

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ELCIO FAGUNDES MARQUES GOZZI

**CONTRATO DE EPC (*ENGINEERING, PROCUREMENT E
CONSTRUCTION*) E O PADRÃO FIDIC.**

SÃO PAULO

2016

ELCIO FAGUNDES MARQUES GOZZI

**CONTRATO DE EPC (*ENGINEERING, PROCUREMENT E
CONSTRUCTION*) E O PADRÃO FIDIC.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo do Conhecimento: Direito dos Negócios

Orientador: Prof. Dr. Wanderley Fernandes

SÃO PAULO

2016

Gozzi, Elcio Fagundes Marques.

Contrato de EPC (Engeneering, Procurement e Construction) e o padrão FIDIC /
Elcio Fagundes Marques Gozzi. - 2016.

94 f.

Orientador: Wanderley Fernandes

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio
Vargas.

1. Construção civil. 2. Contratos - Construção. 3. Empreitada. 4. Prestação de
serviços. 5. International Federation of Consulting Engineers. I. Fernandes,
Wanderley. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da
Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.74/.75

ELCIO FAGUNDES MARQUES GOZZI

**CONTRATO DE EPC (*ENGINEERING, PROCUREMENT E
CONSTRUCTION*) E O PADRÃO FIDIC.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo do Conhecimento: Direito dos Negócios

Data da Banca:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Wanderley Fernandes (Orientador)
FGV Direito-SP

Profa. Dra. Teresa Ancona Lopez
USP-SP

Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa
FGV Direito-SP

Prof. Dr. Fabio Coutinho de Alcântara Gil
(Convidado)

Dedico este singelo estudo a minha amada Erika,
por todo companheirismo, amor e dedicação à nossa união;
por me ensinar a nunca parar de lutar e aprender;
por estar sempre ao meu lado e nunca desistir de mim.

AGRADECIMENTOS

As palavras de agradecimento são necessárias, pois sozinhos fazemos muito pouco.

Agradeço primeiro a Deus, por me conceder saúde e discernimento necessários à conclusão dos estudos.

Ao orientador Prof. Dr. Wanderley Fernandes por partilhar seu conhecimento prático e acadêmico nas aulas ministradas, nas oportunidades de conversa e nas intervenções necessárias ao aprimoramento destas páginas.

Meu muito obrigado à Profa. Dra. Lie Uema do Carmo, pela gentileza no trato e pela riqueza dos conceitos apresentados e ao Prof. Dr. Mário Engler Pinto Júnior pelas aulas e desafios apresentados durante o curso de mestrado.

Agradeço, ainda, a todos os profissionais que compõe a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas e fazem da instituição um centro de excelência.

Aos colegas de curso pela ótima convivência e pela troca de experiências.

Agradeço especialmente a minha adorada avó Clory (*in memoriam*), pela força de carácter e dedicação à caridade, a minha mãezinha querida, Soely, pelo amor incondicional e eterno e aos meus filhos Isabella e Guilherme, por me tornarem uma pessoa melhor.

RESUMO

GOZZI, Elcio Fagundes Marques. **Contrato de EPC (*Engineering, Procurement e Construction*) e o Padrão FIDIC**. Dissertação de Mestrado da FGV Direito SP – Escola de Direito de São Paulo, 2016.

Esta dissertação de mestrado visa analisar os contratos de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) bem como sua utilização em padrões ou formulários, tal como o apresentado pela Federação Internacional de Engenheiros Consultores (FIDIC). O trabalho está dividido em duas partes. A primeira tem como objetivo verificar a adequação das normas da empreitada ao contrato EPC e a eventual necessidade de regramento específico sobre a matéria. Analisa-se o regime jurídico do contrato de empreitada do Código Civil de 2002, traçando um paralelo entre suas principais características e diferenças em relação ao EPC considerando o modelo de *project finance* como seu racional jurídico. A segunda parte analisa as principais características do contrato EPC no padrão FIDIC, conhecido como *Silver Book*, e sua aplicação no Brasil diante das peculiaridades de nosso sistema jurídico.

Palavras-chave: contrato de EPC – empreitada – regime jurídico – infraestrutura - FIDIC.

ABSTRACT

GOZZI, Elcio Fagundes Marques. **Engineering, Procurement and Construction (EPC) agreement and FIDIC's Standard.** Master Thesis – FGV Law SP. School of Law, São Paulo, 2016.

This dissertation aims at analyze the Engineering, Procurement and Construction Agreement (EPC) and its use as standard form, as presented by the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC). The work is divided in two parts. The first, to verify the adequacy of construction agreement (*empreitada*) rules to the EPC agreement and the possible need for specific ruling on this matter. Analyzes the legal framework of construction agreement (*empreitada*) stated on Brazilian Civil Code, drawing a parallel with the main characteristics and differences between construction agreement (*empreitada*) and the EPC from its legal and economic perspective of project finance. The second part analyzes the main characteristics of the FIDIC's EPC standard form, known as Silver Book, and its application in Brazil considering the peculiarities of our legal system.

Key words: EPC contract – construction agreement – legal framework – construction agreement – infrastructure – FIDIC.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|-----------|
| Figura 1 - A demanda por infraestrutura no Brasil..... | 13 |
| Figura 2 - Comparativo entre contratos de empreitada e EPC..... | 26 |
| Figura 3 - Contratação e gerenciamento de obra direto pelo dono..... | 33 |
| Figura 4 - Estrutura de contratação do contrato EPC..... | 36 |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| O BRASIL E A DEMANDA POR INFRAESTRUTURA | 13 |
| CAPÍTULO I – DELINEAMENTO DO CONTRATO DE EPC | 17 |
| 1.1 O contrato de EPC e a empreitada | 18 |
| 1.2 A empreitada | 18 |
| 1.2.1 Espécies de empreitada | 20 |
| 1.2.2 A empreitada e a prestação de serviços | 21 |
| 1.3 A empreitada e o contrato de EPC | 24 |
| 1.3.1 Análise do tipo contratual | 25 |
| 1.3.2 Design no contrato de EPC | 28 |
| 1.3.3 A empreitada em obra pública | 30 |
| 1.4 Project finance | 32 |
| 1.5 Racional econômico e alocação de risco | 35 |
| 1.6 A complexidade do contrato EPC e os modelos contratuais | 40 |
| CAPÍTULO II - O CONTRATO FIDIC EPC | 46 |
| 2.1 A FIDIC | 46 |
| 2.2 Lei e Linguagem | 49 |
| 2.3 Alocação dos riscos e responsabilidades | 54 |
| 2.3.1 Limitação de Responsabilidade | 68 |
| 2.4. Dificuldade imprevista | 70 |
| 2.4 Solução de conflitos | 76 |
| 2.4.1 Junta de Resolução de Controvérsias (DAB) | 77 |
| 2.4.2 Arbitragem | 80 |
| 2.4.3 Tribunal | 83 |
| 2.5 Utilidade do Silver Book | 86 |
| 2.6 Conclusão | 88 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 91 |

INTRODUÇÃO

O Brasil figura entre as maiores economias do mundo, mas ainda assim o país carece de grandes obras de infraestrutura e projetos industriais relevantes para que sua economia se torne estável e competitiva entre seus pares globais. A busca por infraestrutura e tecnologia industrial repercute diretamente no dinamismo do Direito. Os contratos são a ponta de lança do desenvolvimento econômico e mostram a vertente mais avançada do Direito. De forma geral, é através dos contratos que o Direito tem o seu primeiro contato com as inovações humanas. Ao contrário de outras áreas, que demoram mais para assimilar alterações e necessidades, o Direito Contratual se depara quase instantaneamente com as rápidas mudanças socioeconômicas, assimilando conceitos e refletindo a complexidade das relações interpessoais.

Visando a essa evolução, o Direito sempre busca as ferramentas necessárias ao atendimento das novas demandas que lhe são apresentadas. Um dos exemplos recentes desta evolução é o contrato de EPC - *Engineering, Procurement & Construction*¹ na modalidade *Lump Sum Turnkey*². Geralmente, estes contratos são utilizados em projetos de engenharia e infraestrutura ou projetos industriais nos quais o objetivo principal é atingir a operação do empreendimento (objeto contratual) com resultado e segurança de custo.

Sobre o EPC³ ainda pairam dúvidas de qualificação e parte da doutrina classifica-o como empreitada. A falta de um entendimento sistematizado e estruturado sobre as questões relevantes deste contrato no ato de sua elaboração faz com que durante a execução do empreendimento - quando normalmente ocorrem conflitos entre as partes - o contrato não atenda a sua finalidade de antever questões relevantes e encaminhar soluções. Os problemas que persistem são normalmente motivados por uma definição contratual distante do pretendido pelas partes.

¹ Engenharia (*engineering*), aquisições (*procurement*) e construção (*construction*).

² Preço global (*Lump Sum*), em funcionamento ou em atividade (*Turnkey*). Nossa tradução.

³ No presente texto utilizaremos sempre a expressão EPC para designar o EPC *Lump Sum Turnkey*.

O mercado de grandes obras, por seu turno, busca melhor adequação de suas necessidades em instrumento de contratação seguro. Nesta busca apresenta-se a Federação Internacional de Engenheiros Consultores⁴ - comumente conhecida como FIDIC – uma organização internacional dedicada a desenvolver o relacionamento entre consultores de engenharia, agentes financiadores, governos, contratantes, fornecedores e profissionais da indústria da construção. O órgão é reconhecido entre aqueles envolvidos na elaboração de contratos internacionais EPC. Desde a década de 1970, a FIDIC tem apresentado novas formas de contrato padrão para o balizamento e a contratação de grandes projetos de engenharia. Tais modelos são regularmente revistos para refletir a evolução das práticas do comércio internacional, como é o caso do padrão EPC no padrão FIDIC.

O objetivo desta dissertação é analisar em duas partes o contrato de EPC. Na primeira, elaborando uma análise de sua natureza jurídica, comparando-o com a empreitada e como parte relevante do arcabouço jurídico de *project finance*. Na segunda será analisado o contrato de EPC no padrão FIDIC. O modelo FIDIC se propõe a alocar os riscos inerentes à atividade tutelada, analisando a aplicabilidade e viabilidade do projeto contratado. Serão apresentados conceitos, características, definições, riscos e controvérsias, mostrando sequencialmente as ações que podem vir a garantir que as partes do contrato de EPC desenvolvam conjuntamente uma adequada definição de escopo, de forma gradativa e cada vez mais detalhada, no sentido de maximizarem resultados, reduzirem perdas e conflitos desde o início da relação comercial garantindo um nível de eficiência maior.

⁴ *Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils*. Para mais detalhes acesse em <http://fidic.org/>

O BRASIL E A DEMANDA POR INFRAESTRUTURA

A demanda por infraestrutura no Brasil sempre foi pauta de discussão e, independentemente das divergências em torno do assunto, há consenso de que o investimento em infraestrutura é essencial para a formação de um país forte.

QUINTELLA⁵, em entrevista à FGV⁶ sobre a demanda atual de infraestrutura no país, destaca que “não há, no Brasil, infraestrutura para escoar a produção brasileira adequadamente”. Além disso, afirma que “o agronegócio da Região Oeste, por exemplo, que não possui uma rota de transporte alternativo pelo Pacífico e deve cruzar todo o país para chegar aos portos que o levarão ao mercado internacional”. Avalia que uma das poucas exceções refere-se ao minério produzido pela Vale, em Carajás.

“Isso porque a Vale, antes de ser ‘apenas’ uma grande empresa de mineração, é sobretudo uma excelente operadora de logística, capaz de utilizar ferrovias e portos de alta eficiência e, assim, competir com vantagens em mercados longínquos, como os japoneses e chineses (...) as perspectivas da área são enormes e variadas, as oportunidades estão abertas para todos os setores e deverão atrair o capital nacional e internacional”

Na sequência, ele sentencia que “o setor de infraestrutura, certamente, é o que mais levará à redução do Custo Brasil, aumentando a competitividade do país e tornando-o mais atrativo ao mercado internacional”.

A análise acima do acadêmico, engenheiro e economista, resume uma percepção geral sobre o constante atraso entre o necessário e o disponível na questão de infraestrutura no Brasil. Desde a segunda metade da década de 90, com a estabilização econômica, o Brasil passou a integrar o grupo dos países emergentes com maiores demanda em infraestrutura no mundo. Segundo dados oficiais do governo federal, os investimentos em infraestrutura triplicaram durante a segunda metade dos anos 2000 e, em 2012, alcançaram cerca de R\$ 200 bilhões⁷. A despeito

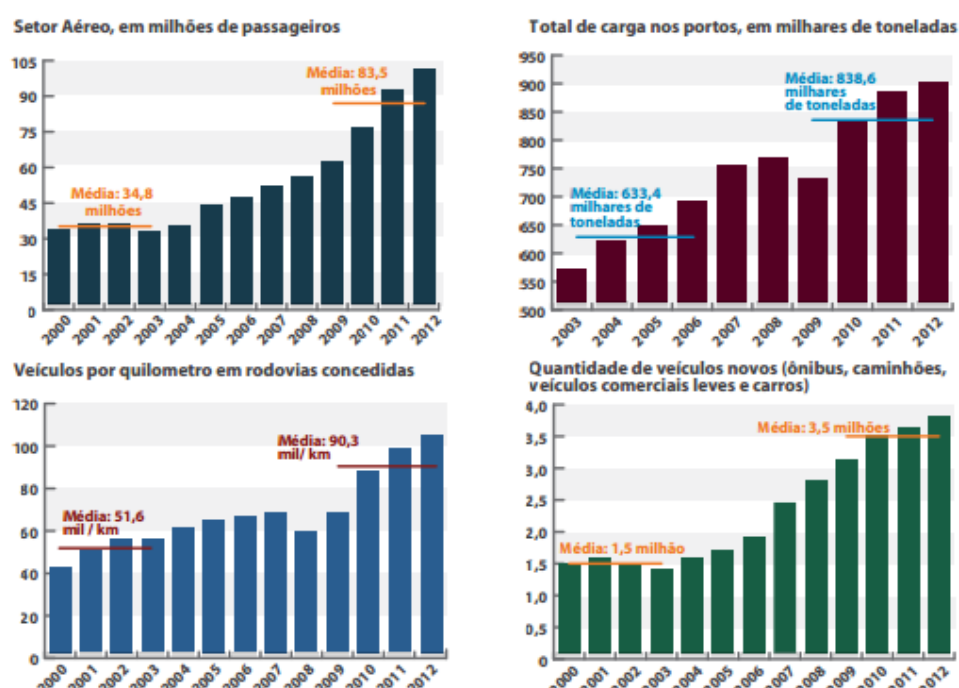
⁵ Sergio Franklin Quintella – engenheiro e economista, membro do Conselho de Administração da Petrobras desde 2009 e Vice-Presidente da Fundação Getulio Vargas desde 2005.

⁶ Disponível em <http://fgvprojetos.fgv.br/noticias/entrevista-com-sergio-quintella-o-brasil-e-demanda-por-infraestrutura> acesso em 03/04/2016

⁷ Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/infraestrutura-no-brasil> acesso em 07/09/2015.

de crises econômicas e políticas, a necessária expansão da economia e o desejado crescimento exigirão ampliação da infraestrutura brasileira de logística e energia. As obras de infraestrutura atuais não são suficientes para acompanhar a necessidade nacional. Segundo estudo publicado pelo Ministério da Fazenda⁸, o dinamismo do Comércio Exterior do País quadruplicou de 2002 a 2012, o movimento dos aeroportos duplicou no mesmo período, bem com o trânsito nas rodovias e o número de licenciamento de veículos. Abaixo gráfico com demonstrativo dos números.

Demanda por infraestrutura



Fonte: Ministério de Fazenda⁹

Figura 1: Quadro demonstrativo da demanda por infraestrutura no Brasil

Demanda por infraestrutura significa demanda por grandes obras ou obras de grande porte. Em uma análise sobre perspectivas de obras de grande porte até 2016, a Associação Brasileira de Tecnologia para Construção e Mineração - Sobratema¹⁰ - publicou estudo¹¹ no qual divulga que, mesmo com o ambiente de crise

⁸ Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/infraestrutura-no-brasil> acesso em 07/09/2015.

⁹ Idem.

¹⁰ Associação Brasileira de Tecnologia para Construção e Mineração, fundada em 1988, tem se

em curso, foram levadas a cabo mais de 13 mil obras de grande porte no Brasil - no total estimado de R\$ 1,479 trilhão - nos últimos cinco anos. Os dados divulgados indicam que os estados do Sudeste concentram o maior volume de investimentos, com total de R\$ 835.843.379.612,00; Seguidos da região Nordeste, com obras somando R\$ 343.787.716.208,00; e da região Sul, com obras totalizando R\$ 100.486.000.540,00; a região Norte, com empreendimentos no valor de R\$ 88.575.357.495, 00 e, por fim, o Centro-Oeste R\$ 44.932.212.851,00.

Vale destacar que os números englobam iniciativas em diversas áreas de negócio tais como (i) combustível, subdividido em obras nas áreas de petróleo, gás, álcool e biocombustível; (ii) energia, contemplando obras de geração, transmissão, e distribuição; (iii) hotelaria e habitação, envolvendo obras de urbanização e habitação; (iii) indústria, subdividido em obras nas áreas de plantas industriais, galpões, centros de distribuição e frigoríficos; (iv) infraestrutura esportiva, com foco em obras de estádios, arenas, parques olímpicos, ligados principalmente à Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas do Rio de 2016; (v) saneamento, subdividido em obras de abastecimento, esgoto e drenagem; e (vi) shopping center, baseado em números fornecidos pelas redes do setor.

Em comentário sobre a relevância dos projetos de infraestrutura, ENEI¹² os ressalta da seguinte forma

“De outro lado, projetos na área de infraestrutura lidam com serviços de reconhecida utilidade pública, quando não serviços públicos propriamente ditos, e, portanto, contam com uma forte demanda de mercado e indiscutível apelo social. Finalmente, são projetos que se repetem no mundo em razão do constante crescimento da demanda e necessidade de universalização dos bens e serviços, repetição esta que permite maior aprimoramento e domínio da tecnologia, viabilizando a implantação de novos projetos a custos cada vez menores.”

dedicado a propor soluções para o desenvolvimento tecnológico do setor, difundir o conhecimento e informações, no mercado brasileiro da construção e mineração. Disponível em <https://sobratema.org.br/> acessado em 05/03/2016.

¹¹ Disponível em <http://www.grandesconstrucoes.com.br> acessado em 07/09/2015

¹² ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em Empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 94.

Neste passo, vale notar que os desafios de obras de grande porte não são somente os financeiros. Obras de infraestruturas compreendem uma enorme gama de especialidades técnicas e fornecedores, o que aumenta riscos e custos de transação.

O contrato de EPC é um eficiente instrumento de alocação riscos, concentração de especialidades e obtenção recursos, afim de que toda cadeia necessária trabalhe de forma mais harmônica e efetiva. Deste modo, é possível afirmar que, para cada projeto de grande obra e infraestrutura, existe um ou mais contratos de EPC ou alguma de suas variações; ou seja, onde houver demanda por obras de grande porte haverá igualmente alta demanda contratual.

CAPÍTULO I – DELINEAMENTO DO CONTRATO DE EPC

As primeiras referências da utilização do contrato de EPC - *Engineering, Procurement & Construction* - datam da década de 1980, em aplicação pela indústria petrolífera¹³ na construção de novos pontos de prospecção de processamento de óleo. Entretanto, para compreender a evolução e a constituição dos contratos até o EPC, temos que considerar o ambiente no qual é encontrado. Trata-se de obras de grande porte, majoritariamente em projetos de infraestrutura, mineração, prospecção de recursos naturais e energia, nas quais há enorme mobilização de recursos e múltiplas contratações são necessárias para que se conclua com sucesso o empreendimento. Projetos dessa natureza requerem intensa administração em diversas frentes como mão de obra, cronogramas, análises, desenhos técnicos, fluxogramas, materiais, tecnologia, desenvolvimento entre outros. A administração executada por empresas não especializadas ou pouco focadas neste tipo de trabalho resulta em um processo ineficiente e demasiadamente arriscado ao dono do empreendimento e; quando executada pelo próprio contratante,¹⁴ acaba por desviá-lo da sua atividade fim, dispendendo valiosos recursos em uma atividade que, embora relevante, não compõe seu objeto social. Uma dificuldade adicional a este tipo de contratação, com multiplicidade de fornecedores, é a intermediação dos interesses contrapostos entre eles, o que acarreta ineficiência e estouro de custos¹⁵.

A adoção do contrato de EPC propicia ganho de escala e especialidade; mas é necessário notar que, além do evidente aumento de eficiência e da diminuição dos custos de transação, neste padrão de contrato o contratante obtém também a possibilidade de equacionar melhor os riscos envolvidos na operação - algo mais difícil em múltiplas contratações. Com a concentração em apenas um grande fornecedor¹⁶, os riscos podem ser melhor dimensionados e alocados. Além disso, avaliação e o acompanhamento financeiro do projeto são substancialmente simplificados, resultando em maior segurança aos financiadores do projeto.

¹³ CARMO, Lie Uema. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p.101.

¹⁴ No presente texto utilizaremos os termos 'contratante', 'dono da obra' e 'proprietário' em referência à empresa que contrata o empreendimento. Os termos 'epecista', 'contratada' e 'construtora' referem-se a empresa contratada para execução do empreendimento.

¹⁵ CARMO, Lie Uema. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit. p.101.

¹⁶ Conceito *single point of contact* ou *single point responsibility*, no qual epecista assume a responsabilidade pelos subcontratados. Para mais detalhes vide item 1.5 do presente texto.

Assim, o contrato de EPC surgiu como um processo que propicia eficiência às contratações, fixando dois grandes polos centrais em torno do empreendimento: o contratante e o *epecista*¹⁷.

Desta feita, o surgimento do contrato de EPC é uma evolução natural de um sistema de contratação, tornando-o melhor adaptado para reunir as características necessárias à simplificação de relações em projetos cada vez mais complexos.

1.1 O contrato de EPC e a empreitada

Uma vez que o contrato de EPC é uma criação estrangeira, aplicá-lo à legislação brasileira acarreta numa busca natural por enquadramento jurídico adequado. A análise mais comum é conceituar o EPC como forma do contrato de empreitada¹⁸ ou que o EPC cabe dentro da empreitada¹⁹. Segundo estas visões, o EPC guardaria as características do contrato de empreitada regulado pelo Código Civil Brasileiro em seus artigos 610 a 626.

Nas linhas abaixo apresentaremos o conceito de empreitada; suas espécies, semelhanças e distinções com institutos afins, para, ao final, confrontá-lo com o contrato de EPC e analisar com maior detalhe as similaridades e as diferenças entre ambos.

