção de litígios. Quando esta gestão é realizada de maneira livre, informada e consciente por partes paritárias, consubstancia exercício legítimo da autonomia privada, e deve ser tutelada e executada pelos contratantes, pelos juízes e pelos árbitros.

Como recomendado pelos protocolos mencionados neste artigo, a alocação de riscos contratual é uma forma de evitar controvérsias a respeito da responsabilização das partes por atrasos concorrentes, na medida em que as partes podem estabelecer, no próprio contrato,

10.5 In both cases, concurrent delay does not become an issue unless each of an Employer Risk Event and a Contractor Risk Event lead or will lead to Delay to Completion. Hence, for concurrent delay to exist, each of the Employer Risk Event and the Contractor Risk Event must be an effective cause of Delay to Completion (not merely incidental to the Delay to Completion)” (*Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol*. 2. ed. UK, 2017. Disponível em: https://www.scl.org.uk/sites/default/files/documents/SCL_Delay_Protocol_2nd_Edition_Final.pdf, acesso em 22.04.2024).

que determinado risco e/ou atraso será atribuído a alguma (ou a nenhuma) das partes contratantes. A bem da verdade, os contratantes podem, por exemplo, estabelecer expressamente no contrato quais os atrasos que impactam o caminho crítico da obra e quais os atrasos que não o afetam, a quem será imputável a responsabilidade pelos danos decorrentes daquelas situações (ao empreiteiro ou ao dono da obra) e quais os eventos que vão ser considerados como fatos fortuitos e de força maior, afastando-se a responsabilidade das partes por tais atrasos.

Para além da contratualização das situações que representariam atrasos concorrentes, as partes também podem especificar quais os custos devem respectivamente ser arcados na hipótese de configuração dos atrasos concorrentes recuperáveis ou estabelecer uma divisão percentual pelos custos decorrentes do atraso entre o empreiteiro e o dono da obra.

Essa forma de gestão positiva de riscos se torna ainda mais relevante diante dos incipientes estudos da doutrina brasileira sobre os “atrasos concorrentes” e as suas repercussões à luz da responsabilidade civil. Da mesma forma, é frequente que a jurisprudência brasileira, mesmo diante de “atrasos concorrentes e simultâneos” no caso concreto, não caracteriza o fenômeno como tal. Tudo isso gera insegurança jurídica aos *players* do mercado, em especial aos empreiteiros e donos de obra que firmam contratos de construção com frequência.

Daí porque se recomenda que as partes, os juízes e os árbitros utilizem os protocolos elaborados por entidades internacionais como diretrizes que devem ser observadas nas situações concretas em que eventualmente se discuta a configuração (ou não) dos “atrasos concorrentes”, a quem deve ser atribuída a responsabilidade por cada um dos atrasos e a quantificação dos custos deles decorrentes. Tais diretrizes não levam a resultados muito diferentes daqueles que se obteria com a aplicação do art. 945 do Código Civil, considerando o estado da arte das discussões que giram em torno desse dispositivo.

De todo modo, se os contratantes não tiverem alocado tais riscos quando da negociação do contrato de construção ou se determinada situação que surgir ao longo da execução do contrato não tiver sido abarcada pela gestão positiva realizada pelas partes, cabe ao intérprete avaliar, na situação concreta, quem deu causa a cada um dos atrasos e de que modo cada conduta impactou o caminho crítico da obra, a ocasionar o atraso da entrega final do projeto contratado.

É imprescindível que a análise do julgador seja pautada pela verificação do elemento do nexo de causalidade entre a conduta (omissiva ou comissiva) do dono da obra ou do empreiteiro e o atraso ocasionado no caminho crítico da obra, e não por subjetivismos atrelados à noção de culpa. Até porque, como já mencionado, “culpas não se compensam”, sendo o nexo causal o elemento que deve servir como parâmetro para medida de indenização.

BIBLIOGRAFIA

ABU-MANNEH, Raid; HELM, Ulrich; STONE, Jonathan; RICHTER, Marcelo, “Concurrent analysis of concurrent delay: the approach in England, the UAE, Germany and Brazil”. *The International Construction Law Review*, 2020, pp. 106-129; Hamish Lal, Brendan Casey and Josephine Kaidding, “Comparative Approaches to Concurrent Delay”.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Editora, 2011, pp. 13-42.

BENETTI, Giovana. Disputas arbitrais e os contratos de construção: notas sobre o fenômeno da concorrência de causas (ou concausalidade). In: BARALDI, Eliana; ABDO, Helena; MARCATO, Ana; e MASTROBUONO, Cristina (coords.). RAMOS, Caio Henrique de Campos (org.). *InfraWomen Brazil*:

resolução de disputas em infraestrutura. Rio de Janeiro: Synergia, 2023, pp. 401-420.

CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

Concurrent Delay: Clearing Up the Confusion Over "Apportionment" in Construction Litigation. *Jones Day*, may 2016. Disponível em <https://www.jonesday.com/en/insights/2016/05/concurrent-delay-clearing-up-the-confusion-over-apportionment-in-construction-litigation>, acesso em 25.04.2024.

GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2000.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GROSE, Michael. *Construction law in the UAE and Gulf*. Wiley Blackwell, 2016.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. "Atrasos concorrentes e simultâneos em construção: um problema puramente de causalidade". *AGIRE | Direito Privado em Ação*, n.º 38. Disponível em <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/38-atrasos-concorrentes-em-construcao?utm_source=%2Fsearch%2Fatrasos%2520concorrentes&utm_medium=reader2>. Acesso em 24.04.2024.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior In: TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2021, v. 2, pp. 41-59.

MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008.

MATOZZI, Ignacio de Cuvillas. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Natália Bastos de Sá. Atraso concorrente em obras de infraestrutura: regime jurídico e aspectos práticos. *Brazilian Journal of Development*, v. 8, n. 5, maio 2022, Curitiba, pp. 3.7578-3.7595.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.