



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Lívia Dias de Azevedo

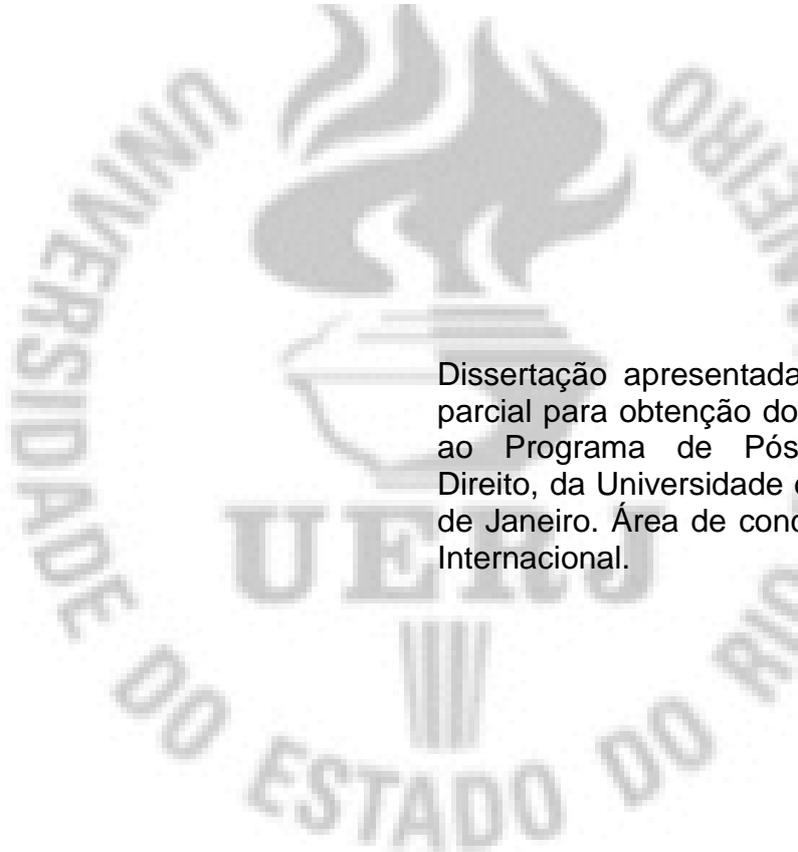
**A utilização de standards internacionais FIDIC para contratos EPC
na construção de projetos para a indústria do Petróleo: Um breve
comparativo**

Rio de Janeiro

2021

Lívia Dias de Azevedo

A utilização de standards internacionais FIDIC para contratos EPC na construção de projetos para a indústria do Petróleo: Um breve comparativo.



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A994 Azevedo, Livia Dias de.
A utilização de standards internacionais FIDIC para contratos EPC na construção de projetos para a indústria de petróleo: um breve comparativo/ Livia Dias de Azevedo. - 2021.

133 f.
Orientadora: Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Petróleo - Teses. 3. Globalização - Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Lívia Dias de Azevedo

**A utilização de standards internacionais FIDIC para contratos EPC na
construção de projetos para a indústria de petróleo: um breve comparativo**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional.

Aprovada em 28 de maio de 2021.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)
Faculdade de Direito-UERJ

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira
Faculdade de Direito-UERJ

Prof. Dr. João Grandino Rodas
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2021

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Paulo e meu avô, Guilhermino.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, em primeiro lugar, pela minha vida: por tudo e tanto! Só eu e Ele sabemos o quão difícil e pesado foi chegar até aqui, 2018 e 2019 foram anos extremamente difíceis na minha vida. Em seguida 2020 trouxe uma pandemia sem precedentes, fazendo com que a humanidade se deparasse com percalços, dúvidas e medos nunca experimentados e que, obviamente, também me arrebataram de modo que não sei como tive forças para concluir o presente trabalho, a única resposta que me ocorre é a Fé que me sustenta.

E, em se tratando de forças, não posso deixar de agradecer à minha família, que sempre foi meu alicerce. Meu muito obrigada pelo incentivo aos estudos que recebo de minha mãe, Lídia, desde criança; pela paixão que tenho pela leitura, hábito que herdei de minha avó, Zulma; pelo apoio incondicional e irrestrito da minha irmã e melhor amiga, Eduarda e pela parceria do meu cunhado, Charles.

Não posso deixar de agradecer à minha professora e orientadora, Marilda Rosado de Sá Ribeiro, pelos ensinamentos tão carinhosamente transmitidos, por seu apoio e, sobretudo, por ter acreditado e confiado em mim.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos amigos que sempre estiveram ao meu lado, ainda que não fisicamente. Apesar de guarda-los em meu coração, não consigo enumerar todos, mas há alguns, em especial, que gostaria de citar: Paty Duarte, por ter me acompanhado e incentivado desde a época das provas de concurso para ingresso no mestrado; e meus companheiros de jornada na vida acadêmica, meus “Consagrateds”, Fernanda Bauer, Lucas Passos e Caroline Carneiro, que assim como eu, concluíram seus trabalhos e defesas em meio ao caos pandêmico: Sem essa rede de apoio mútuo, por meio da qual dividimos risadas, lágrimas e vitórias, teria sido muito mais difícil. Obrigada, por tornarem o caminho mais leve e divertido!

O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim: esquenta e esfria,
aperta e daí afrouxa,
sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem

Guimarães Rosa.