1.2 A empreitada

O conceito²⁰ de empreitada no Brasil foi introduzido pelo Código Civil de 1916²¹, que reservou apenas onze artigos²² para tratar do tema. Com clara influencia

¹⁷ No presente texto serão utilizados os termos ‘epecista’, ‘contratado’ e ‘construtora’ como sinônimos, para designar a empresa responsável pela construção do objeto contratual.

¹⁸ Segundo BAPTISTA, Luis Olavo “Os contratos de EPC apresentam características que nos permitem qualifica-los como sendo contratos de empreitada”. Para maiores detalhes vide BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Mauricio Almeida . *Construção Civil e Direito*. 1. ed. São Paulo: Lex Magister, 2011 p. 28.

¹⁹ Segundo GIL, os contratos de EPC (“*Engineer, Procure, Construct*”), EPCM (“*Engineering, Procurement and Construction Management*”, “*Turnkey*”, BOT (“*Build, Operate, Transfer*”), *Construction Management* são todos contratos cujo conteúdo pode ser situado subtipos de empreitada. GIL, Fabio Coutinho de Alcântra. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. Tese de Doutorado, USP, 2007. p.11.

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Panorama do Direito Civil Brasileiro: das origens aos dias atuais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V. 88. São Paulo: USP, 1993.

²¹ Lei 3.071/1916 - Revogada.

²² Artigo 1.237 ao artigo 1.247 da lei 3.071/1916 – Revogada.

do direito romano, o código do século passado tratou-a de forma tradicional, ou seja, *locatio operis*²³; arremetendo-a na sequência da locação de coisas e de serviços.

O diploma civil vigente²⁴ incluiu novas configurações no capítulo da empreitada, mas manteve a estrutura básica anterior.

Uma inclusão substancial foi o disposto no artigo 620²⁵, que garantiu ao dono da obra o atendimento ao pleito de redução do preço convencionado nos casos onde houver redução do valor dos materiais ou da mão de obra em montante superior a um décimo do preço global contratado.

Os dois outros artigos que apresentam alterações relevantes quando comparados ao código de 1916, revelam a preocupação com a questão da onerosidade excessiva definida nos artigos 478 a 480 da mesma lei. Isto porque o artigo 621 concede ao dono da obra o poder de introduzir alterações no projeto original sem autorização de seu autor, por motivos supervenientes ou de ordem técnica caso sua execução seja inconveniente ou excessivamente onerosa. Já o artigo 625, inciso II, concede ao empreiteiro a possibilidade de suspensão da obra quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução resultantes de causas geológicas, hídricas ou outras semelhantes que tornem a empreitada excessivamente onerosa e se houver oposição do dono da obra ao reajuste de preço²⁶.

Não obstante às alterações introduzidas pela lei 10.406/2002, a conceituação da empreitada não consta da legislação civil, coube à doutrina fazê-lo. Segundo SILVA PEREIRA é o contrato em que uma parte (o empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para outra (dono da obra); com material próprio ou fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado²⁷. Para GOMES, a empreitada é uma espécie de contrato de construção no qual uma parte se obriga a executar determinada obra por um preço

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Vol. 3, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 267.

²⁴ Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro

²⁵ Idem.

²⁶ idem

²⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Instituições de Direito Civil*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

certo e determinado e a outra parte se obriga a pagar o referido preço mediante a entrega de um produto perfeito e acabado²⁸. VENOSA classifica o contrato de empreitada como (i) um contrato oneroso porque exige dispêndio de ambas as partes; (ii) sinalagmático porque dele emergem obrigações recíprocas e interdependentes (obrigação de pagar o preço e a de executar a obra); (iii) comutativo porque as obrigações são de plano conhecidas dos contratados no momento da conclusão da avença (embora nada impeça que as partes o estabeleçam de forma aleatória); (iv) consensual e não solene porque a lei não estabelece forma determinada e não depende da entrega da coisa uma vez que esse aspecto é de sua fase executória²⁹, com possibilidade de execução somente com mão de obra ou trabalho acrescido de materiais necessários à obra.

A modalidade de contrato de empreitada mais utilizada no Brasil é a de pagamento por prestações periódicas, na qual o pagamento ocorre conforme execução da obra de acordo com cronograma pré-definido ou mediante medição dos serviços realizados; mas o contrato de empreitada pode ser determinado como uma prestação instantânea, a de pagar o preço quando terminada e entregue a obra³⁰.

1.2.1 Espécies de empreitada

De acordo com disposição do Código Civil³¹, existem dois tipos de empreitada: a empreitada de mão-de-obra ou labor e a empreitada mista. Conforme esta classificação, no primeiro caso o empreiteiro contribuir para obra com trabalho e, na segunda, com trabalho e materiais (empreitada mista).³² A relevância da diferença entre os tipos não diz respeito somente sobre ao escopo do empreiteiro na obra, mas têm reflexos também quanto ao momento de transferência dos riscos.

Na empreitada de materiais ou mista, os riscos correm por conta do empreiteiro até o momento da entrega da obra, salvo se o dono estiver em mora de receber³³. Interessante notar que na hipótese deste dispositivo, se houver um acidente

²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 502.

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p 217.

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. cit. p 216.

³¹ Artigo 610 da Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

³² *Idem*.

³³ Artigo 611 da Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

que venha a destruir a obra antes da sua entrega, o empreiteiro suportará o prejuízo porque ainda não cumpriu o dever de entregá-la pronta³⁴.

A lei adotou o critério da perda da coisa pelo dono (*res perit domino*)³⁵; mas na empreitada de mão de obra, se a coisa perece antes da entrega e sem culpa do empreiteiro, quem sofre a perda é o dono da obra. O art. 612 do Código Civil versa que se o empreiteiro só forneceu mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono e se não houve mora do dono, o empreiteiro perde a retribuição. Ainda assim, o empreiteiro poderá pleitear a remuneração, se comprovar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade, conforme texto do art. 613.

1.2.2 A empreitada e a prestação de serviços

Nas linhas abaixo será apresentada a racionalidade de distinção entre o contrato de empreitada e a prestação de serviço. Embora sejam tipos contratuais bem definidos, são também inadvertidamente confundidos e tomados um pelo outro.

Em uma anatomia do contrato de empreitada, identificamos as características de outros três tipos contratuais básicos em sua constituição: a prestação de serviços, o mandato e a compra e venda. Cada um desses é também parte das atribuições da empreitada e explicam-lhe parcialmente, contudo não se confundem com ela.

O Código Civil de 1916 manteve, sob a epígrafe de *locatio conductio*, três espécies de contrato: *locatio conductio rerum* (locação de coisas), *locatio conductio operarum* (locação de serviços) e *locatio conductio operis* (empreitada), ou seja, sob o título de “locação” tratava em seções subsequentes a locação de coisas, a locação de serviços e a empreitada³⁶.

Essa sistematização foi alterada pelo novo Código Civil que disciplina de forma autônoma os contratos de prestação de serviços, de trabalho, de empreitada, de agência e de aprendizagem, reservando a palavra locação para designar unicamente o

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, cit.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, cit. p. 267.

contrato que se destina a proporcionar a alguém o uso e gozo temporários de uma coisa infungível, mediante contraprestação pecuniária³⁷.

A locação de serviços desdobrou-se em duas figuras independentes: contrato de trabalho - sujeito às leis de ordem pública - e contrato de prestação de serviços como consta nos artigos 593 e seguintes do Código Civil.

Neste passo, a tutela da prestação de serviços na Lei Civil denota preocupação com as questões de prestação de serviços individuais e - embora não seja expressa nesse sentido - está restrita a determinado campo de atuação: o termino da tutela de proteção das leis trabalhistas e o início de lei específica que eventualmente trate do tema³⁸. Esta análise pode ser comprovada com os dispositivos de assinatura a rogo³⁹, no caso de partes analfabetas e a limitação do tempo de prestação por quatro anos no máximo⁴⁰.

Igualmente a empreitada não se enquadra mais no conceito de locação, pois está adstrita somente à construção. Trata-se claramente de uma evolução de interpretação e de conceitos, consequência dos novos rumos contratuais e da complexidade das relações humanas.

De posse desses novos conceitos legislativos, podemos nos ater às principais diferenças entre o contrato de empreitada e o de prestação de serviços.

Uma importante diferença relaciona-se à questão da subordinação, pois no contrato de empreitada não existe relação de subordinação entre empreiteiro e dono da obra; ao contrário do que pode ocorrer no contrato de prestação de serviço. Na última modalidade o tomador do serviço poderá fiscalizar constantemente a atividade desempenhada pelo prestador, sem que este acompanhamento mude os efeitos do contrato ou a responsabilidade das partes. Não se trata de subordinação hierárquica,

³⁷ idem

³⁸ A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo - Art. 593 da Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

³⁹ No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas. - Art. 595 da Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

⁴⁰ A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra. Art. 598 da Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

subordinada à tutela da legislação trabalhista; mas acompanhamento e fiscalização da atividade realizada pelo prestador de serviço. No que diz respeito à empreitada, atos de fiscalização podem conforme o caso isentar ou onerar as partes em suas responsabilidades⁴¹.

A natureza da obrigação assumida é outra diferença predominante entre ambos. No contrato de empreitada a obrigação é sempre de resultado, ou seja, o objeto da contratação é certo e determinado, sendo responsabilidade do empreiteiro entregar a obra da forma pactuada. De tal modo conclui-se que no contrato de empreitada a obrigação proveniente do negócio jurídico é de resultado, ao contrário do que pode ocorrer no contrato de prestação de serviço em que a obrigação do prestador é de meio ou resultado, conforme interesse das partes e o escopo da prestação.

Por fim, outra característica de distinção diz respeito à forma de remuneração. Na empreitada, a remuneração do contrato ajustado terá sempre como base o resultado parcial ou total do objeto contratado. Diversamente, de forma geral no contrato de prestação de serviço o prestador pode receber em função do tempo em que o serviço foi prestado sem que haja necessariamente um resultado específico.

Assim, as diferenças assinaladas pela doutrina entre os contratos de empreitada e prestação de serviço são os seguintes:

- i. Subordinação:
 - a. Relativa na prestação de serviços;
 - b. Inexistente na empreitada;
- ii. Remuneração:
 - a. Na prestação de serviços, conforme trabalho desenvolvido;
 - b. Conforme progresso ou conclusão da obra na empreitada;
- iii. Natureza da obrigação:
 - a. O prestador de serviço tem obrigação de meio ou fim;
 - b. O empreiteiro tem obrigação de fim;
- iv. Risco:
 - a. O risco recai sobre o contratante ou tomador do serviço;

⁴¹ Vide artigos 614 paragrafo 2º e 622 da Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

b. O empreiteiro assume o risco na empreitada.

Ante ao exposto, pode-se perceber a distância entre os contratos de empreitada e de prestação de serviço. Embora tenham origem comum, a evolução das relações humanas e das demandas legais os especializou de tal forma que eles ganharam distinção e autonomia entre si. A compreensão de um auxilia sobremodo o entendimento sobre o outro, mas não se pode confundi-los. O mesmo ocorre com o contrato de EPC que é muitas vezes tomado por contrato de empreitada.

1.3 A empreitada e o contrato de EPC

O contrato de empreitada não atende o que se busca em um contrato de EPC, visto que na primeira modalidade contratual a construtora não assume, em princípio, a responsabilidade pelo projeto. Tomar um pelo outro compromete a compatibilidade dos vários projetos necessários à obra no contrato de EPC e as suas diversas fases pré e pós-construção. O resultado é o prejuízo no cumprimento de prazos e preços estipulados inicialmente e o descompasso de toda engenharia financeira do projeto.

Pondera CARMO que

“No tocante a um dos modelos de *design-build*, do EPC, há um amplo reconhecimento, alhures e entre nós, da proximidade com a empreitada. (...) Mas, embora concordem com a proximidade com tipo legal da empreitada, grande parte dos juristas pátrios levanta óbices à qualificação pura e direta do regime jurídico da empreitada aos EPCs, reconhecendo a evolução de um modelo socialmente reconhecível, distanciado da empreitada”⁴².

Neste ponto, deve-se também considerar a vontade das partes e, embora a prática comercial tenha relevância secundária na análise técnica jurídica de enquadramento legal dos contratos; no tocante ao contrato de EPC, não se pode esquecer que o sistema legal se comunica com os demais sistemas sociais e incorpora-os de acordo com sua relevância no mundo jurídico⁴³. Assim, vale

⁴² CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit. p.171

⁴³ Teoria da operação autopoietica do sistema legal de Niklas Luhmann, segundo a qual o sistema social pode ser entendido como comunicação. O sistema legal é um sistema que faz parte da sociedade e, portanto, se faz na sociedade, entretanto não pode ser compreendido como sociedade. Parcialmente é mais: ao incorporar operações do sistema legal em si. Parcialmente é menos: na medida em que lida com o ambiente do sistema social e aspectos humanos e sociais específicos, de acordo com sua necessidade ou relevância. Segundo ele, todo sistema autopoietico, está em constante contato consigo mesmo e deve determinar o que foi feito até agora e o que será no futuro para especificar suas

mencionar que em empresas de engenharia e construtoras afeitas a grandes projetos, jamais se descreve um contrato de EPC como de empreitada; ambos são tratados como modalidades completamente distintas, uma vez que este último normalmente está ligado a obras de pequena monta e o EPC a grandes projetos.

Não obstante, para que não se perca o foco técnico jurídico da presente análise, observaremos abaixo o conceito doutrinário de tipificação contratual.

1.3.1 Análise do tipo contratual

Para que certo tipo contratual seja considerado legalmente típico, é necessário que se encontre na lei um modelo disciplinador do contrato, não bastando que exista previsão legal genérica. Conforme leciona VASCONCELOS

“(...) os catálogos de modelos de contratos que o direito privado coloca à disposição das pessoas para que os utilizem nas suas relações recíprocas não são, as mais das vezes, inventados pelo legislador ex novo e correspondem à recolha que é feita na lei daquilo que é característico dos contratos que com maior frequência se celebram na vida prática”⁴⁴.

Deste modo, compreende-se que os tipos contratuais legais tiveram origem na prática da contratação que, ao serem acolhidas pelo legislador, emolduraram-nas na lei.

Sob o princípio de que as partes contratam de modo socialmente característico ou típico, a lei recorre ao socialmente típico para integrar as estipulações das partes. Assim, sob o raciocínio de VASCONCELOS, a lei - ao tipificar um contrato - exprime e explicita o que nele está contido. Além disso, define o conteúdo socialmente típico de um tipo contratual, sem intervir e sem influenciar com os seus juízos e os critérios do conteúdo do tipo⁴⁵. A existência de tipos contratuais legais e modelos de contratos previstos na lei busca estabelecer um limite entre tipicidade e atipicidade.

operações legais. Maiores detalhes vide LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: UP, 2004. p. 76-105

⁴⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995 p. 21.

⁴⁵ idem

A relevância sobre tipicidade do contrato não é meramente semântica. A determinação do regime jurídico traz implicações desde as premissas de contratação, passa por sua execução e tem reflexos na resolução de conflitos.

Na outra ponta, temos os chamados contratos atípicos assim descritos porque são aqueles que não têm um modelo típico disposto em lei e, segundo VASCONCELOS⁴⁶, nem na prática. A atipicidade dos contratos está prevista no art. 425 do Código Civil, segundo a qual, observadas as normas legais, é lícito às partes estipular contratos atípicos.

Para que um contrato seja enquadrado como típico, VASCONCELOS⁴⁷ aconselha ser necessário que se encontre na lei o modelo completo de disciplina típica do contrato, de forma que a resolução legal corresponda pelo menos ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes a disciplina básica do contrato. Adicionalmente esclarece que, para que possa ser tido como socialmente típico, o contrato deverá ter - na prática ou nos usos - um modelo de disciplina que tenha inclinação a sua completude.

Considerando-se as informações acima para a análise em pauta – Empreita e EPC – pode-se considerar que ambos os contratos possuem características de similaridade; afinal os dois tem como foco, basicamente, a consecução de obras. Há que se reconhecer que o EPC possui raízes na empreitada, mas com fortes influências externas e faces mais complexas⁴⁸. Conclui-se que não se tratam do mesmo instituto; pois os pontos que os distinguem são mais relevantes do que aqueles que têm em comum.

A fim de auxiliar a visualização das diferenças, apresentamos abaixo uma tabela comparativa entre a empreitada e o EPC.

⁴⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos Atípicos*. cit. p 21.

⁴⁷ idem. p. 210.

⁴⁸ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit. p. 173.

| Tópico | Empreitada | EPC⁴⁹ |
|--|--|---|
| Material | Material opcional (art. 610). | Material incluído. |
| Projeto | Projeto sem execução obrigatória (art. 610 §2º). | Projeto com execução obrigatória. |
| Alteração de projeto | Alterações, em regra, dependem da autorização do dono da obra. | Alterações de projeto que não reflitam em preço e performance não interferem no contrato. |
| Risco de execução | Risco por conta do dono da obra em fornecimento mão de obra (art. 612). | Risco do <i>epecista</i> , salvo disposição específica. |
| Aceite da obra | Pagamento presume aceite (art. 614 §1º e 2º). | Aceite depende do atendimento de formalidade contratual - resultado |
| Denúncia de vícios e defeitos | 30 dias após a medição da obra (art. 614 §2º). | Depende de estipulação das partes. Raramente é menor que 12 meses. |
| Entrega/ recebimento do objeto contratual | Após a conclusão da obra - ajuste contratual ou usos e costumes (art. 615). | Atendimento da finalidade do projeto/ resultado. |
| Responsabilidade pós-obra | Empreiteiro responderá por solidez e segurança por 5 anos após o término da obra (art. 618 e 622). | O <i>epecista</i> responde além da solidez, também pelo desempenho do empreendimento. |
| Preço | Aumento - presunção de ciência do dono da obra (art. 619) ou disposição contratual. | Fixo, como condição essencial do contrato. |
| | Redução - decréscimo de custos do empreiteiro a partir de um décimo do preço global (art. 620). | |
| Rescisão unilateral imotivada do contrato | Pelo dono da obra - deve ao empreiteiro indenização e lucros cessantes (art. 623). | Pelo dono da obra - reembolso de despesas, trabalhos realizados e multa contratual de caráter indenizatório/compensatório. Não há unanimidade sobre lucros cessantes e perdas e danos. |
| | Pelo empreiteiro - responde por perdas e danos ao dono da obra (art. 624). | Pelo empreiteiro – perda das garantias contratuais em favor do dono da obra, reembolso de despesas e multa contratual de caráter indenizatório/compensatório. Não há unanimidade sobre lucros cessantes e perdas e danos. |

Fonte: Elaborada para este estudo.

Figura 2: Comparativo entre contratos de empreitada e EPC.

⁴⁹ Os contratos de EPC não possuem uma formatação rígida, comportam variações conforme o projeto atendido. Os dados utilizados na coluna representam as características usuais de um EPC *Lump Sum Turnkey*.

Na mesma toada, encontra-se respaldo lógico e teórico na distinção entre empreitada e EPC no raciocínio elaborado por CARMO. Para a autora o contrato de EPC não pode ser classificado com um tipo de empreita, pois deve ser considerada a multiplicidade de objetos e prestações da aludida modalidade contratual:

“Alguns contratos, especialmente aqueles de comercial engineering, como o EPC, preveem uma multiplicidade de objetos e prestações típicas e atípicas. A depender do contrato in concreto, eles podem refletir o somatório de um ou mais contratos típicos como a empreitada, o fornecimento, a prestação de serviços, a agência ou representação, o mandato, a comissão, a compra e venda, dentre outros”⁵⁰.

Portanto, o enquadramento do contrato de EPC depende de uma análise aprofundada; pois engloba uma série de características contratuais que, embora apresentem similaridade com a empreitada, não possuem a mesma tipificação legal. Por se tratar de contrato complexo, a melhor análise deve considerar sempre a vontade das partes.

Ainda assim, não se pode deixar de classificar o contrato de EPC que, de forma geral considerando estrutura doutrinária sobre o tema, enquadra-se como legalmente atípico, mas socialmente típico⁵¹.

1.3.2 Design no contrato de EPC

Embora todo contrato de construção envolva de alguma forma a elaboração de um projeto ou design⁵² este item possui relevância distinta nos contratos de EPC e merece clareza em relação àqueles envolvidos no contrato da empreitada tradicional.

Conforme já destacado, nos contrato de empreitada o empreiteiro tem a opção de elaborar um projeto sem que fique vinculado a executá-lo ou pode ser contratado para executar uma obra sobre um projeto elaborado por terceiro e para cada uma destas modalidades o risco das partes será diferente. Note-se que no cenário de uma empreitada, quando há projeto e sua execução, a construtora oferece seus préstimos ao mercado com base no desenho gerado ou por preço unitário no custo homem/hora para o caso de sua execução.

⁵⁰ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit. p. 47.

⁵¹ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit. p. 173.

⁵² Desenho ou projeto no sentido de concepção da obra ou instalação.

Por outro lado, no cenário dos contratos de EPC, o *epecista* obriga-se a ofertar, por exigência do contrato, preços firmes e globais para o atingimento de uma meta de performance e o design estará subordinado ao resultado. Nesta modalidade contratual o *epecista* é plenamente responsável pela elaboração de um projeto que atenda os quesitos de performance estabelecidos pelo contratante, com base em informações e dados básicos fornecidos por este último⁵³.

Nos contratos de EPC o contratante deve exercer controle limitado e, em geral, não interferir no trabalho do *epecista* que ficará plenamente responsável pelo cumprimento de prazos e pela observância de limites de preços estabelecidos ao empreendimento. Este conceito é conhecido como *Design-Build*⁵⁴.

No conceito *Design-Build* o *epecista* obriga-se perante o contratante pelos serviços e fornecimentos necessários e suficientes à entrega do empreendimento em condições operacionais e de performance garantida, também conhecido como *fit for the purpose*. Em razão disto, inclui-se no fornecimento a obrigação da contratada com o projeto, a aquisição de materiais e equipamentos, a construção, a montagem, o desenvolvimento do necessário, o comissionamento do empreendimento e a garantia da qualidade e operacionalidade do empreendimento⁵⁵.

Nos contratos de EPC, quando comparados à empreitada tradicional, a questão do design é alçada a um patamar elevado; pois, ao adicionar como responsabilidades da construtora a montagem e o comissionamento dos equipamentos do empreendimento, coloca-a como grande responsável pela obra toda. Desta lógica segue o raciocínio que, diferentemente dos demais contratos, no EPC o contratante não tem o direito de solicitar alterações do design ou de outra forma envolver-se no processo de construção⁵⁶ sob pena de responder por atrasos e alterações de preço.

⁵³ YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. 1st ed. San Diego (USA): Academic Press, 2002. p. 87.

⁵⁴ BUENO, Júlio César. *Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado*. Direito e Infraestrutura, Coordenação Leonardo Toledo da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit. p. 87.

A complexidade das obras atendidas pelo EPC determina que o design seja uma forma de se obter o objeto contratual com o resultado estabelecido e não uma finalidade em si. Uma vez que o racional econômico envolvido em grandes obras demanda atendimento de operação do empreendimento em parâmetros necessários à obtenção de retorno de investimentos alocar ao *epcista* a responsabilidade pelo seu preparo é parte indissolúvel da estrutura do contrato.

1.3.3 A empreitada em obra pública

Embora o objetivo desta obra não seja analisar a contratação de empreitada em obras públicas, cumpre analisar dispositivo da Lei de Licitações que apresenta importante conteúdo para o tema. É cediço que no Brasil o campo mais prolífico de grandes obras ou de obras de infraestrutura são aquelas contratadas e patrocinadas pelo Estado, ou seja, são obras públicas com modelo de contratação e legislação específica, diverso em muitos aspectos das contratações privadas.

A Lei 8.666/93⁵⁷, que é reconhecidamente a maior fonte de regulamentação sobre contratação pública, dispõe das seguintes formas de contratação no que diz respeito ao preço: global (artigo 10, inciso II, alínea “a”), por preço unitário (artigo 10, inciso II, alínea “b”), regime de tarefa (artigo 10, inciso II, alínea “d”) e integral (artigo 10, inciso II, alínea “e”), sendo este último o que merecerá nossa atenção.

O conceito de empreitada global texto disposto no Artigo 6º, inciso VII, alínea “e” da Lei 8.666/93 representa a descrição que mais se aproxima do que se pretende em um contrato de EPC:

*Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:
e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.*

⁵⁷ Lei 8.666/93 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

O texto atende os anseios iniciais de um contrato EPC, mas a leitura integral do dispositivo deixa claro que existem diferenças substanciais do que preceitua a lei e o padrão EPC amplamente utilizado na esfera privada. Como exemplo, conforme o que dispõe o artigo 9º, nos casos de contratação pública ficam afastados da construção da obra os responsáveis pela elaboração do projeto básico:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Mais adiante o artigo 58 da norma citada prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato pela administração pública e concede no artigo 65 a prerrogativa à administração pública de alterar o objeto contratual em até 50% do valor da obra, sem o consentimento do construtor.

Assim, embora a disposição da Lei de Licitações Públicas apresente relevantes avanços em relação à interpretação da empreitada do Código Civil, aproximando-a do contrato de EPC, a aplicação dos dispositivos daquela lei não

podem ser transladados para a esfera privada sem que se corra o risco dos demais dispositivos da lei serem igualmente cedidos ou aplicados, principalmente nos casos de interpretações contratuais efetuadas por terceiros como árbitros ou julgadores.

Em que pese eventual argumento da liberdade de contratar da esfera privada, incluindo ou retirando os dispositivos conforme interesse das partes, para os casos de omissão ou linguagem contratual conflitua, criar-se-ia uma zona cinzenta entre aplicar o disposto no Código Civil e os demais artigos da Lei de Licitações, o que representa risco desmedido, o que é sempre rechaado pelas partes.

1.4 Project finance

Para melhor compreensão do contrato de EPC, faz-se necessário o entendimento do ambiente contratual em que ele surge. Este tipo contratual, conforme noção apresentada nos itens anteriores, é uma ferramenta construída para acomodar necessidade legais e financeiras, compondo uma intrincada e delicada rede de recursos a fim de viabilizar uma grande obra. Nessa corrente o contrato de EPC está inserido, geralmente, em uma engenharia financeira de consecução de grandes projetos conhecida como *project finance*⁵⁸.

O *project finance* é um método de financiamento de empreendimentos de grande porte que visa atender a necessidade financeira, sem os quais não seriam viáveis.

FINNERTY define que:

*“o Project Finance pode ser definido como a captação de recursos para financiar um projeto de investimentos de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos veem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender ao serviço de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto”*⁵⁹.

⁵⁸ Utilizaremos a expressão *project finance* em língua inglesa uma vez que reflete a prática de mercado e dos principais autores ao tratar do tema.

⁵⁹ FINNERTY, John D. *Project Finance: engenharia financeira baseada em ativos*. Rio de Janeiro: Ed. Qualitymark, 1998. p. 02.

ENEI⁶⁰ adota o entendimento de que *project finance* é empréstimo feito aos tomadores, em que o pagamento deverá ser realizado com os ativos alocados no projeto, servindo os mesmos de garantia ao empréstimo.

Desta feita, podemos aduzir que *project finance* é um conjunto de vários contratos e técnicas de alocação de riscos de forma favorável aos investidores e, para que assim funcionem, os contratos têm como garantia o fluxo de caixa do próprio projeto, sem responsabilização (“*non-recourse*”), ou com responsabilização restrita (“*limited recourse*”), do investidor além do capital aportado no projeto.

A estruturação das garantias representa importante marco no *project finance*, tanto que o divide em duas espécies:

i - financiamento sem direito de garantia ou recurso contra o patrimônio do patrocinador ou *non-recourse*. Estrutura de financiamento de projeto baseada em recursos gerados pelo empreendimento, a única garantia é o fluxo de caixa do projeto. Assim, os credores não tem acesso ao patrimônio do patrocinador.

ii - financiamento com limitado direito de garantia ou recurso contra o patrimônio do patrocinador ou *limited-recourse*. Nessa modalidade os credores se possuem garantias outras além das provenientes do projeto, tais como cauções, hipotecas, letras de crédito, etc.

Normalmente a estrutura de *project finance* é detalhada com a formação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)⁶¹ e, através dela são praticados os principais atos do projeto inclusive a captação de recursos. A criação desta sociedade não constitui uma obrigação ou quesito essencial; mas, como se pretende a isenção de risco aos investidores, é por meio dela que se alcança este objetivo⁶².

A constituição de uma Sociedade de Propósito Específico não exaure as possibilidades e as necessidades de contratação de *project finance*; pois, em se tratando de um complexo arcabouço de engenharia financeira, cabe às partes relacionadas constituírem a configuração contratual que melhor lhes aprouver e que

⁶⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit. p. 21.

⁶¹ Em inglês o termo utilizado é special purpose company (SPC).

⁶² BONOMI, Cláudio Augusto; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos*. cit. p. 34.

atenda a disposição dos riscos no caso prático⁶³. As disposições das partes consubstanciar-se-ão por meio de contratos paralelos, também chamados de contratos coligados ou rede de contratos, dentre outras denominações⁶⁴.

Vejamos o entendimento de BONOMI:

“Além de suas funções básicas de formalizar os acordos entre as partes envolvidas nas operações, regulando seus direitos e obrigações, ainda agem como aglutinadores das associações e parcerias, oriundas da estruturação. Possuem também função relevante de mitigadores de vários tipos de riscos inerentes ao empreendimento, especialmente os de longo prazo, tão comumente encontrados no *project finance*”⁶⁵.

Podemos concluir, de forma geral, que em um *project finance* padrão são encontrados seis principais nomenclaturas de contratos⁶⁶ (i) contratos societários, em que se encontram o instrumento de constituição da SPE e correlatos; (ii) contratos financeiros, utilizados para que os financiadores aportem capitais ao projeto; (iii) contratos de garantia, os quais são acessórios dos anteriores e têm como fulcro segurar dos empréstimos – ou de parcela deles; (iv) contratos pré-operacionais, em que se incluem os contratos de EPC, fornecimento de equipamentos e materiais e seguros de construção, necessários para que o projeto seja implementado; (v) contratos operacionais, cujo prazo corresponde, no mínimo, ao período de amortização de financiamento e cujo objeto visa a atender às exigências dos contratos de financiamento e de garantia; e (vi) contratos administrativos, como os de concessão pública e de parceria público-privada, os quais são verificados tão somente nas hipóteses em que o projeto desenvolvido destina-se à exploração de bens públicos ou de atividade regulada pelo Estado.⁶⁷

⁶³ Idem. p 21.

⁶⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit. p. 283 e 284.

⁶⁵ BONOMI, Cláudio Augusto; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos*. cit. p. 68.

⁶⁶ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit. p.322, 337, 339-342.

⁶⁷ A estrutura contratual de *project finance* não é definitiva, diversos autores classificam de diversas formas esta complexa estrutura contratual. Para Egon Bockmann Moreira a estrutura seria dividida da seguinte forma: i) concessão de serviço público de longo prazo; ii) constituição da SPE; iii) acordo de acionistas; iv) fornecimento de crédito por parte dos financiadores (bancos comerciais, de fomento e agências multilaterais de crédito); v) credit agreement entre os financiadores; vi) construção (empreitada); vii) fornecimento de equipamentos; viii) suprimento; ix) compra do bem ou serviço a ser gerado pelo projeto; x) gestão do projeto; xi) caução dos recebíveis; xi) securitários. MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessões de Serviços Públicos e Project Finance*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, 2010.

O contrato de EPC está incluído nos contratos pré-operacionais como contrato de construção. A definição de YESCOMBE representa bem o papel do EPC no *project finance*:

“Therefore the construction contract in a project-financed project is usually in the form of a contract to design and engineer the project, procure or manufacture any plant or equipment required, and constructed and erect the project (i.e. a “turn-key” responsibility to deliver a complete project and ready for operation). This is known as an engineering, procurement and construction (EPC) contract”⁶⁸.

Note-se a sua relevância, uma vez que por meio deste negócio jurídico o *epecista* assume a obrigação de entregar a obra pronta e acabada, responsabilizando-se pelo projeto da obra, pelos equipamentos e materiais de fornecimento próprio ou de terceiros, pelos serviços de engenharia e administração da obra e pela construção civil, além de eventuais testes de funcionamento e performance necessários para entrega concluída da obra⁶⁹. Ressalta-se, portanto, a sua função econômica e social ao constituir parte essencial do projeto, através do EPC será alcançada a produção de bens e serviços que assegurarão a receitas do *project finance*⁷⁰.

1.5 Racional econômico e alocação de risco

Conforme apresentado nos pontos acima o contrato de EPC - *Engineering, Procurement & Construction* é um dos contratos mais utilizados na engenharia moderna para a construção de grandes obras uma vez que se trata de um contrato firmado objetivando-se um projeto construído e instalado⁷¹ (e.g. plantas geradoras de eletricidade, instalações indústrias etc.).

Faz-se necessário considerar que são contratos aplicados por agentes⁷² atuantes em mercados globais e competitivos, com pouca margem para desvios. Atendem majoritariamente projetos de infraestrutura, prospecção de recursos naturais e energia, nos quais há enorme mobilização de recursos e múltiplas contratações são necessárias para que se conclua com sucesso o empreendimento. Projetos dessa

⁶⁸ YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit. p 106.

⁶⁹ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit. p. 333.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. cit. p.529. A definição do autor trata de *engineering* de forma ampla, mas pelas características da descrição atende a composição do contrato de EPC.

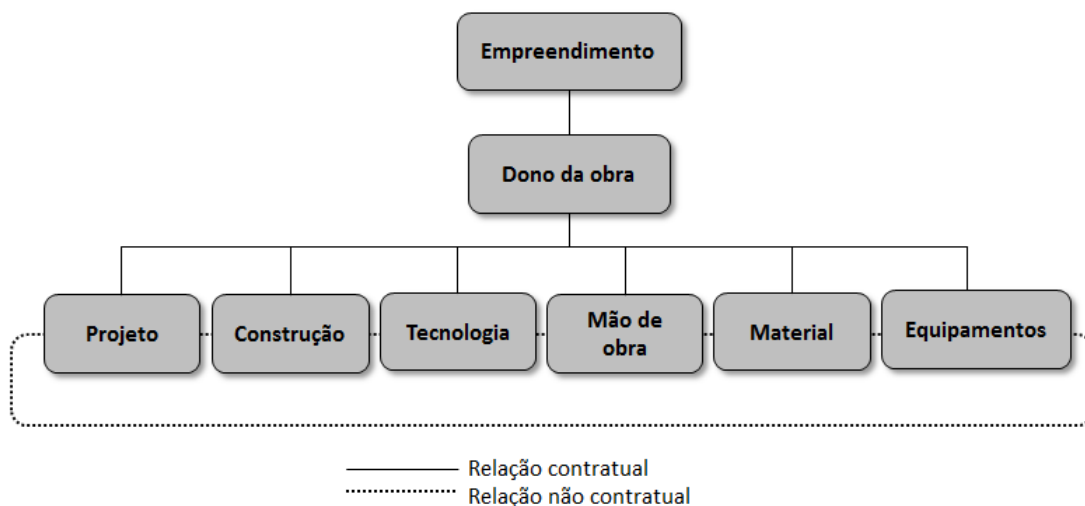
⁷² Com os termos agentes pretende-se considerar todas as partes de um contrato de EPC, patrocinadores, acionistas ou dono da obra; financiadores, seguradores, construtoras etc. Mesmo que o escopo do contrato tenha aplicação local ou regional (e.g. Termoelétrica de pequeno porte) os agentes são empresas de grande porte.

natureza requerem intensa capacidade técnica específica e administração em diversas frentes como mão de obra, cronogramas, análises, desenhos técnicos, fluxogramas, materiais, tecnologia, desenvolvimento entre outros. Seus partícipes são, portanto, guiados por cálculos financeiros e uma racionalidade econômica focada na limitação de riscos, com custo eficiente de transações.

A título de comparação, poder-se-ia cogitar pela utilização do contrato de empreitada para o atendimento das demandas de uma grande obra de construção. Entretanto, nesta modalidade o principal problema decorre do fato de que a construtora não assume, como regra, nenhuma responsabilidade pelo projeto; mas é responsável por todos os riscos inerentes à atividade de construção. Há, ainda, grande dificuldade de compatibilização dos projetos e as consequentes etapas de construção, o que ocasiona reflexos perniciosos no prazo e no preço estipulados e cria conflitos que comprometem toda a engenharia financeira do projeto. Conforme já exposto anteriormente, a empreitada tradicional não é acolhida pelas partes em obras de grande porte; pois elas não aceitam a rigidez imposta pela lei tampouco a forma de alocação de riscos.

Outra opção é que o empreendimento seja administrado diretamente pelo dono da obra. Nesta administração o proprietário do empreendimento contrata *per se* todo o escopo necessário para a implementação do empreendimento, desde a melhor concepção técnica para sua construção até a finalização da construção e o início da atividade produtiva.

Vejamos a tabela abaixo como fica a estrutura contratual para o caso de contratação direta.



Fonte: Elaborada para este estudo.

Figura 3: Estrutura de contratação e gerenciamento de obra direta pelo dono.

Existem vários inconvenientes nessa estrutura visto que o dono da obra está exposto a risco em cada um dos contratos que firma individualmente; além disso, de toda coordenação entre os seus fornecedores que não possuem uma relação contratual entre si. O cenário torna-se então favorável ao descompasso na implementação do empreendimento com possível ruptura entre o pretendido e o efetivado.

Importante ressaltar que em projetos desta magnitude invariavelmente ocorre captação de recursos da iniciativa privada e o investidor, como condição para liberação de recursos suficientes, exige o cumprimento de prazos e a limitação de preços objetivos para o empreendimento.⁷³ Desta maneira, contratos sem determinada segurança jurídica e financeira são rechaçados.

Assim, buscando simplicidade de estrutura contratual e melhor alocação de risco, surge a figura do Contrato EPC *Turnkey Lump Sum*⁷⁴ - modalidade em que a contratada responde por toda a implantação do empreendimento. Nesse caso, o empreendimento deve ser entregue pronto para uso, correndo pelo *epecista* os riscos do projeto, da construção, da montagem e do comissionamento.

⁷³ BUENO, Júlio César. *Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado*. in *Direito e Infraestrutura*. cit. p. 65.

⁷⁴ *Lump Sum* - preço global; *Turnkey* - funcionando ou em atividade, o significado literal é 'girar a chave'; uma analogia a aquisição de um veículo novo, basta 'girar a chave' para utilizá-lo.

Vale destacar que não basta a conclusão da obra. Torna-se necessário o atendimento do propósito que foi estabelecido no momento da contratação

“...responsabiliza-se perante o empreendedor pelos serviços e fornecimentos necessários e suficientes à entrega do empreendimento em condições operacionais, com segurança e para o fim a que se destina. Trata-se da garantia *fit for the purpose* do Direito inglês, incluindo-se entre as obrigações da contratada o projeto, a aquisição de materiais e equipamentos, a construção, a montagem, o desenvolvimento do programa de testes e comissionamento e a garantia da qualidade e operacionalidade do empreendimento”⁷⁵.

A título de exemplo, para mostrar a complexidade e abrangência dos contratos EPC, apresenta-se abaixo a definição que consta no contrato de implantação do Complexo Hidrelétrico Fundão Santa Clara⁷⁶, um dos contratos dessa modalidade em vigência.

“TURNKEY LUMP SUM ou CHAVE NA MÃO – é a modalidade de empreitada integral em que o contratado obriga-se perante o contratante, em contrapartida ao recebimento de um preço global e único, à total execução do objeto contratado, à realização de cuidadosa verificação da natureza e localização da obra, da adequabilidade do local, interpretação das informações existentes nos documentos do processo de licitação da concessão do empreendimento e fazendo suas próprias investigações, em quantidade e modalidade que julgar necessárias, à investigação própria de geologia e geotecnia, fluviometria do rio, hidrologia da região, e aceitação como suficientes os resultados já existentes, para a elaboração dos Projetos Básico e Executivo, a construção das obras civis, incluindo o adequado sistema de monitoração das estruturas, o fornecimento dos sistemas eletromecânicos para produção, transporte e entrega de energia, os Sistemas de Comando, Proteção e Controle e de Telecomunicações, incluindo sem limitação, trabalhos, serviços, bens, materiais, mão de obra, testes, trabalhos e instalações temporários, testes de aceitação na fábrica; montagem eletromecânica e supervisão de montagem, comissionamento e testes de desempenho dos equipamentos e instalações, incluindo a integração e compatibilização de todos os bens e serviços objeto do contrato às instalações do sistema interligado, conforme as normas, procedimentos e regras aplicáveis em vigor, fornecimento, inclusive transporte, de produtos e insumos, com a sua respectiva garantia de qualidade, fornecimento de todos os equipamentos, materiais elétricos, mecânicos e outros, peças sobressalentes, ferramentas especiais de montagem, ferramentas de manutenção, manuais de operação e manutenção, administração de compras, enfim, tudo o quanto for necessário ao adequado e pleno funcionamento do objeto contratado”⁷⁷.

⁷⁵ BUENO, Júlio César. *Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado*. in *Direito e Infraestrutura*. cit. p 62 e 63.

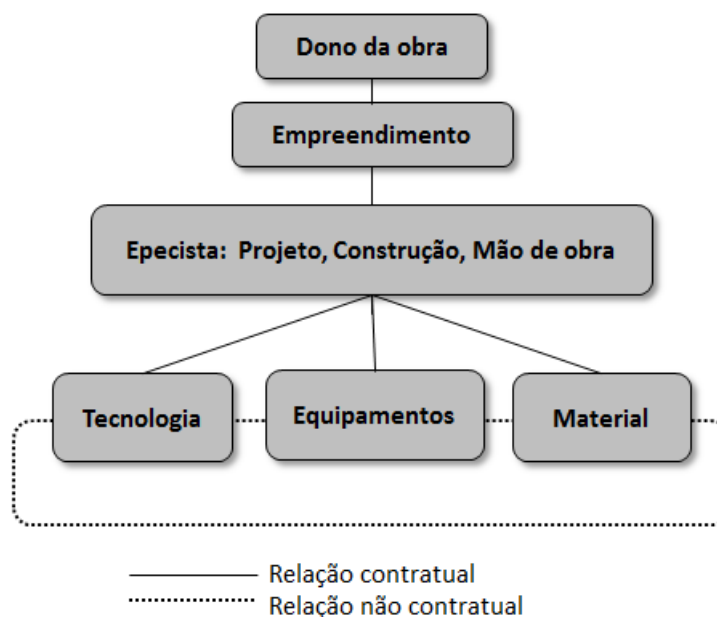
⁷⁶ Centrais Elétricas do Rio Jordão S.A., empresa que detém a concessão do Complexo Energético Fundão – Santa Clara.

⁷⁷ FONTOURA, Paulo Sergio. *Estudo de caso de utilização de “Extranet” Na Gestão do Processo de Administração de Contratos EPC na modalidade “Turnkey”*. Dissertação (Mestrado em Construção Civil), Universidade Federal do Paraná, 2006. p.13.

No escopo desta cláusula pode-se concluir a razão da preferência dos financiadores de grandes projetos pelo modelo EPC; pois o *epicista* assume uma grande responsabilidade e, para tanto, deve apresentar maior grau de certeza com relação ao prazo e o custo final do empreendimento.

Outro fator que vale destaque como vantagem estrutural no padrão contratual estudado é o que se denomina como *single point of contact* ou *single point responsibility*⁷⁸. Fica possível perceber que sendo o *epicista* o único ponto de convergência para todas as contratações e fornecimentos necessários à obra, este também é (i) o único ponto de contato do contratante com o mundo externo no que concerne a fornecedores para efetivação da obra e (ii) é o único responsável perante subfornecedores e demais componentes da rede contratual necessária à consecução total da obra.

Vejamos abaixo um modelo de figura que demonstra a estrutura de contratação do EPC:



Fonte: Elaborada para este estudo.

Figura 4: Estrutura de contratação do contrato EPC, conceito *single point of contact* ou *single point responsibility*. Neste exemplo o *epicista* fornecerá por meios próprios o projeto, a mão de obra e a construção.

⁷⁸ Ponto único de contato ou ponto único de responsabilidade. Tradução nossa.

O contato de EPC, em uma perspectiva econômica e social, serve como ferramenta de alocação de riscos entre o dono da obra e o *epcista* de modo a garantir que os riscos inerentes à construção sejam assumidos pela parte que mais tem ação e conhecimento sobre ela - o *epcista* - inclusive no que se relacionar com as questões de prazo e preço, restando ao contratante os riscos relacionados a obrigações financeiras e inadimplemento.⁷⁹

Embora este padrão contratual não seja o único ou definitivo no financiamento de projetos é, certamente, um dos mais utilizados, uma vez que cumpre o que dele se espera.

1.6 A complexidade do contrato EPC e os modelos contratuais

“Os países onde a desigualdade social é mais baixa são justamente aqueles em que o grau de complexidade econômica é mais alto. As economias de alta complexidade, ou seja, aquelas em que os fatores econômicos, educacionais e tecnológicos se entrelaçam em relações de interdependência e de subordinação põem em funcionamento um círculo virtuoso altamente inclusivo”⁸⁰.

A conclusão apresentada nas linhas acima pelo pesquisador do *Massachusetts Institute of Technology* é resultado de um estudo sobre a composição e a vitalidade da economia de diversos países ao redor do mundo. O estudo emprega ao termo complexidade o sentido de “composto por elementos de natureza distinta⁸¹” ou composição multifacetária e demonstra como o desenvolvimento econômico perene depende do maior número de conexões que diversas atividades devem estabelecer numa mesma economia.

Como os campos de pesquisa jamais estão isolados entre si, o Direito igualmente emprega ao termo “complexo” uma definição próxima da empregada nas linhas acima.

Na análise dos contratos, coube enquadrá-los em determinada categoria na

⁷⁹SILVA, Leonardo Toledo. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. Direito e Infraestrutura*, Coordenação Leonardo Toledo da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

⁸⁰ César Hidalgo, Diretor de Macro Conexões do Media LAB do *Massachusetts Institute of Technology* em entrevista disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/cesar-hidalgo-so-a-educacao-e-pouco>. Acesso em 19/09/2015.

⁸¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Dicionário da Língua Portuguesa*. 8ªed Curitiba: Positivo, 2010.

qual os elementos, as relações e os resultados denotam certa sofisticação e nível de conhecimento que os diferencia peculiarmente dos demais. Reflexo da complexidade das relações econômicas que demanda dos agentes cada vez mais sofisticação e conhecimento cunhou-se o termo “contratos complexos”.

No campo do direito contratual a complexidade é medida em três dimensões divididas entre i – a quantidade de contingências contratuais previstas de probabilidade média e alta; ii – a variação de contrapartidas ou resultados possíveis para as partes em decorrência das contingências; iii – o nível de conhecimento exigido pelo contrato⁸².

Não obstante, elementos e características da transação contratual podem ser igualmente fator de complexidade do contrato: objeto, prestação, prazo de execução, relação entre cláusulas e dispositivos, documentos etc⁸³.

No caso específico dos contratos EPC existe diversidade de cláusulas contendo obrigações, direitos e deveres cuja combinação tem o condão de elevar as três dimensões da complexidade contratual, imprimindo neste contrato a descrita característica de complexidade⁸⁴.

Desta forma, o contrato de EPC, por sua complexidade, surge como um problema complexo que requer enfrentamento. A solução de problemas complexos por sua vez parte da utilização soluções anteriormente testadas e comprovadas⁸⁵.

⁸² EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>. Acesso em 28/06/2016.

Ressalta CARMO que: “Na primeira dimensão citada, a métrica da complexidade residiria na riqueza com que as partes previram no contrato as contingências, os eventos futuros que, uma vez materializados, seriam capazes de gerar obrigações e direitos, igualmente previstos. Parte-se do pressuposto de que as contingências são relevantes, de que existe uma probabilidade considerável de tais contingências se materializarem. Assim, quanto maior a quantidade de contingências relevantes de média e alta probabilidade previstas, e respectivos cursos de ação para as partes, maior seria a complexidade do contrato”. p 197.

“Na segunda dimensão, os contratos são complexos caso os resultados, os pagamentos que uma parte deva a outra, tenham um alto grau de variabilidade em função das contingências previstas, ainda que de modo independente da quantidade total de contingências.” p. 197.

“Na terceira dimensão, os contratos são complexos se as demandas cognitivas forem altas, ou seja, se houver dificuldade de compreensão de seu conteúdo (...). Quanto mais ricas, extensas e sofisticadas forem as formulações dos termos e das condições contratuais, mais complexo nessa dimensão será o contrato”.

⁸³ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit. p. 203.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

Busca-se, com este procedimento, uma medida de simplificação ou ao menos uma metodologia que permita análise e segmentação dos aspectos de complexidade a fim de possibilitar melhor compreensão dos diversos elementos que compõe o contrato.

Neste diapasão, CARMO, ao analisar o tema de complexidade, afirma que

“...a solução de problemas intrincados passa por processos de tentativa e erro, caracterizados pela seletividade na escolha das trajetórias de solução. A seletividade baseia-se na experiência anterior e em heurísticos, em atalhos mentais que recomendam as melhores dentre as trajetórias, bem como aquelas que devem ser tentadas primeiramente. Dessa forma problemas intrincados, altamente complexos, poderiam ser solucionados de forma relativamente simplificada e razoável em termos quantitativos”⁸⁶.

Em análise fática ao EPC, podemos adicionar ao racional acima o fato de que os agentes nestes contratos são conglomerados empresariais, construtoras, instituições financeiras, fornecedores de equipamentos e tecnologia com atuação em diversos países, o que se traduz em ambientes jurídicos variados, muito além da distinção de *common law* e *civil law*. Neste ambiente, a necessidade de utilização de contratos complexos é recorrente e variada.

Assim, a busca por um padrão contratual, com aplicabilidade de cláusulas e conceitos em situações diversas, representa idealmente agilidade e segurança na contratação. Numa estrutura ideal, de um lado o contratante poderá solicitar preços e determinar condutas de forma que tenha a certeza de resultado e a contratada poderá ofertar o vasto escopo de fornecimento com uma base segura do esperado pela contratação com garantia da estabilidade de condições e atendimento de preceitos.

É exatamente sobre este racional que são criados os contratos modelo ou formulário padrão. Eles refletem esta busca de entendimento e simplificação em ambientes de contratação complexos, nos quais a indesejada exposição ao risco e incorreta alocação de responsabilidades inviabilizam o empreendimento.

A utilização de um formato padrão, em teoria, permitiria às partes economia de tempo e recurso no estabelecimento de bases contratuais e negociação de cláusulas, permitindo que o foco da discussão ficasse adstrito ao detalhamento do projeto, análise de risco e composição do preço.

⁸⁶ Idem p. 180.

Com isso, diversos órgãos representativos de engenheiros, técnicos e consultores elaboram e publicam há décadas modelos contratuais com objetivo de estabelecer padrões de contratação. Abaixo, descritas as mais importantes e mais conhecidas destas instituições e seus respectivos contratos.

ENAA (*Engineering Advancement Association of Japan*) - A ENAA é uma organização sem fins lucrativos criada em 1978 visando o desenvolvimento e o avanço de atividades e técnicas⁸⁷. Conta com o apoio do Ministério da Economia, Indústria e Comércio do Japão, agências nacionais e locais, universidades e organizações de pesquisa do Japão. A associação possui suporte de diversos especialistas vinculados a grandes empresas além de peritos em diversas áreas de atuação⁸⁸.

A ENAA possui o *Model Form International Contract* ou, em tradução livre Formulário Modelo de Contrato Internacional. O contrato se presta a aplicação em projetos EPC no padrão *turnkey*. Foi lançado inicialmente em 1986, com uma segunda edição de 1992. Em 1996 a ENAA publicou nova padrão específico para *turnkey* de usinas de energia elétrica⁸⁹.

ICE (*Institution of Civil Engineers*) – Fundado em Londres em 1818, o ICE é uma associação profissional independente que agrêmia mais de 80 mil engenheiros civis, a maior parte deles no Reino Unido e em mais de 150 países⁹⁰. O Instituto pretende dar suporte aos engenheiros civis, através da qualificação profissional, promoção da educação e da ética profissional. Possui ligação com indústrias, universidades e governos. Sob o seu braço comercial, oferece serviços de treinamento, recrutamento, de publicação e de contratos.

O instituto possui o *ICE Design and Construct Conditions of Contract* criado por uma comissão conjunta com representantes de associação de engenheiros consultores e empreiteiros. Este padrão contratual possui larga história de utilização e experiência, está em sua segunda edição lançada em julho de 2004⁹¹.

⁸⁷ Disponível em <https://www.ena.or.jp/EN/>. Acesso em 10/04/2016.

⁸⁸ HUSE, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. 2nd ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2002. p. 25.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Disponível em <https://www.ice.org.uk/>. Acesso em 10/04/2016.

⁹¹ HUSE, Joseph A., *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. cit. p. 25.

DBIA (*Design-Build Institute of America*) – Fundado em 1993 em Washington, capital federal dos EUA, o instituto tem o objetivo de formação, criação de redes e apoio para o governo do seu país e a indústria de design e construção. Seus membros abrangem todo o espectro de profissionais de design e construção desde arquitetos e engenheiros até consultores, advogados, estudantes e professores⁹².

EM 1998 o DBIA publicou o documento nº525 intitulado de *Standard Form of Agreement Between Owner and Design Builder – Lump Sum*⁹³. Atualmente o padrão contratual está em sua segunda edição, publicada em 2010.

AIA (*American Institute of Architects*) – Trata-se de uma associação nacional de arquitetos nos EUA, com sede em Washington (DC). Desde 1857 o instituto tem sido a principal associação arquitetura daquele país⁹⁴. Os contratos elaborados pela AIA são os mais difundidos nos EUA.

A AIA possui o A191 *Standard Form of Agreement Between Owner and Design/Builder* utilizado para as contratações onde o contratado ficará responsável pelo design e construção do empreendimento. Um diferencial deste modelo é sua divisão em duas partes distintas, um para o design preliminar e sua orçamentação e outro para o projeto final e sua construção⁹⁵.

AGC (*Associated General Contractors of America*) – Fundada em 1918 e com sede em Arlington, Virgínia (EUA), é a associação que aglomera maior representação da indústria de construção em seu país, representa mais de 26.000 empresas⁹⁶. Com o *Document 415 Standard Form of Design-Build Agreement- Lump Sum* publicado pela primeira vez no início dos anos 1990, buscou atender a demanda da indústria que representa e 1999 foi publicada uma segunda versão para utilização conjunta com o documento intitulado AGC400 a fim de separar documentação esquemática de design e estimativa preliminares de preço e prazo⁹⁷.

⁹² Disponível em <http://www.dbia.org/>. Acesso em 05/05/2016.

⁹³ HUSE, Joseph A., *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. cit. p. 26.

⁹⁴ Disponível em <http://www.aia.org/>. Acesso em 10/04/2016.

⁹⁵ HUSE, Joseph A., *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. cit. p. 26.

⁹⁶ Disponível em <http://www.agc.org/>. Acesso em 05/05/2016.

⁹⁷ HUSE, Joseph A., *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. cit. p. 27.

FIDIC (*Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils*) - Fundada em 1913 por uma iniciativa da França, Bélgica e Suíça. Sua sede fica em Genebra, Suíça. A Grã-Bretanha juntou-se em 1948 e Austrália, Canadá, EUA e África do Sul em 1959. Atualmente conta com mais de 90 países membros e associações representativas. O primeiro padrão de contrato FIDIC foi publicado em 1957.

Talvez o mais bem sucedido padrão de contrato na indústria *Design-Build*, o modelo EPC FIDIC espalhou-se ao redor do globo como forma de contratação *standard*. Uma análise mais detalhada da Federação e seus padrões contratuais, mas especificamente o que trata de EPC, será objeto de estudo e considerações no próximo capítulo.

CAPÍTULO II - O CONTRATO FIDIC EPC

2.1 A FIDIC

A Federação Internacional de Engenheiros Consultores⁹⁸ - ou simplesmente FIDIC - é uma organização internacional que busca padronização de procedimentos e criação de boas práticas relacionadas à engenharia e o faz com elaboração e publicação de documentos, manuais e modelos contratuais para projetos de engenharia realizados ao redor do mundo. A Federação ocupa espaço importante no atendimento à demanda global dos contratantes e principalmente dos financiadores, na standardização contratual para grandes projetos de engenharia⁹⁹. Os maiores incentivadores do uso destes modelos são grandes investidores e financiadores como o Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), União Europeia, etc., pois os documentos FIDIC são para eles uma fonte confiável de contratos de construção.

A FIDIC possui diversos modelos de contratos elaborados para uso em ampla gama de projetos de engenharia, os principais são chamados de “livros”¹⁰⁰ e diferenciados pela cor de suas capas. A escolha entre cada uma das cores depende dos tipos de projetos contemplados que estão divididos da seguinte forma:

⁹⁸ *Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils*, fundada em 1913 por uma iniciativa da França, Bélgica e Suíça. Sua sede fica em Genebra, Suíça. A Grã-Bretanha juntou-se em 1948 e Austrália, Canadá, EUA e África do Sul em 1959. Atualmente conta com mais de 90 países membros e associações representativas.

⁹⁹ “*During recent years it has been noticed that much of the construction market requires a form of contract where certainty of final price, and often of completion date, are of extreme importance. Employers on such turnkey projects are willing to pay more - sometimes considerably more - for their project if they can be more certain that the agreed final price will not be exceeded. Among such projects can be found many projects financed by private funds, where the lenders require greater certainty about a project’s costs to the Employer than is allowed for under the allocation of risks provided for by FIDIC’s traditional forms of contracts. Often the construction project (the EPC - Engineer, Procure, Construct - Contract) is only one part of a complicated commercial venture, and financial or other failure of this construction project will jeopardize the whole venture.*” Nos últimos anos tem-se notado que grande parte do mercado da construção exige uma forma de contrato em que a certeza do preço final, e muitas vezes da data de conclusão, são de extrema importância. Contratantes de tais projetos ‘chave na mão’ estão dispostos a pagar mais - às vezes muito mais - por seu projeto com a certeza que o preço final acordado não será ultrapassado. Entre esses projetos podem ser encontrados muitos dos projetos financiados por fundos privados, onde os credores exigem uma maior certeza sobre os custos de um projeto para o contratante do que é permitido ao abrigo da alocação de riscos previstas por formas tradicionais de contratos FIDIC. Muitas vezes o projeto de construção (EPC - *Engineer, Procure, Construct - Contract*) é apenas uma parte de um empreendimento comercial complicado, e o fracasso financeiro ou outro deste projeto de construção irá comprometer todo o empreendimento. Notas de introdução ao *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, Genebra, FIDIC, 1ª ed. 1999. Tradução nossa.

¹⁰⁰ O termo utilizado é sempre em inglês “Books”.

- Livro Verde¹⁰¹ - versão simplificada de contrato de engenharia – formato recomendado para uso em obras de engenharia e construção com valor relativamente pequeno, com curto tempo de construção ou de execução repetitiva¹⁰²;
- Livro Vermelho¹⁰³ - padrão de contrato para edificações e obras de engenharia projetadas pelo contratante¹⁰⁴;
- Livro Rosa¹⁰⁵, modelo de contrato utilizado em obras de engenharia projetadas pelo contratante, mas financiadas por instituição financeira de desenvolvimento¹⁰⁶;
- Livro Amarelo¹⁰⁷ - contrato de concepção-construção de projetos elétricos e mecânicos, elaborado para uso em empreendimentos onde o contratado realiza a maior parte do projeto conforme especificação ou desempenho preparado pelo contratante;
- Livro Prata¹⁰⁸ - contrato modelo para projetos de engenharia, aquisição e construção, entregues pronto para operar (EPC Turnkey), toda responsabilidade de pelo design e construção é do contratado;
- Livro Ouro¹⁰⁹ - versão de contrato para empreendimentos que incluam projeto, construção e operação sob responsabilidade do contratante;
- Livro Azul¹¹⁰ - padrão utilizado em obras de dragagem e recuperação, com projeto do contratado; e
- Livro Branco¹¹¹ - concepção contratual para prestação de serviços e consultoria técnica, tais como estudos de viabilidade, projetos, administração de contratos e gestão de projetos.

¹⁰¹ Green Book, Short Form of Contract. Tradução nossa. Sugerido para contratações até US\$500.000,00 (quinhentos mil dólares norte-americanos).

¹⁰² Figura mais próxima do contrato de empreitada descrito no Código Civil – Lei nº10406/2002.

¹⁰³ Red Book - Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer. Tradução nossa.

¹⁰⁴ A primeira edição foi publicada em 1956 e a última em 1999.

¹⁰⁵ Pink Book - Multilateral Development Banks (MDB). Tradução nossa.

¹⁰⁶ Instituições supranacionais como o Banco Mundial.

¹⁰⁷ Yellow Book - Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor (the plant and design/build contract). Tradução nossa.

¹⁰⁸ Silver Book - Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (the EPC turnkey contract). Tradução nossa.

¹⁰⁹ The Gold Book - Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (the design build operate contract). Tradução nossa.

¹¹⁰ The Blue Book - Form of Contract for Dredging and Reclamation Works. Tradução nossa.

O desenvolvimento do presente capítulo tem como foco apenas o Livro Prata para projetos EPC *Turnkey*, mas cumpre notar que a elaboração e a estrutura dos documentos da federação seguem um padrão. Os livros FIDIC são na verdade minutas contratuais acompanhadas de esclarecimentos e manuais com indicativo do procedimento de aplicação e eventuais adequações de conteúdo ao escopo. Os arquivos são disponibilizados impressos ou eletronicamente¹¹² para que as partes possam utilizá-los sempre no formato padrão, com poucas variações de termos contratuais.

Infelizmente, a FIDIC não contabiliza números que permitam saber com precisão a quantidade de utilizações dos seus modelos. Apenas informa que anualmente são vendidas cerca de 40.000 (quarenta mil) cópias para aplicação em mais de 100 (cem) países¹¹³. Diante da abrangência desses números, é virtualmente impossível indicar com precisão numérica como e quantas vezes os modelos são utilizados, uma vez que projetos e obras de engenharia pululam mundo afora.

Não obstante, a ausência destes dados não prejudica uma análise criteriosa, baseada em textos, livros e manuais, elaborados por consultores engenheiros e advogados que, no afã de auxiliar o entendimento e aplicabilidade ao Livro Prata, transmitem também valiosas informações sobre lacunas e deficiências na tentativa de adotar um modelo internacional de contrato.

O padrão FIDIC possui 20 cláusulas que podem ser melhor enquadradas como capítulos, cobrindo os principais tópicos de um projeto, com a seguinte estrutura no Livro Prata: i) Disposições gerais; ii) Obrigações do contratante¹¹⁴; iii) Administração do contratante; iv) Obrigações do construtor; v) Design; vi) Funcionários do construtor; vii) Instalações, materiais e mão de obra; viii) Início, atrasos e suspensão; ix) Testes de conclusão; x) Recebimento da obra; xi) Responsabilidade por defeitos; xii) Testes após a conclusão; xiii) Variações e ajustes; xiv) Preço e pagamento; xv) Rescisão pelo contratante; xvi) Suspensão e rescisão

¹¹¹ The White Book - FIDIC Client/Consultant Model Services Agreement. Tradução nossa.

¹¹² Disponível em www.fidic.org

¹¹³ Informações prestadas por correio eletrônico em 17/05/2016, por Myriam Labidi, coordenadora comercial da FIDIC, em resposta a questionamentos e pedidos de informação solicitados pelo autor.

¹¹⁴ O termo utilizado é *employer* que em tradução literal pode ser empregador ou patrão, mas numa tradução contextualizada o termo contratante parece mais apropriado. Tradução nossa.

pelo construtor; xvii) Riscos e responsabilidades; xviii) Seguros; xix) Força maior; e xx) Reclamações, divergências e arbitragem.

O objetivo da presente análise não é efetuar uma dissecação exaustiva dos capítulos, mas entender a estrutura do Livro de Prata EPC e analisar como, em diversos aspectos importantes, a FIDIC busca satisfazer adequadamente as respectivas aspirações de contratante e contratado em questões relevantes e que geram disputas em projetos *turnkey* como:

- i. Lei e linguagem;
- ii. Alocação de riscos;
- iii. Dificuldade imprevista; e
- iv. Solução de conflitos

2.2 Lei e Linguagem

A motivação de criação dos termos contratuais do Livro de Prata está expressa em suas notas introdutórias, baseada em uma percepção de mercado. Em 1999¹¹⁵, diante de uma crescente demanda de construção de grandes obras¹¹⁶, os projetos faziam cada vez mais parte de uma intrincada rede contratual envolvendo risco comercial e financiamentos internacionais. Havia, para estes empreendimentos, necessidade premente de certeza quanto a preço e prazo, mesmo que isto implicasse em maior custo de contratação.¹¹⁷ As certezas sobre os custos e sobre o tempo de construção aumentam a segurança financeira sobre o retorno dos investimentos do empreendimento e essa lógica entre tempo, custo e segurança pode ser resumida no

¹¹⁵ ‘A abertura econômica e a privatização, associadas à estabilidade, resultaram em forte incentivo aos investimentos tanto nacionais quanto estrangeiros...’ PINHEIRO, Armando Castelar e outros. Artigo: *O Desempenho Macroeconômico do Brasil nos Anos 90*. p. 13. Disponível em www.bndes.gov.br. Acessado em 02/04/2016.

¹¹⁶ “EPC turnkey projects are the result of a wave of liberalization of certain economies, mainly in Asia and Latin America.” GOFF, Pierrick Le, Artigo *New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book* Disponível em www.fidic.org. Acessado em 15/05/2016.

¹¹⁷ During recent years it has been noticed that much of the construction market requires a form of contract where certainty of final price, and often of completion date, are of extreme importance. Employers on such turnkey projects are willing to pay more - sometimes considerably more - for their project if they can be more certain that the agreed final price will not be exceeded. Among such projects can be found many projects financed by private funds, where the lenders require greater certainty about a project's costs to the Employer than is allowed for under the allocation of risks provided for by FIDIC's traditional forms of contracts. Often the construction project (the EPC - Engineer, Procure, Construct - Contract) is only one part of a complicated commercial venture, and financial or other failure of this construction project will jeopardize the whole venture. FIDIC Silver book, notas de introdução pag 9.

seguinte axioma: redução dos custos de transação. E questões de economia são sempre uma potente mola propulsora de grandes criações.

À época da criação do padrão FIDIC o contrato de EPC não era uma novidade, já era um contrato largamente utilizado há pelo menos 20 anos¹¹⁸, mas não possuía uma minuta padrão como a proposta. Neste ponto, não é difícil perceber a utilidade de um modelo contratual para aplicação global; mas a diversidade de sistemas legais também pode ser um entrave. Os sistemas jurídicos do mundo contemporâneo são resultado de evoluções de diferentes culturas, sociedades e sistemas políticos. Com raízes distintas, esses sistemas são descritos em diferentes línguas, formados por diferentes costumes e influenciados por diferentes crenças religiosas. Consequentemente, em razão desta variedade sociocultural, os contratos internacionais se deparam com enormes dificuldades ao início de cada nova contratação. A conciliação entre ambos – padrão internacional e lei local – pode ressaltar na difícil e secular tarefa de compreender e apaziguar diferenças entre dois ou mais sistemas jurídicos.

O padrão FIDIC pretende superar esta dificuldade e sobreviver globalmente¹¹⁹ sob a égide de dois pilares básicos: (i) flexibilidade, com adaptação a legislações locais e (ii) apelo econômico, com alocação de risco mais favorável ao contratante e agentes financeiros¹²⁰. Analisaremos, por enquanto, somente o primeiro item, sob a perspectiva de recepção de lei local.

O Livro de Prata é o resultado de um acordo internacional e como tal tem o objetivo de formar um modelo contratual para aplicação global. Esta prática, no que tange ao EPC, possui por um lado a vantagem específica de tratar de assunto de interesse geral internacional - a construção. Neste aspecto, agrega a objetividade da

¹¹⁸ CARMO, Lie Uema. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit. p.101.

¹¹⁹ This form for EPC/Turnkey Projects is thus intended to be suitable, not only for EPC Contracts within a BOT or similar type venture, but also for all the many projects, both large and smaller, particularly E & M (Electrical and Mechanical) and other process plant projects, being carried out around the world by all types of employers, often in a civil law environment, where the government departments or private developers wish to implement their project on a fixed-price turnkey basis and with a strictly two party approach. Notas de introdução ao *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, Genebra: FIDIC, 1ª ed. 1999.

¹²⁰ Among other things, such form may need to be adapted to take account of the special, if not unique, characteristics of each project, as well as the requirements of lenders and others providing financing. Nevertheless, such changes do not do away with the need for a standard form. Notas de introdução ao *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit. Grifo nosso

engenharia ao incorporar de regras preestabelecidas e de consenso global; mas, ainda assim, é contrato e, como tal, busca acomodar os anseios e as aspirações das relações humanas e está sujeito a todas as nuances de regramentos jurídicos e aplicação de legislações locais divergentes. Tal fato pode comprometer o sucesso de sua ampla utilização.

A fim de acomodar a demanda das diversas legislações disponíveis, a FIDIC dispõe que o contrato será regido pela lei do país (ou outra jurisdição) estabelecida nas condições específicas¹²¹. O texto busca certa neutralidade, a fim de ser recepcionado por qualquer ordenamento jurídico onde seja aplicado.

Neste ponto, sobreleva notar que independentemente da proveniência ou da natureza de um contrato, permanece o fato de que ao executá-lo total ou parcialmente em determinado país, ele deverá observar as normas cogentes do local aplicável. Nos contratos de EPC está realidade não é diferente. Não se deve confundir, nesse caso, lei e foro. A lei local deve sempre ser observada na localidade onde houver execução total ou parcial de um contrato. No caso do Brasil, há que se verificar – por exemplo - se a estrutura do contrato está de acordo com os quesitos mínimos da lei, como capacidade das partes, licitude do objeto e forma prescrita ou não defesa em lei¹²²; trata-se de quesito mínimo obrigatório, sob pena de nulidade. Por outro lado, em relação ao foro, as partes podem dispor conforme sua conveniência e interesse a competência para analisar e julgar aos litígios advindos de um contrato¹²³, com possibilidade de eleição de cortes ou câmaras locais ou internacionais para as quais se podem estabelecer a utilização de leis e dispositivos específicos para interpretar obrigações contratuais, cláusulas, julgar e decidir sobre disputas ou conflitos¹²⁴.

¹²¹ The Contract shall be governed by the law of the country (or other jurisdiction) stated in the Particular Conditions. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. pag. 22

¹²² Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro - Artigo 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹²³ Lei 13.105/2015 - Código de Processo Civil - Artigo. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

¹²⁴ Lei 13.105/2015 - Código de Processo Civil - Artigo 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

O Livro Prata reconhece a necessidade de aplicação da lei do local da obra e endereça ao *epicista* esta demanda obrigatória como conceito geral¹²⁵ de observar a legislação local. Não obstante, endereça também questões relevantes e de usual preocupação em contratos de grandes obras em cláusulas específicas, tais como a lei trabalhista, saúde, segurança, e imigração¹²⁶. Vale notar que o texto do contrato não adentra em especificações e limites de cada um destes pontos sensíveis à legislação, apenas dispõe de forma ampla que cabem ao *epicista* sua plena observância.

A linguagem ampla ou genérica se utilizada sem a devida análise e adaptação - com a abrangência de cláusulas como as descritas - pode ser também uma armadilha ao passar uma sensação virtual de segurança, teoricamente sem necessidade de adições. O contrato na forma publicada parece endereçar questões importantes, alocando riscos de forma apropriada; mas de fato nem sempre o faz.

Segundo o termo padrão, o *epicista* está obrigado a cumprir a lei e recolher todos os impostos incidentes ao contrato¹²⁷; mas não há, por exemplo, disposição contratual sobre a responsabilidade subsidiária ou solidária do contratante quanto às questões fiscais¹²⁸ e trabalhistas,¹²⁹ assuntos extremamente sensíveis e relevantes no Brasil. Trata-se de um lapso do qual podem resultar prejuízos inesperados. Se adicionarmos a esta lacuna a condição societária usualmente adotada pelo *epicista*, de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), criada somente com o objetivo de concluir o empreendimento, sem um lastro condizente de garantias, ter-se-á uma falha de estrutura contratual. Não é raro, pois, que débitos fiscais e trabalhistas sejam cobrados ou reclamados após a conclusão da obra e conseqüente em data posterior ao pagamento integral do preço, momento no qual nada restará ao contratante para reter em pagamentos do *epicista*. Claramente existem formas de o contratante buscar o ressarcimento devido após a conclusão do contrato, mas não sem evitar o desgaste de

¹²⁵ Cláusula 1.13 - The Contractor shall, in performing the Contract, comply with applicable Laws. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit.

¹²⁶ Cláusula 6.4 - Labour Laws - The Contractor shall comply with all the relevant labour Laws applicable to the Contractor's Personnel, including Laws relating to their employment, health, safety, welfare, immigration and emigration, and shall allow them all their legal rights. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit.

¹²⁷ Cláusula 14.1 - the Contractor shall pay all taxes, duties and fees required to be paid by him under the Contract, and the Contract Price shall not be adjusted for any of these costs.

¹²⁸ Vide artigos 124 e 133 do Código Tributário Nacional – Lei 5.172/66.

¹²⁹ Vide súmula 331 do TST - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

notar uma falha contratual, visto que este documento deveria reduzir e alocar riscos desta natureza.

Note-se que a fragilidade do contrato FIDIC em razão de sua abrangência, não depende de casuísmo. Sua linguagem pode apresentar fragilidades mesmo sem analisá-lo sob a ótica específica de determinada legislação ou projeto. Como outro exemplo, vejamos o que discorre o contrato sobre a responsabilidade de obtenção de permissões, licenças ou aprovações. Este item não está inteiramente claro, quando as cláusulas 1.13 (a) e (b) são comparadas.

A cláusula 1.13 (a) afirma que o contratante deverá obter as permissões de planejamento, zoneamento ou permissões similares para os trabalhos.¹³⁰ De forma diversa, a cláusula 1.13 (b) afirma que o epecista deve pagar por todos os deveres fiscais e obter todas as permissões, licenças e aprovações, conforme requerido pelas leis em relação ao design, execução e conclusão dos trabalhos, além do dever de reparação em caso de eventuais defeitos.¹³¹ Não fica claro o que significa “permissões similares” as quais o Empregador é responsável nos termos da Sub-Cláusula 1.13 (a) e como se encaixam aquelas com as obrigações do epecista na Sub-Cláusula 1.13 (b).

No que concerne aos contratos de EPC, as licenças e permissões são essenciais uma vez que não se trata apenas de obra; mas também de início de operação e testes de produção de grande porte: projetos de infraestrutura, mineração, prospecção de recursos naturais e energia - para os quais há indubitavelmente uma grande dependência deste tipo de documento. O que se espera de um contrato de EPC é a inclusão de uma programação detalhada das permissões necessárias bem como a parte responsável por obtê-las.

Embora se reconheça o inegável valor da linguagem abordada no Livro Prata,

¹³⁰ Cláusula 1.13 (a) the Employer shall have obtained (or shall obtain) the planning, zoning or similar permission for the Permanent Works, and any other permissions described in the Employer's Requirements as having been (or being) obtained by the Employer; and the Employer shall indemnify and hold the Contractor harmless against and from the consequences of any failure to do so. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit. Tradução nossa.

¹³¹ Cláusula 1.13 (a) the Contractor shall give all notices, pay all taxes, duties and fees, and obtain all permits, licenses and approvals, as required by the Laws in relation to the design, execution and completion of the Works and the remedying of any defects; and the Contractor shall indemnify and hold the Employer harmless against and from the consequences of any failure to do so. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit. Tradução nossa.

com uma cobertura abrangente de importantes tópicos legais e técnicos do um projeto EPC *Turnkey*, parece temerária a sua aplicação expressa com mínimas intervenções em países como o Brasil. A FIDIC parece reconhecer parcialmente a necessidade de negociação e intervenção de seus termos:

“A FIDIC reconhece que os projetos de financiamento privado são geralmente mais sujeitos a negociação que os de financiamento público e, portanto, alterações são prováveis em qualquer modelo de contrato proposto para projetos BOT [construir-operar-transferir] ou similares. Entre outras coisas, esse modelo pode ter de ser adaptado para considerar as características especiais, se não únicas, de cada projeto, bem como os requisitos de credores e outros que forneçam financiamento. No entanto, tais alterações não afastam a necessidade de um modelo padrão”¹³².

Seja no que concerne a especificações da lei local ou as necessidades específicas de um projeto, o modelo apresentado pode ser um importante guia ou direcionador de padrão; mas jamais, um contrato definitivo para o qual baste o seu preenchimento similar a um formulário.

Assim, o sucesso e a sobrevivência do Livro Prata parecem residir no apelo econômico do modelo, com alocação de risco mais favorável ao contratante e agentes financeiros.

2.3 Alocação dos riscos e responsabilidades

Risco é a palavra chave para o contrato de EPC. O contrato de EPC ideal faz uma alocação sistematizada de riscos, de forma que a parte que vá suportá-lo possua proximidade com ele e tenha condições de gerenciamento e mitigação sobre seus aspectos. Conforme descrito anteriormente, o conceito *single point of contact* ou *single point responsibility* do contrato é o racional econômico deste tipo contratual o *epecista* é responsável por todos os riscos operacionais do empreendimento: o projeto, a aquisição de materiais e equipamentos, a construção, a montagem, o desenvolvimento do programa de testes e comissionamento e a garantia da qualidade e operacionalidade do empreendimento.

¹³² FIDIC recognizes that privately-financed projects are usually subject to more negotiation than publicly-financed ones and that therefore changes are likely to have to be made in any standard form of contract proposed for projects within a BOT or similar type venture. Among other things, such form may need to be adapted to take account of the special, if not unique, characteristics of each project, as well as the requirements of lenders and others providing financing. Nevertheless, such changes do not do away with the need for a standard form. Notas de introdução ao *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

Ainda assim, alocação de risco a favor de uma parte não significa assunção irrestrita de riscos pela mesma. Segundo FERNANDES,

“...ao analisarmos o conceito econômico do risco, verificamos sua íntima ligação com o lucro, variando na proporção direta do risco assumido. Sendo alto o risco, as margens de lucro deverão ser maiores, exatamente para fazer frente às contingências trazidas por ele”¹³³.

Por sua estrutura e conceito de formação, o padrão FIDIC de EPC concentra os riscos do contrato no *epcista* de forma mais acentuada que os contratos de EPC em geral¹³⁴. As obrigações mais relevantes do contratante restringem-se disponibilização de informação durante o período pré-contratação, tais como descrição de design básico e prover a definição do propósito dos trabalhos e estabelecer critérios de teste e performance, além de efetuar os pagamentos. A desvantagem deste tipo de abordagem reflete-se no preço da obra¹³⁵, que deverá ser significativamente mais alto quando comparado com contratos cuja reciprocidade de riscos seja distribuído de maneira mais igualitária.

Alguns riscos podem ser previstos de forma antecipada, enquanto outros são de difícil previsão, porém surgem em situações bem definidas.¹³⁶ Para melhor análise da alocação de riscos no padrão FIDIC, utilizaremos a classificação de risco apresentada por Gomez¹³⁷, que divide em (i) risco de mercado; (ii) riscos financeiros; (iii) riscos tecnológicos; (iv) riscos de construção; (v) riscos operacionais; (vi) riscos regulatórios; (vii) riscos sociais; (viii) riscos de concessão; e (ix) riscos de jurisdição.

i - Os riscos de mercado estão associados a análise do mercado que se

¹³³ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 85.

¹³⁴ EIC [European International Contractors] accept that contractors will bear considerably more risk under a turnkey contract compared to that of a conventional construct only contract but EIC cannot accept the extent to which Silver Book goes in attempting to make the contractor responsible for almost every eventuality however unforeseeable. EIC believe that the Employer cannot pass liability for all risks to the Contractor and any contract signed under Silver Book should clearly define where liability lies to ensure that contractors are in a position to accurately identify, price and manage those risks which are to be their responsibility. *EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contracts for Turnkey Projects*. Berlin: European International Contractors, 2^aed, 2003. p.6

¹³⁵ The Employer must also realize that asking responsible contractors to price such risks will increase the construction cost and result in some projects not being commercially viable. Notas de introdução ao *Conditions of Contract for EPC/Turnê Projects*. cit.

¹³⁶ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Os contratos de Construção FIDIC perante o Direito Chileno, in Direito da Construção*. Organização MARCONDES, Fernando. São Paulo, Pini, 2014. p.218.

¹³⁷ GOMEZ, Luiz Alberto. et al. *Contrato EPC – Turnkey*. Florianópolis: Visual Books, 2006. p.44.

pretende atender com o termino da obra. Para avaliação deste risco, múltiplo cenários são avaliados, tomando-se por base uma expectativa ou projeção de crescimento econômico: demanda por energia, consumo de petróleo, preço de mercado de determinado minério, quantidade usuários de um sistema de transporte etc. As análises e prognósticos dependem do tipo de obra, mas quando equivocados terão impactos negativos para o dono do empreendimento.

Normalmente os estudos de mercado são realizados previamente, em uma fase pré-projeto e desta forma envolvem mais o contratante que o *epcista*. Nos contratos de EPC em geral, bem como no Livro Prata não há dispositivo que trate de riscos de mercado, pois relaciona-os a uma análise inicial do contratante e não da construção.

ii - Os riscos financeiros estão ligados aos investimentos e financiamentos necessários à obra. Não se pode confundi-lo com riscos econômicos ou técnicos, nos quais o empreendimento não é levado adiante em razão da falta de retorno econômico aos investidores. No risco financeiro as análises baseiam-se nos pontos de atenção e fragilidade em torno do projeto e no potencial retorno esperado¹³⁸.

A preocupação com os aspectos financeiros é um grande trunfo do padrão FIDIC¹³⁹. Instituições financeiras internacionais usualmente impõe o Livro Prata como condição essencial ao financiamento de empreendimentos, mas não porque existam muitas cláusulas sobre este tema no contrato. Existem duas menções importantes sobre agentes financiadores ou bancos que demonstram com muita clareza os rumos do modelo de contrato. A primeira delas, nas notas introdutórias, há menção de que o contrato poderá ser adaptado para conter disposições específicas de credores ou financiadores¹⁴⁰ e, na segunda, abre-se um relevante tópico de considerações com o título “acordos financeiros” em meio ao capítulo 14, que trata do preço contratual e pagamento, para expor a necessidade de inclusões, alterações e

¹³⁸ GOMEZ, Luiz Alberto. *Contrato EPC – Turnkey*. cit. p.44

¹³⁹ ...the allocation of risk provided for in the turnkey construction Contract negotiated initially between the Sponsors and the EPC Contractor may need to be adjusted in order to take into account the final allocation of all risks between the various contracts forming the total package. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Notas de introdução.

¹⁴⁰ Among other things, such form may need to be adapted to take account of the special, if not unique, characteristics of each project, as well as the requirements of lenders and others providing financing. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Notas de introdução. Grifo nosso.

adaptações conforma a demanda de instituições financeiras.¹⁴¹ O cuidado ao deixar a presente disposição de alteração, trata-se de lista extensa de considerações e possíveis arranjos e cláusulas sugestivas em benefício de financiadores. É algo relevantíssimo em um contrato com tantas disposições fixas e aparentemente inalteráveis, principalmente para o *epécista*.

Entretanto, o *epécista* não está de todo descoberto no que tange aos riscos financeiros. Embora não lhe caiba alterar ou incluir cláusulas em seu benefício, o risco de inadimplência do contratante pode ser mitigado pela aplicação da cláusula 2.4 que expressa o dever do contratante submeter ao *epécista*, em 28 dias após o pedido recebido, prova razoável de que arranjos financeiros foram feitos e estão sendo mantidos no intuito do contratante pagar o preço do contrato¹⁴².

Trata-se de importante ferramenta contratual para o controle de riscos para o *epécista*, especialmente quando o financiamento do dono da obra advém de terceiros. Para efetividade desta ferramenta, o *epécista* deve ter o direito de se recusar levar adiante qualquer variação significativa no escopo do contrato se nenhuma evidência clara for apresentada de que os fundos disponíveis são suficientes para cobrir os custos da variedade de trabalhos¹⁴³.

Para o caso de inobservância do dispositivo, uma sanção poderosa está à disposição do *epécista*, caso o contratante falhe em prover a prova razoável: o *epécista* terá o direito de suspender o trabalho ou finalizar o contrato sob guarida da cláusula 16.2 - esta será objeto de comentários mais adiante.

Por outro lado, o conceito do que constitui uma “prova razoável” não é propriamente identificado nos temas do Livro Prata. É recomendável que o *epécista*

¹⁴¹ ...the financing institution or bank may wish the Contract to include references to the financing arrangements, especially if funding from more than one source is to be arranged to finance different elements of supply. It is not unusual for the Particular Conditions to include special provisions identifying different categories of Plant and specifying the documents to be presented to the relevant financing institution to obtain payment. If the financing institution's requirements are not met, it may be difficult (or even impossible) to secure suitable financing for the project, and/or the institution may decline to provide finance for part or all of the Contract. Notas explicativas à cláusula 14, Preço e Pagamento, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. p. 106.

¹⁴² The Employer shall submit, within 28 days after receiving any request from the Contractor, reasonable evidence that financial arrangements have been made and are being maintained which will enable the Employer to pay the Contract Price. Cláusula 2.4, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit.

¹⁴³ *EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contracts for Turnkey Projects*. cit. p.10.

deve tentar estabelecer isto antes de submeter a proposta; pois o fracasso em fazê-lo poderá prejudicar qualquer tentativa de obter informações mais detalhadas durante a vigência do contrato, se, por exemplo, uma grande variação do escopo contratual for instruída.

Na qualidade de contrato de engenharia, não é possível determinar se a falta de definição de prova razoável visa beneficiar uma das partes ou apenas garantir que o contrato seja amplo e genérico o suficiente para garantir sua larga aplicação; mas de qualquer forma carece de elementos necessários a correta aplicação do dispositivo.

Outro elemento importante nas questões dos riscos financeiros dos contratos e EPC é a cláusula *step-in* ou *step-in rights*¹⁴⁴. Esta cláusula garante ao contratante ou ao financiador o direito de assumir o projeto – bem como toda cadeia de subfornecedores – a fim de que seja garantida a continuidade do projeto em casos de emergência ou inadimplência¹⁴⁵. É um expediente contratual bastante utilizado, pois alça o empreendimento a patamar de relevância acima do interesse individual das partes, denotando que o projeto deve ser concluído e deixando para segundo plano os percalços individuais das partes.

Entretanto, o padrão FIDIC não faz menção aos *step-in rights* seja em relação ao dono da obra e o *epecista* ou mesmo entre estes e os agentes financeiros. Causa certa estranheza o silêncio do Livro de Prata neste sentido; pois, para que tenha validade em relação à obra e ao *epecista*, este tem o dever de estar ciente sobre quaisquer termos e condições neste sentido. Não se pode afirmar se a omissão é proposital ou acidental, mas a ausência deste dispositivo preserva a aplicabilidade do padrão contratual em locais onde este tipo de cláusula seria considerado abusivo ou inválido.

iii - Os riscos tecnológicos estão relacionados à engenharia em torno do projeto. São riscos ligados ao grau de inovação de máquinas e equipamentos, bem como dos desenvolvimentos necessários. As dificuldades impostas pela natureza ou

¹⁴⁴ O art. 27-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), introduzido em janeiro de 2015, nas condições estabelecidas será autorizado o direito de assumir o controle de concessionárias de serviços públicos, os financiadores e garantidores, para promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade dos serviços.

¹⁴⁵ YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. op. cit. p. 91.

pela condição dos trabalhos podem representar dificuldades relevantes a este tópico¹⁴⁶.

Os contratos de EPC são resultado de maturidade da era industrial oriunda da crescente complexidade tecnológica¹⁴⁷ e, como área do conhecimento científico, é prodiga no enfrentamento de questões relevantes¹⁴⁸. Portanto, determinados empreendimentos têm na tecnologia o principal componente necessário para sua viabilização e, dependendo da tecnologia empregada, os equipamentos poderão atingir um percentual relevante do investimento total para o empreendedor, algo entre 50% e 70% do investimento total¹⁴⁹.

Para os casos onde a tecnologia empregada seja de domínio público ou fácil substituição o risco será proporcionalmente pequeno. Entretanto, os projetos normalmente exigem uma gama de habilidades e processos que nem sempre estão disponíveis a partir de um único *epecista*. A título de exemplo, grandes projetos petroquímicos podem ter uma série de contratos de fornecimento, para várias tecnologias representadas por diferentes unidades de processo, além de um contrato *turnkey* específico para a infraestrutura. Nestes casos, cada parcela do fornecimento será projetada (*engineered*), adquirida (*procured*) e construída (*constructed*) por um ou mais contratados, trabalhando lado a lado, embora dentro de suas respectivas plantas no complexo processo¹⁵⁰. Para evitar o aumento de exposição, a recomendação é que os fornecedores relevantes participem do contrato principal.

Não raro esses projetos envolvem o uso de diversas tecnologias licenciadas e de propriedade de terceiros, mas nem sempre as empresas essenciais ao projeto (detentoras da referida tecnologia) estão sob a tutela do contrato de EPC. Assim, se a empresa que detém a licença de tecnologia não é a mesma empresa que realiza os trabalhos sob os termos do EPC, há uma evidente dificuldade na obtenção de um envoltório do *single-point responsibility* do contrato¹⁵¹.

¹⁴⁶ GOMEZ, Luiz Alberto. cit. p.45

¹⁴⁷ GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. cit. p.11.

¹⁴⁸ Idem. p. 37.

¹⁴⁹ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. cit. p.56.

¹⁵⁰ HOISE, Jonathan. *Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get?* Chicago. 2007. Disponível em www.fidic.org. Acessado em 21/02/2016.

¹⁵¹ Idem.

Por fim, cabe lembrar o risco tecnológico para casos onde o empreendimento demande a criação ou desenvolvimento de tecnologia específica. Para certos tipos de projetos – principalmente aqueles que demandem grande interação com elementos naturais - os estudos e avaliações prévias ou iniciais, não tem o condão de prever todas as dificuldades que serão encontradas.

Sem embargos à relevância dos riscos tecnológicos, o Livro de Prata não faz menção específica sobre este item em suas cláusulas que são tratadas conjuntamente com os riscos de construção e, portanto, serão identificados nos parágrafos abaixo.

iv - Os riscos de construção, por sua vez, revelam-se nas dificuldades encontradas na execução dos projetos¹⁵². O risco aqui apresentado será maior conforme o grau de sofisticação da atividade ou em razão do local ou das condições do trabalho¹⁵³.

Nos contratos de EPC é através da construção que os demais elementos do contrato se aperfeiçoam e caminham para o objeto final pretendido. A construção põe à prova os desenhos, o material, a mão de obra e a tecnologia. Portanto, é na fase de construção que a estrutura de prazo e preço podem se desequilibrar e colocar em risco a segurança almejada no empreendimento.

Constitui-se natureza do EPC que a engenharia seja uma responsabilidade do *epicista* e os termos FIDIC pontuam com veemência as responsabilidades que lhe são atribuídas. Prova da importância da alocação de riscos da construção ao *epicista* é que antes mesmo das cláusulas contratuais existe recomendação expressa de inaplicabilidade do Livro Prata para casos onde a construção envolva substancial trabalho subterrâneo ou em outras condições nas quais o *epicista* não possa inspecionar os riscos¹⁵⁴.

A avaliação prévia dos riscos é essencial uma vez que, com assinatura dos termos contratuais, o contratado será responsável pela adequação, estabilidade e

¹⁵² GOMEZ, Luiz Alberto. *Contratos EPC Turnkey*. cit. p.45

¹⁵³ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Os contratos de Construção FIDIC Perante o Direito Chileno*, in *Direito da Construção*. cit. p.219

¹⁵⁴ These Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects are not suitable for use (...)If construction will involve substantial work underground or work in other areas which tenderers cannot inspect. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit. Notas de introdução.

segurança de todas as operações do site, de todos os métodos de construção e de todas as obras realizadas¹⁵⁵. Assim, segundo a FIDIC, o *epcista* que aceitar a contratação sob o *Silver Book* será responsável pela precisão e exatidão de todas as informações e dados não importando sua fonte.

No entanto, é provável que o maior desafio, e conseqüentemente o maior risco, seja a dificuldade de checar e confirmar com precisão ou adequação as informações e dados fornecidos pelo contratante.

Neste ponto estabelece-se uma importante distinção da alocação de riscos de construção: a quem cabe ou caberia o conhecimento dos riscos? A resposta à questão deve estar baseada na cadeia de eventos que culmina com a contratação, mais do que dispõe a linguagem contratual espera-se que a partes tenha agido com a cautela necessária para a mitigação dos riscos próprios e totais do empreendimento.

Ao apresentar seu preço o *epcista* baseia-se em condições e informações prévias apresentadas pelo contratante, pois naquele momento os estudos e verificações das condições e do local da obra são objeto de investigação apenas pelo contratante. Não se trata apenas de uma questão de acesso ao local das obras ou falta de interesse do *epcista*, mas dependendo das peculiaridades do projeto investigações mais detalhadas são inviáveis durante a apresentação de proposta. Neste padrão, o *epcista* deve estar especialmente alerta para riscos não mensuráveis, que estejam completamente fora de controle ou riscos que possam ser incrementados pela ação de terceiros.

A partir daí identificam-se diversas situações de origem pré-contratual que contribuem para os riscos de construção: insuficiente fundamentação para tomada de decisão e formação do preço, insuficiente entendimento dos riscos e seus impactos no orçamento, falta de dados ou experiências anteriores e até mesmo o otimismo infundado em relação ao projeto.

É possível, ainda, que estudos iniciais apresentados indiquem falhas ou condições geológicas que, no momento da execução, mostrem-se diferentes, em

¹⁵⁵ The Contractor shall be responsible for the adequacy, stability and safety of all site operations, of all methods of construction and of all the works. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit. Cláusula 4.1.

diversos aspectos¹⁵⁶.

“A discussão desse tema é muito comum, por exemplo, em empreendimentos os quais envolvam a implantação de usinas hidroelétricas, terminais portuários, estradas e tuneis, nos quais o dono da obra tenta, algumas vezes transferir contratualmente ao epecista os altos riscos geológicos do projeto. Todavia, esse risco, normalmente, é alocado à contratante”¹⁵⁷.

Somem-se, também, os casos que o dono da obra seja o detentor da tecnologia necessária ao empreendimento ou que o mesmo conheça melhor detalhes do processo produtivo que determinarão as especificações do projeto.

Neste passo, parece que o dispositivo do Livro Prata de inaplicabilidade do contrato funciona mais como uma ferramenta de isenção contratual do contratante, tendente a manter o preço do contrato, mesmo em condições adversas.

Reforçando esta percepção, vejamos o que dispõe a cláusula 4.12, sob o título de “dificuldades imprevisíveis”:

“Salvo disposição em contrário no Contrato:
 (a) o *epecista* deverá ser considerado como tendo obtido todas as informações necessárias quanto aos riscos, contingências e outras circunstâncias que possam influenciar ou afetar a obra;
 (b) mediante a assinatura do contrato, o *epecista* aceita a responsabilidade total por ter previsto todas as dificuldades e os custos de concluir com sucesso a obra; e
 (c) o Preço do Contrato não deve ser ajustado para incluir quaisquer dificuldades ou custos imprevistos”¹⁵⁸.

O padrão FIDIC impõe que o *epecista* assumam mais riscos do que um contrato EPC convencional. Para que esta alocação seja eficiente é necessária a intervenção das partes a fim de definir claramente onde a responsabilidade reside e garantir que *epecista* estejam em posição de identificar com precisão o preço e gerenciar esses riscos que serão de sua responsabilidade.

v - Riscos operacionais referem-se ao desempenho da obra. Espera-se que o projeto obtenha certo índice de satisfação quanto a sua performance, a falta

¹⁵⁶ SILVA, Leonardo Toledo da. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. Direito e Infraestrutura*. cit. p. 53.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Except as otherwise stated in the Contract (a) the Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Works; (b) by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works; and (c) the Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. cit. Cláusula 4.12.

atendimento ao quesitos pré-estabelecidos representam falha na execução do contrato.¹⁵⁹

A operação satisfatória de um empreendimento num contrato de EPC representa a convergência bem sucedida de todas as etapas anteriores, é o coroamento do projeto e, por isso mesmo, objeto bastante sensível ao contrato.

O padrão em um contrato de EPC é que a partir da conclusão dos trabalhos e do encerramento da obra o empreendimento é entregue ao proprietário¹⁶⁰ e, a partir deste momento o contratante poderá coloca-lo em funcionamento e verificar eventuais defeitos ou vícios de qualidade.

Entretanto, para os tipos de contratação *turnkey* - como o desposado pelo padrão FIDIC - o *epecista* assume a obrigação de entregar a obra perfeita e acabada, em condição operacional, de forma que o início das atividades produtivas já tenham sido testas e estejam em curso.

O texto apresentado no Livro Prata menciona que, quando concluída, as obras devem ser adequadas aos fins para as quais as foram pretendidas conforme definição do Contrato¹⁶¹. Assim, o ato de entrega da obra pelo *epecista* ao dono da obra é conhecido como aceite provisório. O aceite final, com a conclusão afetiva da obra pelo *epecista* e aceita da mesma pelo contratante, será concedida somente mediante o certificado de desempenho¹⁶² obtido através de teste realizados com base em parâmetros de qualidade e produtividade previamente definidos.

Para o caso de projetos que envolvam instalações mecânicas ou elétricas, tais como instalações industriais ou usinas de geradoras elétricas, os testes mais completos para identificar além do funcionamento os limites e capacidades de produção.

Caso o *epecista* não entregue a performance contratualmente almejada, o contratante poderá obriga-lo a permanecer na obra a fim de que corrija o necessário

¹⁵⁹ GOMEZ, Luiz Alberto. *Contratos EPC Turnkey*. cit. p.46.

¹⁶⁰ Momento comumente conhecido como *taking over*.

¹⁶¹ When completed, the Works shall be fit for the purposes for which the Works are intended as defined in the Contract *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, op cit. Cláusula 4.1.

¹⁶² Cláusula 11.9 - Only the Performance Certificate shall be deemed to constitute acceptance of the Works *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Project*. cit. Cláusula 11.9

para atingir os níveis contratados, mas ainda assim poderá aplicar-lhes a penalidades pelo atraso na entrega¹⁶³, mas caso a falta persista o *epecista* será considerado inadimplente.

Desta forma os parâmetros de avaliação de desempenho devem ser claramente estabelecidos no contrato, pois uma vez não alcançados poderão resultar na rejeição ou desaprovação dos trabalhos.

vi - Riscos regulatórios envolvem fatores macro econômicos e políticos que, uma vez modificados, dificultam a conclusão do contrato ou o cumprimento do cronograma de execução, como obtenção de licenças, alteração de matérias trabalhistas ou de segurança do trabalho¹⁶⁴.

Embora os contratos de EPC atribuam maior carga de responsabilidades ao *epecista*, conforme assevera SILVA, “os contratos de construção, em essência, possuem um grande nível de comutatividade de obrigações entre as partes”¹⁶⁵. Ao contratante cabem poucas, contudo cruciais, obrigações contratuais necessárias ao andamento dos trabalhos. Este é o caso de licenças, autorizações liberações etc., todas relacionadas às demandas regulatórias.

No padrão FIDIC, conforme exposto no tópico anterior, o contrato discorre sobre a responsabilidade de obtenção de permissões, licenças ou aprovações de forma pouco clara nas cláusulas 1.13 (a) e (b).

A primeira determina que o contratante estará encarregado de obter as permissões necessárias aos trabalhos.¹⁶⁶ Por outro lado a cláusula seguinte afirma que cabe ao *epecista* obter todas as permissões, licenças e aprovações, necessárias à conclusão dos trabalhos¹⁶⁷.

¹⁶³ Cláusula 8.7 - *Delay damages. Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.* cit.

¹⁶⁴ GOMEZ, Luiz Alberto. *Contratos EPC Turnkey.* cit. p.46

¹⁶⁵ SILVA, Leonardo Toledo da. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. Direito e Infraestrutura.* cit. p. 58.

¹⁶⁶ Cláusula 1.13 (a) the Employer shall have obtained (or shall obtain) the planning, zoning or similar permission for the Permanent Works, and any other permissions described in the Employer's Requirements as having been (or being) obtained by the Employer; and the Employer shall indemnify and hold the Contractor harmless against and from the consequences of any failure to do so. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, op cit. Tradução nossa.

¹⁶⁷ Cláusula 1.13 (a) the Contractor shall give all notices, pay all taxes, duties and fees, and obtain all permits, licenses and approvals, as required by the Laws in relation to the design, execution and completion of the Works and the remedying of any defects; and the Contractor shall indemnify and

Vale lembrar que embora o *epecista* seja responsável pela obra, os documentos para instalação e operação desta obra figuram uma base documental mínima para os trabalhos tenha início. A título de exemplo e concretude pode-se considerar a construção de unidade fabril para produção de papel e celulose, para a qual falte a licença ambiental para plantação de eucaliptos (matéria prima), bem como as de funcionamento de caldeiras e emissão de gases dos fornos (processo produtivo), necessários à operação. Não se pode conceber que seja de responsabilidade do *epecista*, são exclusivamente do dono da obra¹⁶⁸, pois invariavelmente devem ser obtidas antes ou concomitantemente com a construção do empreendimento.

Desta feita, caso determinada atividade ou frente de obra não possa ser iniciada em razão direta da falta de documentos relacionados a assuntos regulatórios do empreendimento, o risco e a responsabilidade correrão por conta do contratante¹⁶⁹. Ainda assim, assevera-se que em contratos desta magnitude é essencial a inclusão de uma programação detalhada das permissões necessárias, bem como a parte responsável por obtê-las.

vii - Riscos sociais estão relacionados aos conflitos ou dificuldades do empreendimento com comunidades ou movimentos sociais. A oposição de grupos indígenas à construção de uma barragem, questionamentos sobre desmatamento necessários para a construção de um canteiro de obras ou mesmo greves¹⁷⁰.

Em princípio pode parecer que a exemplo dos riscos regulatórios, os riscos sociais estão mais próximos do campo de atuação do dono da obra, mas de fato esta percepção pode ser enganosa. Isto, pois o risco social depende de componentes que podem estar sob a tutela de qualquer das partes e até mesmo terceiros.

Os riscos sociais estão muito ligados ao tipo do projeto e, embora possam ser esperados, são imprevisíveis. É possível que para a construção de uma hidroelétrica ocorram questionamentos de grupos ambientalistas e de comunidades afetadas com

hold the Employer harmless against and from the consequences of any failure to do so. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

¹⁶⁸ YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit. p. 109.

¹⁶⁹ SILVA, Leonardo Toledo da. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. Direito e Infraestrutura*. cit. p. 58.

¹⁷⁰ GOMEZ, Luiz Alberto. cit. p.47

as alterações no curso de um rio ou vazão de suas águas, mas não é possível precisar se de fato ocorrerão e, caso positivo, em que intensidade e quicá com quais efeitos e consequências. Da mesma forma que em uma construção com grande mobilização de mão de obra pode-se cogitar que ocorrerão greves e reivindicações de trabalhadores, mas não há certeza.

Por estas características os riscos sociais, no Livro Prata, estão enquadrados como eventos de exceção: força maior. No direito brasileiro conhecido alternativamente como caso fortuito¹⁷¹.

A cláusula 19.1 descreve - de forma usual em termos contratuais - a série de eventos como guerras, protestos, greves, invasões etc. sujeitos à aplicação da excludente, exonerando as partes de suas prestações enquanto durarem os eventos. Desta feita, salvo estipulação expressa em contrário, o risco social é, em princípio, um risco simultâneo das partes no empreendimento.

viii - Riscos de concessão tratam de obras cuja execução dependa da concessão governamental para sua execução. Os contratos desta natureza têm pouca possibilidade de manobra em favor do *epicista* e a modificação da política de concessão pode representar alteração substancial do projeto e perdas consideráveis¹⁷².

O conceito de riscos de concessão está muito próximo do conceito de riscos regulatórios, situa-se no campo de atuação do dono da obra, com o agravante que estes últimos não paralisam apenas o desenvolvimento da obra, mas a operação do projeto todo.

Assim, a concessão de lavra¹⁷³ para a construção de uma planta de mineração ou concessão de exploração de determinado serviço público são documentos basilares para a vida do empreendimento. Estes riscos decorrem de leis específicas¹⁷⁴, mas também dependem de ambientes políticos ou sociais que ditam alterações de forma mais ou menos abruptas, de acordo com regiões e situações fáticas.

¹⁷¹ Artigo 393 do Código Civil – Lei 10.406/02.

¹⁷² GOMEZ, Luiz Alberto. op. cit. p.47.

¹⁷³ Código de Mineração, Art. 43 - A concessão de lavra terá por título uma portaria assinada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

¹⁷⁴ Lei de Concessões – Lei 8987/95.

O padrão FIDIC não dispõe de cláusula específica que trate deste tipo de evento, pode ser enquadrada em caso fortuito ou força maior caso seja ‘evento ou circunstância que não possa ser substancialmente atribuído à outra parte’¹⁷⁵.

Alterações de concessão podem infligir pesados prejuízos às partes ao ponto de inviabilizar completamente o empreendimento.

ix - Riscos de jurisdição representam os riscos do empreendimento sujeito a várias entidades governamentais que possam ter influência de alteração, suspensão ou encerramento de uma obra, sob o argumento de preceitos específicos como norma ambiental¹⁷⁶.

Os riscos de jurisdição são particularmente expressivos no Brasil não somente pela possibilidade de conflito positivo de competência¹⁷⁷ no campo processual, mas também em decorrência da multiplicidade de órgão governamentais regulatórios e fiscalizadores aqui presentes.

Apenas a título ilustrativo, os órgãos de controle e fiscalização do meio ambiente na estrutura administrativa governamental brasileira, possuem sete diferentes níveis: Conselho do Governo¹⁷⁸, Conselho Nacional do Meio Ambiente¹⁷⁹ (CONAMA), Ministério do Meio Ambiente¹⁸⁰, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis¹⁸¹ (IBAMA), secretarias estaduais de meio ambiente e conselhos municipais de meio ambiente.

Em casos de procedimentos, fiscalizações, investigações, acidentes ou danos ambientais podem ser somados àqueles a Polícia Federal, as policiais estaduais além

¹⁷⁵ 19.1 (d) which is not substantially attributable to the other Party. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

¹⁷⁶ GOMEZ, Luiz Alberto. op. cit. p.47.

¹⁷⁷ Vide artigo 66 – I do Código de Processo Civil, Lei 13.105/15.

¹⁷⁸ Criado pela Lei nº 8.028/1990, visa assessorar a Presidência da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais.

¹⁷⁹ Instituído pela Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, visa assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais.

¹⁸⁰ Criado em 11/1992. Finalidade: Promover a adoção de princípios e estratégias para o conhecimento; Proteção e a recuperação do meio ambiente; Uso sustentável dos recursos naturais; Valorização dos serviços ambientais; Inserção do desenvolvimento sustentável. Disponível em www.mma.gov.br. Acessado em 02/05/2016.

¹⁸¹ Criado pela Lei nº 7.735/1989 Finalidade: Assessorar a Secretaria do Meio Ambiente – SEMA e executar e fazer fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais.

de Ministério Públicos Federal e os ministérios públicos estaduais que igualmente possuem discricionariiedade de investigar e inquerir sobre assuntos desta natureza¹⁸².

Não raro empreendimentos suportados por contratos de EPC são grandes obras cujos efeitos viajam para muito além dos limites físicos da obra eles reverberam sobre diversas áreas de interesse geral como meio ambiente, saúde, economia, política etc e, assim sendo, atraem atenções nem sempre salutares ao desenvolvimento do projeto.

Sobre o risco de jurisdição, o padrão FIDIC igualmente não dispõe de cláusula específica. Ainda assim as questões desta ordem podem ser alocadas conforme a lógica contratual que o risco pertencerá à parte que melhor puder geri-lo.

Com a análise acima dos principais enquadramentos dos riscos contratuais em contratos de EPC, bem como sua contra parte no Livro Prata é possível notar a FIDIC que este último não esgotou as necessidades do que se pode demandar em um empreendimento. Embora o contrato busque de forma sistemática cobrir os principais tópicos não se pode afirmar que seja definitivo. Faz-se imperativo que advogados, consultores, técnicos e engenheiros analisem o caso prático afim de que os devidos detalhes sejam discutidos e seus riscos devidamente considerados e alocados.

Com isto, a recomendação será sempre para que a análise de risco seja avaliada conforme o caso particular e as partes possam adequadamente dispor a quem deverá pertencer o risco da atividade.

2.3.1 Limitação de Responsabilidade

Uma vez que o contrato de EPC aloca substancialmente mais risco ao *epecista* é natural que os riscos assumidos tenham reflexo no preço da obra. Desta forma, quanto maior a exposição ao risco do *epecista* maior será o valor do contrato.

Com esta estrutura contratual, os contratos de EPC são sabidamente mais caros que “caros” que outros modelos contratuais de *project finance* e como forma de

¹⁸² Vide exemplo de casos de queda de barragens: Samarco Mineração S/A - Conflito de Competência Nº 144.922 - MG (2015/0327858-8) STJ ou Centrais Elétricas Belém S/A – CEBEL Conflito de Competência - Nº 116.395 - RO (2011/0062415-4)

viabilizar contratações a custos aceitáveis, cabe ao *epcista* limitar sua responsabilidade através de disposições contratuais que imponham estes limites.

Conceitua FERNANDES que as cláusulas de limitação de responsabilidade são

“convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização”¹⁸³.

Nos contratos de EPC as cláusulas de limitação de responsabilidade são elaboradas de forma de interligadas, funcionamento como uma rede de segurança ao *epcista* de forma que não se exponha a um risco maior do que possa suportar.

Normalmente são estabelecidos dispositivos de limitação em três grandes formatos:

i - limitação geral de indenizações (*limitation of liability* ou *liability caps*), pela qual são estabelecidos os limites de eventuais indenizações devidas pelo *epcista* ao dono da obra. Nesta cláusula normalmente o valor da limitação é calculado sobre o valor total do contrato.

ii - limitação de penalidades por atraso ou falta de desempenho (*delay e performance liquidated damages*), funciona como cláusula penal na qual são previstos os valores fixos ou percentuais em caso de atrasos na entrega, falta de qualidade ou produtividade aquém do estabelecido.

iii – medidas corretivas (*exclusive remedies*), cláusulas que dispõe de forma taxativa quais serão as forma possíveis de reparação dos danos.

O padrão FIDIC dispõe da possibilidade das partes fixarem limite de responsabilidade global do empreiteiro em favor o contratante e em caso de silêncio fixa-se o limite no valor do contrato¹⁸⁴.

Entretanto, o Silver Book estabelece uma série de situações nas quais o limite de responsabilidade não será aplicado: Cláusula 4.19 – Energia elétrica, água e gás; Cláusula 4.20 – Equipamento do contratante e material de publicação gratuita;

¹⁸³ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. cit. p. 112 e 113.

¹⁸⁴ SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos – padrão para contratos FIDIC*. in *Direito e Infraestrutura*. Saraiva, São Paulo, 2012. p. 207.

Cláusula 17.5 – Direitos de propriedade intelectual e industrial; e Cláusula 17.1 – Indenizações.

Neste passo, vale destacar que os limites de responsabilidade do padrão contratual podem ser afetados pela legislação local, que pode limitar a responsabilidade das partes em quantidade (maior ou menor) ou em relação a sua duração (tempo)¹⁸⁵.

Note-se que os especialistas em FIDIC percebem os riscos deste tipo:

“The common law approach as to compensation for delay is that of delay or liquidated damages. By contrast in civil law jurisdictions the doctrine of penalty prevails. Care has to be taken that in an international contract a penalty clause may be considered invalid, when common law is the proper law of the contract”¹⁸⁶.

No Brasil, por exemplo, as cláusulas medidas corretivas ou *exclusive remedies* que limitem umas das partes pleitear reparação de acordo com rito contratual específico, poderá ter sua validade e eficácia questionada ante ao dispositivo constitucional que garante amplo acesso ao judiciário¹⁸⁷.

Da mesma forma, as cláusulas limitadoras de responsabilidade quanto a obrigação do *epccista*, em relação a solidez e segurança da obra, podem ser consideradas nulas caso entenda-se pela aplicabilidade das normas da empreitada ao contrato de EPC e as limitações estejam em desalinho com o Artigo 617 do Código Civil.

2.4. Dificuldade imprevista

Uma vez que os contratos de EPC representam a tecnologia contratual desenvolvida com a finalidade de obtenção de alto nível de certeza jurídica sobre as principais variáveis de um projeto, com reflexos em preço e prazo, qualquer questão

¹⁸⁵ SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos – padrão para contratos FIDIC. in Direito e Infraestrutura*. cit. p. 208.

¹⁸⁶ The common law approach as to compensation for delay is that of delay or liquidated damages. By contrast in civil law jurisdictions the doctrine of penalty prevails. Care has to be taken that in an international contract a penalty clause may be considered invalid, when common law is the proper law of the contract. JAEGER, Axel-Volkmar e Gotz-Sebastian Hok. *FIDIC – A Guide for Practitioners*. Springer, Berlim, 2010, p. 75.

¹⁸⁷ Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

ou intercorrência que tenha o condão de alterar suas bases ocupa lugar central em sua estruturação jurídica¹⁸⁸.

Em contratos de EPC, de forma geral, as possibilidades que autorizam alteração de prazo e preço são em sua maior parte restritas. Visando a manutenção das bases nas quais o contrato foi assinado, as questões de alteração são sempre enumeradas de forma taxativa a fim de não deixar espaços para surpresas. Algumas das possibilidades mais comuns e aceitas em alterações de prazos e preços sem impactos ao *epecista* referem-se a (i) caso fortuito e força maior, (ii) alteração de legislação, (iii) inadimplemento de deveres do contratante e (iv) propostas de alteração do projeto decorrentes de pedido do dono da obra. Note-se que as possibilidades enumeradas estão fora da capacidade de ação da construtora, pois a noção contratual é de que cabe à responsável pela obra a análise de previsibilidade por todos os riscos de suas atividades. Conseqüentemente atrasos não programados decorrentes de ação ou omissão do *epecista* são passíveis de penalidade contratual.

O Livro Prata posiciona-se forma incisiva quantos aos controles de datas de forma que nada que possa prejudicar o projeto escape de uma mensuração ou controle. No padrão FIDIC constam na clausula 8^a - intitulada 'início, atrasos e suspensão' - os procedimentos para determinar o início das obras, a obrigação do *epecista* em completar os trabalhos dentro do prazo estipulado, bem como a obrigação de apresentar cronograma de prazos.

A estrutura da cláusula denota a importância das atividades do *epecista* e determinada que os trabalhos devem ter início no prazo máximo de até 42 dias após a efetivação do contrato; além da obrigação de o *epecista* apresentar dentro de 28 dias, contados da data de início, o cronograma de atividades com determinação expressa de atualiza-lo sempre que inconsistente. Não há no Livro Prata, explicação em notas ou referências dos elaboradores do texto pista sobre a lógica por trás dos números tão exatos, mas sua contagem em dias previamente fixados indica o valor da questão do tempo, que nas obras será sempre controlado com afinco.

¹⁸⁸ SILVA, Leonardo Toledo da. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. Direito e Infraestrutura*. cit. p. 58.

O *Silver Book* dispõe que o *epecista* terá direito a prorrogação de prazos quando ocorrerem os seguintes eventos: i - mudanças substanciais da obra; ii - atrasos ou entrega tardia da engenharia, da instalação da obra, na manifestação de uma condição física irresistível ou afins; iii - condições climáticas anormalmente adversas; iv - insuficiência imprevisível de funcionários ou bens; v - qualquer outro atraso atribuível ao contratante; e iv - atrasos ou interrupções de trabalho decorrentes de decisão ou atos de autoridades públicas¹⁸⁹.

Destaca-se, contudo, que nem toda reivindicação da construtora implica em automática prorrogação. Deverá haver comprovação que o evento é substancial e repercutirá no desenvolvimento dos trabalhos¹⁹⁰. O impacto de percalços menores ou de pequena monta, normais em uma obra, não serão objeto de reprogramação.

Ao dono da obra é concedido, pelo padrão FIDIC, o direito unilateral de determinar questões acerca de uma vasta gama de aspectos. O pensamento por trás destas disposições foi presumivelmente garantir que as decisões sejam tomadas quando necessário para diminuir os riscos de atraso¹⁹¹. Assim o contratante poderá exercer tais direitos nas seguintes cláusulas: 2.1 - Direitos de acesso ao local da obra; 2.5 - Reivindicações do contratante; 4.19 - Fornecimento de eletricidade, água e gás; 4.20 - Equipamentos do contratante e materiais fornecidos; 4.24 - Fósseis; 7.4 - Testes; 8.9 - Consequências de suspensão; 9.4 - Falha em passar nos testes de conclusão; 10.3 - Interferência nos testes de conclusão; 11.4 - Falha ao remediar defeitos; 11.8 - Empreiteiro para pesquisa; 12.2 - Testes atrasados; 12.4 - Falha ao passar nos testes após conclusão; 13.3 - Processo de variação; 13.7 - Ajustes para mudanças de legislação; 14.4 - Cronograma de pagamentos; 15.3 - Avaliação na data de conclusão; 16.1 - Direito do empreiteiro de suspender o trabalho; 17.4 - Consequências dos riscos do empregador; 19.4 - Consequências de força maior; e 20.1 - Reivindicações do empreiteiro.

Ressalta-se, contudo que as determinações do dono da obra nem sempre serão vinculativas, cabendo ao *epecista*, para tanto, notificar em 14 dias sua insatisfação.

¹⁸⁹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Os contratos de Construção FIDIC Perante o Direito Chileno*, in *Direito da Construção*. cit. p. 214.

¹⁹⁰ SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos – padrão para contratos FIDIC*. in *Direito e Infraestrutura*. cit. p. 196.

¹⁹¹ *EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contracts for Turnkey Projects*. cit. p.12.

Caso nenhum entendimento seja alcançado e o contratante fracassar em efetuar determinações justas¹⁹² a controvérsia será alçada à condição de disputa contratual e tratada como tal – objeto de análise mais adiante.

Contudo, com base na redação das cláusulas, pode-se notar que não há nenhuma provisão no contrato que recompense o *epécista* pelo custo do atraso ou interrupção causado por tais eventos, estando prevista apenas a extensão proporcional de tempo em tais eventos¹⁹³. Inferese, portanto, que a contratada deve considerar em seu preço os possíveis impactos nos custos de onerações decorrente de paralisações ou que os pleitos de adicionais serão objeto de negociação futura.

Mesmo quando comparado em relação aos demais contratos com padrão FIDIC – Livro Vermelho e Amarelo - o Livro Prata contém mais rigor em relação aos reflexos no preço do contrato. Assevera SMITH que

“[No] Silver Book – não há disposição para uma planilha de quantitativos, pois o princípio por trás deste modelo de contrato é a certeza do preço. O empreiteiro assume o risco de concluir as obras pela quantia acordada e, portanto, deve assegurar que ele considere todos os custos previsíveis e imprevisíveis em sua proposta”¹⁹⁴.

É certo que a natureza de um contrato de EPC demande que ele contenha elementos alocadores de risco substancialmente maiores ao *epécista*, bem como e limitadores de fatos inerentes à construção que reflitam no prazo; mas alocar a construtora o ônus de fatos imprevisíveis representa um risco à própria sobrevivência do contrato.

A descrição detalhada e coerente de riscos além de boa prática contratual funciona como salvaguarda para as partes: ao *epécista* na medida em que poderá ter certeza sobre o escopo de suas atividades e ao dono da obra que obtém segurança dos resultados. Riscos desproporcionalmente dispostos ou mal definidos resultam em insegurança na execução do contrato e risco ao empreendimento.

Diante desta estrutura contratual nota-se uma fragilidade do Livro Prata FIDIC no direito brasileiro. Isto, pois da forma como estão as cláusulas sobre dificuldades imprevistas quando analisadas com seus reflexos no preço e demais

¹⁹² O termo original é “fair determination”.

¹⁹³ *EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contracts for Turnkey Projects*. op. cit. p.9

¹⁹⁴ SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos – padrão para contratos FIDIC*. in *Direito e Infraestrutura*. cit. p. 201.

efeitos à construtora, ter-se-á brecha para aplicação de teoria da imprevisão, conforme leitura do artigo 478 do Código Civil:

“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

Não se trata de semântica, pois em grandes obras como aquelas dos contratos de EPC os valores são tão expressivos que um único evento de desequilíbrio de cunho contratual-econômico pode levar a construtora à situação de insolvência econômica¹⁹⁵, figurando o dispositivo legal como uma das poucas opções de sobrevivência ao *epicista*.

Como defesa de inaplicabilidade poderia se argumentar na raridade de “acontecimento extraordinário e imprevisível” que torne a prestação “excessivamente onerosa”, mas em se tratando de contratos grandes obras - em razão da peculiaridade e da magnitude dos empreendimentos - não é difícil alegar que qualquer alteração da base contratual poderá gerar consequências nefastas ao *epicista*, inviabilizando o contrato.

Não obstante, o código civil de 2002 inseriu o também no artigo 317 texto conteúdo referente a *rebus sic standibus*:

“Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

Note-se que nesta, diferentemente do artigo anterior, não há necessidade de onerosidade excessiva; apenas de desproporção entre prestação avençada e efetivamente devida.

A análise doutrinária destes dispositivos agrupa a teoria da imprevisão, a cláusula *rebus sic standibus*, a onerosidade excessiva e a teoria da base do negócio como o mesmo princípio, ou seja, justificativas que permitem modificar o conteúdo de um negócio cujas circunstâncias foram alteradas¹⁹⁶.

¹⁹⁵ SILVA, Leonardo Toledo. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. Direito e Infraestrutura*. cit. p. 38.

¹⁹⁶ SILVA, Leonardo Toledo. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. Direito e Infraestrutura*. cit. p. 31.

São elencados quatro requisitos à aplicação da teoria da imprevisão: i – execução contratual periódica, continuada ou diferida; ii – ocorrência de fato imprevisível após a celebração do contrato e antes de sua execução completa; iii – impacto drástico em um dos contratantes; e iv – a parte prejudicada não pode ter sido responsável pela modificação do estado das coisas. Tais requisitos, contudo, não são absolutos, admitindo-se a revisão contratual mesmo quando um deles não está perfeitamente demonstrado, de acordo com o caso concreto¹⁹⁷.

Na análise da teoria de imprevisão aos contrato de EPC, destaca Silva que

“São esses os quesitos que, em nossa compreensão, devem estar sempre presentes para a formulação de um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de EPC quando não se tratar de risco alocado à contratante. É muito importante, todavia, que cada um dos requisitos acima mencionados seja balizado pelo próprio contrato celebrado entre as partes e também pela realidade sobre a qual se fundamentam contratos dessa natureza”¹⁹⁸.

A título de demonstrar a concretude do deslocamento excessivo de responsabilidades e riscos ao *epecista* no Livro Prata (além do que se espera em um contrato EPC), destacam-se as premissas técnicas e comerciais fornecidas pelo contratante à construtora em fase pré-contratual, necessárias para a formulação do preço. Tradicionalmente estas informações compõe risco do contratante, entretanto nos contratos de EPC FIDIC há declaração expressa que o *epecista* conferiu e validou as informações recebidas. Entretanto,

“Não há, em princípio, por que se presumir que o *epecista* irá verificar e assumir a responsabilidade por tais informações, em qualquer contrato EPC, até porque, muitas vezes, na prática, não há assunção de tal responsabilidade pelo *epecista*”¹⁹⁹.

Neste raciocínio a FIDIC pode induzir o *epecista* a aceitar um risco sob o qual não possui pleno conhecimento e para o qual não praticará ações mitigadoras, por pura ignorância. Mesmo que se alegue que ao assinar o contrato o *epecista* deveria ter conhecimento dos riscos imprevistos da obra, este fato não será sempre uma realidade e, não raro, a competitividade comercial impele decisões desacertadas que colocam em risco todo o projeto.

¹⁹⁷ Idem. p. 32.

¹⁹⁸ Idem p. 42.

¹⁹⁹ Idem p.41.

Este cenário provoca a disseminação da falta de confiança entre as partes, bem como tende a reduzir cada vez mais qualquer tentativa de transparência das ações adotadas. Nestes casos, a consequência quase inevitável será o comprometimento dos resultados e metas do empreendimento.

Assim, configuradas as indesejadas situações de conflito, o contrato resvalará no indesejado, mas necessário tópico tratado no próximo item: solução de conflitos.

2.4 Solução de conflitos

O contrato de EPC, por sua concepção como método de viabilidade e financiamento de grandes projetos (*project finance*), congrega partes que não atuam apenas localmente: construtoras, fabricantes de equipamento, detentores de tecnologia, instituições financeiras etc - são normalmente partícipes de diversos contratos e empreendimento em locais variados. No caso do Padrão FIDIC, comumente os agentes tem atuação internacional.

Atuando em diversos países, com regramentos jurídicos distintos e – eventualmente - conflitantes entre eles, as partes buscam com afincado antecipar riscos, detalhar projetos, elaborar estudos, estabelecer parâmetros técnicos; tudo para que o empreendimento conte com a maior previsibilidade possível, mas não se pode olvidar que conflitos existem e, embora não possam ser totalmente previstos, é possível estabelecer uma forma coerente de solucioná-los.

Os contratos que seguem o padrão FIDIC, inclusive o *Silver Book*, organizam uma estrutura escalonada de solução de conflitos, o a premissa de que os possíveis conflitos podem ser resolvidos de forma antecipada. Este racional é criado de acordo com o preceito de manutenção do fluxo de trabalho, ou seja, de forma que o conflito não afete a obra²⁰⁰.

As questões relativas a disputas no Livro Prata são tratadas na cláusula 20 do formulário padrão, com subdivisão em oito itens com os seguintes temas: 1 - Reinvidicações do *epicista*²⁰¹; 2- Nomeação da Junta de Resolução de

²⁰⁰ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Os contratos de Construção FIDIC Perante o Direito Chileno*, in *Direito da Construção*. cit. p.225.

²⁰¹ 20.1 - Contractor's Claims. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

Controvérsias²⁰²; 3 – Falta de acordo sobre a Junta de Resolução de Controvérsias²⁰³; 4 – Obtenção de decisão da Junta de Resolução de Controvérsias²⁰⁴; 5 – Composição amigável²⁰⁵; 6 – Arbitragem²⁰⁶; 7 – Inobservância de decisão da Junta de Resolução de Controvérsias²⁰⁷; e 8 – Validade de nomeação da Junta de Resolução de Controvérsias²⁰⁸.

A partir da leitura das cláusulas, pode-se depreender que existem duas grandes possibilidades de solução de conflitos apresentada pela FIDIC: a chamada Junta de Resolução de Controvérsias e a Arbitragem. Entretanto, mesmos com forte resistência, quando o contrato tiver execução total ou parcial no Brasil, há que se considerar o poder judiciário como possível solucionador de conflitos, com base no Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Existem, portanto, três opções de solução de conflitos para os contratos EPC FIDIC no Brasil: a Junta de Resolução de Controvérsias, a Arbitragem e os Tribunais.

2.4.1 Junta de Resolução de Controvérsias (DAB)

A FIDIC utiliza o conceito de Junta de Resolução de Controvérsias (*Dispute Adjudication Board*) - também conhecida pela sigla “DAB” - como forma de resolver conflitos em seus contratos. A mesma estrutura de junta de resolução (DAB) é utilizada em três padrões contratuais: no *Red Book*, no *Yellow Book* e no *Silver Book*. A diferença entre os dois primeiros e o *Silver Book* é que neles há também a figura de um “engenheiro isento” que funciona como primeiro ponto de referência na discussão entre as partes, mas esta figura não existe no padrão EPC FIDIC²⁰⁹.

²⁰² 20.2 Appointment of the Dispute Adjudication Board. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

²⁰³ 20.3 Failure to Agree Dispute Adjudication Board. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

²⁰⁴ 20.4 Obtaining Dispute Adjudication Board’s Decision. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

²⁰⁵ 20.5 Amicable Settlement. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

²⁰⁶ 20.6 Arbitration. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

²⁰⁷ 20.7 Failure to Comply with Dispute Adjudication Board’s Decision. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

²⁰⁸ 20.8 Expiry of Dispute Adjudication Board’s Appointment. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit. Tradução nossa.

²⁰⁹ SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos – padrão para contratos FIDIC. in Direito e Infraestrutura*. cit. p. 210.

A Junta de Resolução de Controvérsias é uma espécie de mediação com previsão contratual²¹⁰, composta por um ou mais membros independentes indicados pelas partes. O padrão de junta indicado pelo contrato é de um grupo formado por três membros que são escolhidos da seguinte forma: dois membros apontados por cada uma das partes e submetidos à aprovação recíproca²¹¹ e o terceiro escolhido em consenso pelas partes que presidirá a junta²¹². A indicação dos membros poderá ser livre conforme pretensão das partes ou composta de membros retirados de uma lista. Para ter validade, esta lista deverá ser elaborada e assinada juntamente com o contrato. Nela deverá constar o consenso de nomes dos possíveis indicados e, escolhida esta configuração de indicações, a formação da junta deverá obrigatoriamente ser composta de nomes previamente relacionados.

Quanto à estrutura da DAB, o FIDIC apresenta duas possibilidades, uma com demanda ou prazo definido - conhecida como *ad hoc* - e outra pelo tempo da obra ou empreendimento - também denominada de “tempo integral”²¹³.

Na DAB *ad hoc*, os membros da junta normalmente são escolhidos entre engenheiros ou consultores que possuam qualificação técnica que lhes permita compreender os detalhes da obra e seu progresso. Indicados antes do início das obras, os membros da junta visitarão e acompanharão o empreendimento regularmente desde o início a fim de auxiliar as partes e evitar litígios²¹⁴.

Em sua outra modalidade, a DAB só é instaurada mediante necessidade: seus membros são indicados por provocação das partes mediante o surgimento do conflito e para atuação sobre o mesmo. Assim que emitir sua decisão sobre os fatos e exposições, a DAB deverá ser extinta nesta modalidade não há atuação preventiva²¹⁵.

²¹⁰ Vide artigos 22 e 23 da Lei 13.140/2015 sobre Mediação.

²¹¹ Não há menção sobre a necessidade de apresentação de motivos para aprovação ou rejeição, mas pode-se entender que a rejeição deverá ser efetuada com justificativa escrita embasada, a semelhança do que ocorre com procedimentos de arbitragem durante a escolha dos árbitros.

²¹² Cláusula 20.2 – “... each Party shall nominate one member for the approval of the other Party. The Parties shall consult both these members and shall agree upon the third member, who shall be appointed to act as chairman.” *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, cit.

²¹³ SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos – padrão para contratos FIDIC*. in *Direito e Infraestrutura*. cit. p. 211.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Idem.

A vantagem da junta de tempo integral sobre a *ad hoc* é que na primeira não há risco de atraso em razão da demora da escolha e formação de grupo; além disso, não há risco de impasse na aprovação dos nomes.

Caso não haja acordo das partes sobre a composição e criação da Junta de Resolução de Controvérsias, a nomeação ficará a cargo de uma entidade ou nome previamente indicado no momento da criação do contrato que efetuará as indicações após ouvir os argumentos das partes.

Em qualquer das modalidades, o propósito da DAB é ser composta por membros independentes com conhecimento técnico que sirvam de auxílio na resolução de controvérsias a qualquer tempo durante a execução das obras, de forma que os trabalhos não sejam interrompidos e o planejamento estabelecido não sofra interferências²¹⁶. Consta que, no início dos anos 1990, o Banco Mundial determinou a inclusão das Juntas de Resolução de Controvérsias e todos os contratos dos quais era financiador²¹⁷.

Com a composição de membros da DAB formada, os pleitos e argumentos são submetidos pelas partes à junta e esta - mediante análise de documentos, condições das obras e diligências - emite uma decisão. Ainda assim, caso uma das partes não fique satisfeita com a decisão proferida, poderá enviar uma notificação de insatisfação à parte contrária em até 28 dias da data de ciência da decisão. O silêncio após este período implica em aceite e vinculação das partes ao decidido.

Com a notificação de insatisfação da decisão proferida pela junta, poderá ser instaurado procedimento de composição amigável, pelo qual as partes poderão atingir acordo que satisfaça seus anseios. Caso não atinjam acordo ou não tenham interesse na tentativa de composição amigável será instaurado o processo de arbitragem.

Embora a formação e a criação da DAB sejam bem detalhadas, sua estrutura não deixa de receber críticas. Por parte do *epecista* há censura principalmente sobre dois pontos: os prazos para apresentação de reivindicações e os efeitos da notificação de insatisfação pelo *epecista*.

²¹⁶ Idem p. 210.

²¹⁷ Idem.

Quanto aos prazos, o texto do *Silver Book* determina que o *epecista* deva apresentar sua reivindicação em até 28 dias a partir da ciência do evento ou circunstância que ocasionou o surgimento da reivindicação. Caso falhe em cumprir a disposição - de notificar no prazo - o resultado será a perda do direito ao pleito contratual pelo *epecista*. O ponto atacado é o conceito no qual é baseada a contagem de prazo para apresentação do pleito: “a partir da ciência do evento”. Trata-se de concepção vaga e subjetiva, além disso, durante execução da obra, os 28 dias representam pouco tempo de ação para a construtora; muitas vezes envolvida em dezenas de atividades e prazos de consomem sua atenção e tempo²¹⁸.

Quanto aos efeitos da notificação, a crítica dos construtores tem base na obrigação contratual do *epecista* em permanecer na obra enquanto durarem as discussões. Dependendo da ocorrência objeto de reivindicação, a continuidade da obra representa aumento de riscos e prejuízos da construtora, sem a certeza de reconhecimento do pleito e ressarcimento. Com esta disposição contratual o *epecista* está, em última instância, impedido de mitigar os próprios prejuízos em favor do projeto e do dono da obra. Nestes casos, a arbitragem ou a ação judicial podem parecer caminhos mais seguros ao *epecista*.

2.4.2 Arbitragem

Os contratos do padrão FIDIC tentam evitar ao máximo que controvérsias cheguem a processos arbitrais ou judiciais, uma vez ambos possuem certa dose de morosidade e custos extras. Ainda assim, existem situações que não podem ser tratadas no ambiente contratual e as partes precisam do socorro de autoridade que possa decidir determinada demanda, fazendo valer sua decisão de forma definitiva e vinculativa.

Quando se trata de contratos internacionais, a escolha recorrente é pela Arbitragem e esta afirmação é comprovada por números. Segundo dados divulgados pela *Queen Mary Univesrsity of London*, de acordo com dados de pesquisa realizada pela em conjunto com a empresa de auditoria e consultoria Price Waterhouse Coopers, 78% das empresas do setor de energia e 84% das empresas de construção

²¹⁸ *EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contracts for Turnkey Projects*. cit. p.6

com atuação global entendem que a arbitragem é a melhor forma de resolver conflitos em contratos internacionais²¹⁹.

A despeito de altos custos que a arbitragem representa, as empresas de construção e infraestrutura citam a neutralidade, a capacidade e especialidade técnica dos árbitros como fatores fundamentais na escolha da arbitragem como método de solução de conflitos. Consta que, em relação específica a empresas de construção, conhecimento técnico específico da indústria de construção é mais importante na escolha do árbitro do que o conhecimento sobre o procedimento do processo arbitral²²⁰. Este fato demonstra a sensibilidade do entendimento sobre os aspectos práticos do contrato acima de circunstâncias teóricas ou procedimentais na busca pela solução do conflito.

No Livro Prata, a arbitragem está prevista na cláusula 20.6 a qual especifica que será composta por três árbitros em conformidade com as regras da ICC (*International Chamber of Commerce*).

Não há controvérsia quanto a adoção das normas de arbitragem do padrão FIDIC no Brasil; pois, desde a edição da Lei de Arbitragem, existe autorização expressa às partes escolherem livremente as regras aplicáveis à solução do mérito do litígio. Vale destacar que, conforme leitura do artigo 2º da Lei de Arbitragem, às partes é permitida também a possibilidade de se eleger a lei de países estrangeiros como balizadoras do procedimento arbitral, além de outras fontes como, por exemplo, os princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais do comércio, todos são parâmetros válidos e aceitos na solução de controvérsias contratuais.

Neste ponto, destaca-se que - embora não haja impedimento para utilização de legislação estrangeira em arbitragem no *Silver Book* no Brasil - ao fazê-lo as partes devem considerar a compatibilidade ampla das normas estrangeiras com as nacionais, a fim de se evitar conflitos que possam comprometer sua eficácia. A título de exemplo pode-se destacar os artigos 16 e 17 da Lei de Introdução ao Código Civil.

²¹⁹ Disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123282.pdf>. Acesso em 20/05/2016.

²²⁰ *Idem*.

O artigo 16 determina que se houver aplicação de lei estrangeira no Brasil, está será utilizada apenas em sua redação, sem consideração qualquer a eventual remissão desta a outra lei; ou seja, não será considerada qualquer regra de lei material que prescreva a aplicação de outro ordenamento jurídico²²¹. Já o artigo 17 determina que, no Brasil, não têm eficácia quaisquer declarações de vontade, leis, atos e sentenças que ofendam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Por fim, insta ressaltar que a inclusão de cláusula arbitral não significa que as partes ficarão isentas do risco de se depararem mutuamente com demandas iniciadas pela parte contrária questionando determinados aspectos do contrato ou mesmo com pedido de declaração de sentença arbitral²²², mesmo que tenham objetivo meramente protelatório.

²²¹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*. 1ª ed. Curitiba, CRV, 2012. p. 40.

²²² Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. – Lei 9307/1996.

Vide exemplos do STF:

Sentença Estrangeira Contestada - SEC **6753** / UK - Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte - Ementa: Sentença Arbitral Estrangeira. Convenção de Arbitragem. Inexistência. Competência Não Demonstrada. Homologação. Impossibilidade. 1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II, e 39, II; RISTF, artigo 217, I). 2. Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular. 3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. **Pedido indeferido**. Grifamos.

Sentença Estrangeira Contestada - SEC **5847** / UK - Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte - Ementa: Homologação de Laudo Arbitral Estrangeiro. Requisitos Formais: Comprovação. Caução: Desnecessidade. Incidência Imediata da Lei Nº 9.307/96. Contrato de Adesão: Inexistência de Características Próprias. Inaplicação do Código de Defesa do Consumidor. 1. Hipótese em que restaram comprovados os requisitos formais para a homologação (RISTF, artigo 217). 2. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a caução em homologação de sentença estrangeira (SE nº 3.407, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, DJ DE 07.12.84). 3. As disposições processuais da Lei nº 9.307/96 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento (RE nº 91.839/GO, RAFAEL MAYER, DJ de 15.05.81). 4. Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes. 5. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2º, aplica-se somente a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". **Pedido de homologação deferido**. Grifamos.

2.4.3 Tribunal

Conforme já demonstrado, os contratos de EPC são concebidos como ferramentas de previsibilidade e estabilidade das atividades de determinado empreendimento bem como da relação entre as partes; trata-se de modalidade contratual avessa a alterações substanciais. No Livro Prata toda condução de resolução de conflitos é encaminhada para outras modalidades e os tribunais nacionais não são aventados como possibilidade. Nestes casos, em sede de contratos globais, o risco de ingerência e desvirtuamento contratual é muito grande com decisões emanadas de juízes e, portanto, esta possibilidade é reprimida ou limitada na elaboração do contrato.

As construtoras globais, por sua vez, também veem o poder judiciário como última opção na solução de conflitos. Dados de pesquisa mostram que apenas 32% das empresas de atuação internacional creem que o litígio é uma forma viável de solução de conflitos ²²³. Infelizmente, no Brasil esta desconfiança é reforçada pela falta de coerência e regularidade nas decisões de tribunais.

Não se pode afirmar que as cortes brasileiras não possuem julgadores com ótimos conhecimentos jurídicos, são em sua maioria profissionais aptos e preparados pelas melhores instituições de ensino país. Entretanto, falta aos tribunais harmonia no teor e na profundidade das decisões quando versam sobre determinados contratos. Não possuem visão da realidade contratual, da prática do mercado internacional e da complexidade dos conceitos inseridos nos documentos *sub judice*.

Em tese sobre a onerosidade excessiva sobre contratos de *engineering*, GIL faz uma análise de acórdãos versando sobre o tema e pondera que mesmo com toda habilidade técnica dos tribunais dificilmente nas decisões a questão essencial da alocação de riscos é abordada na revisão dos contratos, de forma que a operação econômica peculiar ao contrato seja reiteradamente desconsiderada nas decisões proferidas²²⁴.

²²³ Vide maiores informações em pesquisa da *Queen Mary Univesrity of London* sobre meios de solução de controvérsias. Disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123282.pdf>. Acesso em 20/05/2016.

²²⁴ GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. op. cit. p. 109.

Pondera que

“Alguns dos acórdãos analisados dão a entender que os julgadores sentem-se investidos da função de redistribuição de riquezas, pensando o contrato menos como “veste” de uma operação econômica, ou então cumprimento estrito de uma promessa, e mais como meio de mitigação de desigualdades sociais”²²⁵.

No caso específico dos contratos de EPC, pode-se somar ao risco apresentado acima a falta de regramento sobre este tipo contratual, o que resulta em certa dose de criatividade de alguns julgadores e acrescenta possibilidades “criativas” de solução na busca pela solução de conflitos via sentença. Assim, a intenção do julgador acaba por desvirtuar o conceito do contrato, trazendo à relação das partes elementos de outros tipos contratuais ou normas que pretendiam deixar apartadas da relação contratual no momento da sua assinatura.

Como exemplo, pode-se destacar a conceituação do contrato de EPC como a empreitada nos termos do disposto no Código Civil. Embora a análise comparativa dos tipos contratuais tenha o benefício de auxiliar a compreensão da abrangência do contrato de EPC, tomar um pelo outro significa risco - a tentativa de uniformização de ambos os contratos, desconstitui o EPC.

A título de consistência dos argumentos, podem-se verificar dois casos analisados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Trata-se de discussão judicial entre empresas relacionada a contratos de construção em regime de *turnkey*, sob os quais se discute os efeitos da inadimplência contratual de construtora. Embora os casos possuam uma base muito parecida, desembocam em resultados opostos - mas o que se pretende é chamar atenção para a forma de análise dos contratos *turnkey* pelos julgadores.

O primeiro julgado trata de discussão sobre contrato de subempreitada no regime de *turnkey*, firmado entre firmado entre ABB Ltda. e Inepar S/A, para construção de trecho de linha de transmissão de energia elétrica entre Brasil e Argentina. Discute-se a responsabilidade da subempreiteira (Inepar) pelo atraso na entrega da obra e os reflexos destes atrasos em multas, taxas de administração e fianças. Avaliou-se a pertinência de multa contratual - paga por fiador com base em

²²⁵ Idem cit. p. 110.

cláusula *on first demand* - decorrente de atraso de entrega da obra em regime de *turnkey*.

Em determinado ponto, na construção dos argumentos da decisão favorável ao pleito de multa contratual apresentado pelo contratante, o ilustre julgador apresenta o conceito de “teoria da causalidade adequada” segundo a qual

“Causa, em sua ótica, é o antecedente não apenas necessário, mas também adequado à produção do resultado. Não se pode, segundo essa teoria, atribuir a responsabilidade a quem se inseriu, simplesmente, no processo de desencadeamento do fato danoso, mas apenas àqueles que atuaram com ações adequadas ao resultado; de maneira que cada um dos diversos partícipes reparará apenas as consequências naturais e prováveis de sua ação. Nem todos, portanto, responderão pela reparação do resultado danoso final, mas apenas os que praticaram fato naturalmente adequado a produzi-lo. Logo ao contrário do que afirmava a teoria da *conditio sine qua non* nem todas as condições serão causas, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento. Para definir-se essa adequação não há uma fórmula exata. A identificação da causa adequada será feita por meio da experiência comum”²²⁶.

No segundo caso, a empresa Valeo Sistemas Automotivos Ltda. contratou em regime de *turnkey* a empresa Concremat Engenharia e TecnologiaS/A para construção de unidade fabril a qual não foi entregue completamente acabada, no prazo e forma contratada. Contratante e contratada submeteram a apreciação judicial argumentos sobre a pertinência de cobrança de indenização por atraso na construção em razão do regime de contratação – *turnkey*.

Na descrição dos motivos que julgaram parcialmente procedente o pleito da contratante o acórdão destaca que “não há dúvida de que os defeitos deixados pela empreiteira ou inviabilizavam parte do funcionamento da fábrica ou dificultavam a regular instalação daquela” e que “o conjunto probatório permite concluir, indubitavelmente, pela necessidade de realização de gastos [extras] para pleno funcionamento das unidades industriais”.

Por fim, a corte apresenta o argumento de que a fiscalização da obra deveria também ser uma incumbência da contratante, que deveria decidir sobre as questões técnicas durante o andamento das obras, verificando rigorosamente o controle de qualidade dos materiais. Por fim, o julgador define que

“Descabida ainda a pretensão de recebimento de multa contratual, que não se confunde com a garantia consubstanciada na retenção de 10% dos

²²⁶ Apelação nº 0043991-10.2002.8.26.0405 - 25ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP - Apelantes e reciprocamente Apeladas: ABB Ltda. e Inepar S/A Indústria e Construções.

pagamentos realizados à contratada (cláusula 10.2, b.1 do contrato), pois, como reconhecido em sentença, cujo entendimento é ora confirmado por esta Corte, o encerramento do contrato teve por substrato falhas de responsabilidade de ambas as partes. A extensão dos danos causados de parte a parte é que sofre variações em razão do não cumprimento integral do objeto contratado, levado em consideração o abono parcial de responsabilidades em razão da contribuição de cada parte para o insucesso da empreitada²²⁷.

Obviamente que nos casos acima não se pretende subsumir além do que é apresentado em seus acórdãos; mas, conforme destacamos anteriormente, sob a ótica da segurança contratual da alocação de riscos e da limitação de responsabilidades de um contrato de EPC, os argumentos apresentados pelos julgadores na solução dos conflitos podem representar um pesado infortúnio.

Na ausência de regramentos específicos na hermenêutica do contrato de EPC, qualquer regra utilizada deve guardar compatibilidade com o tipo contratual e com a intenção das partes.

2.5 Utilidade do Silver Book

O Silver Book FIDIC não é o primeiro tão pouco o único contrato padrão disponibilizado por institutos e organizações internacionais para atender a demanda de EPC *turnkey* no mercado global. A própria FIDIC possui outros modelos e padrões constantemente alterados e adaptados para diversas condições de construção. Qual seria a intenção da elaboração e publicação destes modelos? A utilização de um modelo único de contrato ou a divulgação de conceitos comuns ao tipo contratual?

Embora as respostas mais óbvias sobre a motivação de elaboração de um modelo sejam: segurança e padronização de condições contratuais, estes objetivos não são tão simples de serem alcançados quando se considera a diversidade de ambientes, estruturas jurídicas e governos em que estes contratos se inserem. A imposição de uma estrutura contratual global única e inflexível seria um retumbante fracasso. Desta feita, incluem-se também outras questões: como aplicar os modelos de contrato? qual é o resultado da aplicação de um padrão de contrato?

Para que se compreendam os motivos de criação de um padrão contratual, é

²²⁷ Apelação nº 0092925-75.2001.8.26.0100 - 38ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP - Apelantes e reciprocamente Apeladas: Valeo Sistemas Automotivos Ltda., e Concremat Engenharia e Tecnologia S/A.

necessário que se entenda que os contratos são resultados de um contexto composto de inúmeros fatores²²⁸. Na dinâmica das transformações internacionais, é cediço que os países, representados por seus governos, não têm sido suficientemente capazes de oferecer as respostas legais locais ou transnacionais aos anseios de mercado. Os agentes privados, por seu turno, buscam na sua esfera de atuação e influência a articulação e elaboração dos meios próprios de atender as demandas que possuem, tentando compor uma fonte própria do direito²²⁹.

Na esteira destes eventos, determinadas instituições e contratos internacionais buscam normas novas e próprias, como convenções ou fontes não estatais de regras, para regular as necessidades de contratação. É o caso, por exemplo, da UNIDROIT²³⁰ e da PECL²³¹, instituições independentes que criaram normas específicas para a elaboração e interpretação de contratos internacionais. O objetivo destas regras é prevalecer sobre quaisquer outras (nacionais ou locais) no que diz respeito a contratos internacionais.

Entretanto, não é razoável crer que governos se abstenham de impor sua soberania e que contratos internacionais que possuam em seu bojo regras estranhas ao ambiente no qual produz efeitos, sejam considerados mais seguros que os demais. Representam na verdade mais risco, ante a possibilidade de intervenções decorrentes de conflitos com normas vigentes.

Neste passo, cumpre esclarecer que o *Silver Book* é considerado *self regulatory agreement* e seguem um padrão de contratação do *commom law*, ou seja, possui longas definições e regula matérias normalmente atendidas por legislação civil em países como o Brasil. Ainda assim, suas cláusulas possuem valorosas

²²⁸ FERNANDES, Wanderley. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Coordenação Wanderley Fernandes. Saraiva. 2ª ed. São Paulo, 2012. p. 223.

²²⁹ MOSS, Giuditta Cordero. *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*. *Global Jurist*: Vol. 7, Article 3. Disponível em <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art3>. Acesso em 05/05/2016.

²³⁰ International Institute for the Unification of Private Law ou Instituto Internacional de Unificação da Lei Privada (tradução nossa) é uma organização não governamental criada em 1926 com finalidade de estudar as necessidades e métodos de uniformização do direito comercial. Mais informações disponíveis em <http://www.unidroit.org/>

²³¹ Principles of European Contract Law ou Princípios de Direito Europeu dos Contratos (tradução nossa) são regras elaborados por uma comissão de acadêmicos criada em 1982 sob a liderança do professor dinamarquês Ole Lando. Tem como objetivo unificar a lei contratual na Comunidade Europeia. Mais informações disponíveis em <http://www.copecl.org/>.

indicações de procedimentos e princípios relacionados a uma contratação de EPC, fruto da experiência profissionais conhecedores deste tipo de empreendimento²³².

Assim, o modelo contratual apresentado pela FIDIC não tem o objetivo de ser utilizado como contrato padrão fixo: cabe ser analisado, pensado e adaptado para a situação fática que pretendo cobrir. A intenção de sua elaboração e publicação é a de servir como base de discussão contratual, sem desvirtuar a situação do EPC - com as peculiaridades que lhe são características - considerando as necessidades do local onde será desenvolvido.

O conceito de um padrão contratual como o apresentado pela FIDIC deve ser a expressão prática da teoria autopoietica e autorreferente de LUHMANN²³³, produzindo novas operações e estruturas que reorientam a operação do sistema. Além disso, criam situações únicas que permitem a inserção e “sobrevivência” do contrato em determinado local o que, sem a sua inclusão como padrão, dificilmente seria possível.

2.6 Conclusão

As dimensões e as características do Brasil fazem do tema “construção” um tópico que merece atenção e discussão de diversas áreas de estudo: direito, engenharia, economia, sociologia, etc. Acima de qualquer polêmica, há notório consenso sobre a importância do assunto para o desenvolvimento e o progresso, principalmente quando a construção está relacionada a grandes obras de infraestrutura e de instalações industriais.

A legislação pátria conta com alguns dispositivos de regulação e parametrização de projetos que demandam o fornecimento conjunto de conhecimento técnico, mão de obra e materiais; dentre os mais utilizados está o conceito legal de empreitada, regulada pelo Código Civil Brasileiro entre os artigos 610 e 626. Não obstante, a dinâmica das relações empresariais e a atuação global de agentes -

²³² VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Os contratos de Construção FIDIC Perante o Direito Chileno*, in *Direito da Construção*. cit. p.206.

²³³ Conceito emprestado da biologia: condição de um ser vivo ou de um sistema que produz continuamente a si próprio. O sistema operacionalmente fechado é autopoietico (*autopoietic*). As operações que o constituem estão integradas como unidades emergentes e as relações entre tais operações constituem sua própria ordem interna (*self-referential*).” LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Cit. p. 105-141.

instituições financeiras, detentores de tecnologia e construtoras - exigem métodos eficientes e seguros de alocação de riscos na contratação a fim de garantir retorno de investimentos e certeza de execução do projeto.

Neste propósito, foi criado o processo de contratação que engloba engenharia, aquisições e construção, conhecido apenas como EPC. Fruto do conceito de *project finance*, constitui-se em um método de financiamento de empreendimentos que viabiliza grandes projetos. O contrato de EPC possui multiplicidade de contratações e grande mobilização de recursos como característica inerente e, portanto, gera diversas obrigações, direitos e deveres. Em razão dos resultados, entre outras qualidades, o contrato de EPC é classificado como contrato complexo, o que significa dizer que requer enquadramento e enfrentamento jurídico adequado.

No Brasil o conceito legal de empreitada é utilizado como parâmetro balizador dos contratos de EPC, mas esta equalização abre precedente para interpretações ou intervenções indesejadas, deslocando inadvertidamente responsabilidades e alocação de riscos do contrato EPC.

Com objetivo de resolver questões de entendimento e simplificação, em uma forma padronizada de contratação de grandes obras de engenharia, diversas instituições representativas internacionais elaboram e divulgam padrões ou modelos contratuais. Entre vários modelos e instituições, destaca-se a o padrão EPC da FIDIC, também conhecido como Livro Prata ou *Silver Book*.

O *Silver Book* pretende atender a demanda global de construção de grandes obras em que haja necessidade de certeza quanto a preço e prazo, mesmo que isto implique em maior custo de contratação. O padrão FIDIC pretende superar a dificuldade e sobreviver globalmente sob a égide de dois pilares básicos: a flexibilidade, com adaptação a legislações locais e o apelo econômico, com alocação de risco mais favorável aos contratantes e agentes financeiros.

O contrato FIDIC na forma publicada parece endereçar questões importantes, alocando riscos de forma apropriada; mas, a fim de ser recepcionado por qualquer ordenamento jurídico onde seja aplicado, adota neutralidades e texto vago em determinados assuntos. Esta prática pode representar problema ao passar uma

sensação virtual de segurança, teoricamente sem necessidade de adições ao padrão FIDIC.

Embora o Livro Prata busque de forma sistemática cobrir os principais tópicos de uma contratação EPC, não se pode afirmar que seja definitivo. Como modelo contratual deve ser interpretado como meio de discussão e aprimoramento da relação contratual, tornando a contratação mais segura e congruente. Na realidade atual, mesmo com a utilização do *Silver Book*, é necessário que advogados, consultores, técnicos e engenheiros analisem as peculiaridades do projeto a fim de que os devidos detalhes sejam discutidos e seus riscos devidamente considerados, detalhados e alocados.

Sob a ótica dos legisladores, o padrão de contrato FIDIC apresenta uma ótima oportunidade de raciocínio e criação de regulamentação específica, com características determinadas e adequadas que atendam aos anseios de crescimento e evolução da legislação sobre grandes obras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Panorama do Direito Civil Brasileiro: das origens aos dias atuais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V. 88. São Paulo: USP, 1993.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Mauricio Almeida . *Construção Civil e Direito*. 1. ed. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BARRA, Juliano Sarmento. *Principais Aspectos das Relações Previdenciárias e Trabalhistas envolvidos na Construção Civil e em Projetos de Infraestrutura*. In *Direito e Infraestrutura*., Saraiva, São Paulo 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 32. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato – Teoria Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BONOMI, Cláudio Augusto; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos*. São Paulo: Atlas, 2004.
- BUENO, Júlio César. *Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado*. *Direito e Infraestrutura*, Coordenação Leonardo Toledo da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro – o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. 2012. Tese de Doutorado em Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil* v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CONDITIONS OF CONTRACT FOR EPC/TUNRKEY PROJECTS*, Genebra: FIDIC. 1ª ed. 1999.
- DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 4. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Lisboa: Almedina, 2000.

EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contracts for Turnkey Projects. Berlin: European International Contractors. 2ªed, 2003.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em Empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Wanderley. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Coordenação Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2012.

FINNERTY, John D. *Project Finance: engenharia financeira baseada em ativos*. Rio de Janeiro: Ed. Qualitymark, 1998.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito Civil e Empresarial*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONTOURA, Paulo Sergio. *Estudo de caso de utilização de "Extranet" Na Gestão do Processo de Administração de Contratos EPC na modalidade "Turnkey"*. Dissertação de Mestrado em Construção Civil. Universidade Federal do Paraná, 2006.

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. Tese de Doutorado. USP, 2007.

GOFF, Pierrick Le, *New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book*. Disponível em www.fidic.org.

GOMÉZ, Luis Alberto e outros. *Contratos EPC Turnkey*. Florianópolis: Visual Books , 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOISE, Jonathan. *Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get?* Chicago, 2007. Disponível em www.fidic.org.

HUSE, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. 2nd ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2002.

JAEGER, Axel-Volkmar e Gotz-Sebastian Hok. *FIDIC – A Guide for Practitioners*. Berlin: Springer, 2010. Artigo disponível em www.fidic.org.

LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. *Limitação de responsabilidade na prática contratual brasileira – permite-se no Brasil a racionalização dos riscos do negócio empresarial?* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 25, ano XLI, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: UP, 2004.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARCONDES, Fernando e outros. *Direito da Construção*. São Paulo: Pini, 2014.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessões de Serviços Públicos e Project Finance*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, 2010.

MOSS, Giuditta Cordero. *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*. Londres: Global Jurist: Vol. 7, Article 3.

PECORARO, Eduardo. *Arbitragem nos contratos de construção*. In Direito e Infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROQUE, Sebastião José. *Dos Contratos Civis-Mercantis em Espécie*. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

SILVA, Clóvis, V. do Couto. *Contrato de 'engineering'*. RT, 685:29.

SILVA, Leonardo Toledo. *Os contratos de EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. *Direito e Infraestrutura*, Coordenação Leonardo Toledo da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Instituições de Direito Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SZTAJN, Raquel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TELLES, Leonardo Dias da Silva. *Contrato de Engineering*. In *Novas Figuras Contratuais – Homenagem ao Professor Washington Luiz da Trindade*. São Paulo: LTr, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*, 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VILLARES e SILVA, Luis Fernando. *Contratos de Engenharia e Direito Ambiental. In Direito e Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. 1st ed. San Diego (USA): Academic Press, 2002.