RESUMO

AZEVEDO, Lívia Dias de. **A utilização de standards internacionais FIDIC para contratos EPC na construção de projetos para a indústria de petróleo**: um breve comparativo. 2021. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

No contexto atual, de intensa Globalização, e sua conseqüente tendência à padronização seja ela cultural ou comportamental, o Direito Internacional torna-se parte indissociável daquele fenômeno, daí, a estandardização de minutas contratuais nasce como fruto da necessidade cotidiana de busca por uma solução que traga mais celeridade à negociação de contratos complexos.

Nesse sentido, o presente estudo tem como foco os standards contratuais internacionais aplicados no âmbito da construção e execução de Projetos para a indústria do Petróleo e Gás, mais especificamente, a pesquisa se propõe a examinar o principal standard contratual estabelecido pela FIDIC-International Federation for Consulting Engineers para contratos EPC, o Silver book. Além de as razões pelas quais algumas de suas cláusulas mais importantes, demonstram-se de difícil aplicabilidade prática em determinados regimes jurídicos, criando, assim, um impasse para a utilização dos contratos-tipo em sua íntegra, de modo que a aparente padronização não parece ser em última análise, de fato universal.

Palavras-chave: Direito Internacional. Transnacional. Contratos Internacionais. Contratos de Serviços em Projetos de Petróleo e Gás. Contratos EPC. FIDIC. Direito do Petróleo. Globalização. Standards Contratuais.

ABSTRACT

AZEVEDO, Livia Dias de. ***The use of FIDIC International Standard Forms for EPC Construction Projects for Oil and Gas Industry: A brief comparison.*** 2021 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

In the actual context, due to the intense Globalization and its consequential tendency for cultural or behavioral standardization, the International Law become an inseparable part of such phenomenon, due to this fact the draft contracts standardization is the result of the need for a solution that could brought celerity to the negotiation of complexes contracts.

In this respect, the present research intends to study the main contractual standards which are used in the construction for Oil and Gas Industry, specially that ones established by the FIDIC- International Federation for Consulting Engineers for EPC Contracts, The Silver book. Besides the present study will analyses the fact that some of the mostly important of its clauses are difficult to apply on certain jurisdictions, consequently, it creates an impasse for the use of standard contracts entirely so that apparently standardization does not seems in an ultimate analysis as universal.

Keywords: International Law. Transnational. International Contracts. Service Contracts for Oil and Gas Projects. EPC Contracts. FIDIC. Oil and Gas Law. Globalization. Standard Draft Contracts.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	O DIREITO INTERNACIONAL, FORMAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E CONTRATOS TIPO.....	13
2	OS CONTRATOS EPC, SUAS PECULIARIDADES, CLÁUSULAS E RISCOS ATRELADOS.....	27
2.1	Características dos contratos EPC.....	27
2.2	Escopo e Premissas.....	30
2.3	Prazo e aceitação.....	32
2.4	Responsabilidade.....	35
2.5	Força Maior ou Caso Fortuito.....	36
2.6	Garantias.....	37
2.7	Preço.....	38
2.8	Encerramento e Rescisão.....	39
3	OS STANDARDS CONTRATUAIS FIDIC e SUA UTILIZAÇÃO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO.....	42
3.1	A definição dos principais contratos FIDIC e sua utilização na modalidade EPC.....	44
3.2	Standard Contract FIDIC Silver Book.....	48
3.3	As mudanças trazidas ao Silver Book pela revisão de 2017.....	56
4	AS PECULIARIDADES DO CONTRATO EPC E SUA APLICAÇÃO NOS DIFERENTES SISTEMAS - ILUSTRAÇÕES PELO SISTEMA BRASILEIRO.....	64
4.1	A Cláusula knock-for-knock.....	65
4.2	A Resolução de Conflitos.....	76
5	A UTILIZAÇÃO DO STANDARD SILVER BOOK NO BRASIL, ESTADOS UNIDOS E FRANÇA.....	88
5.1	Brasil.....	90
5.2	França.....	99
5.3	Estados Unidos.....	105

CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

O mundo vem atravessando as transformações mais radicais da História no século XX e início do XXI em termos de interações sociais e econômicas, além das inovações tecnológicas que surgem diariamente, e cada vez em maior escala, que possibilitam relações entre agentes outrora incomunicáveis. Esse fenômeno designado por Globalização foi tão forte que gerou uma interdependência, sem precedentes, entre países nas mais diversas esferas. Nesse contexto, o Direito tal qual o conhecemos vem tendo que se adequar nas últimas décadas em ritmo célere, na medida em que, diariamente, as fontes geradoras de relações jurídicas se multiplicam, bem como a variedade de contextos possíveis e de potenciais direitos vindouros dessas nascentes contemporâneas.

Assim, o mundo se depara hoje com uma multiplicidade de agentes propulsores das negociações de Direito Internacional, que, no entanto, carecem de uma organização padronizada daquilo que deve constar nos instrumentos contratuais, e que garantiriam a segurança jurídica dessas transações em escala global.

No que se refere à infraestrutura, a despeito de tantas transformações e evoluções tecnológicas, o ser humano continua dependendo diretamente das mesmas construções complexas para geração de energia, tal qual fazia no início do século XX, cujos projetos se intensificam cada vez mais devido à possibilidade de investimentos estrangeiros, oriundos de diversos lugares do mundos, o que, contudo, aumenta a necessidade de estudo e padronização dos instrumentos contratuais que os impulsionam, não só pelas normas específicas incidentes, mas também pela lei aplicável na hipótese de divergências interpretativas ou conflitos entre as partes.

O debate perante a Academia do tema ora em análise surge, assim, da experiência prática da mestrandia de mais de uma década e meia no âmbito corporativo de contratos de Petróleo e Gás, período em que observou debates áridos em sucessivas fases de tratativas até a efetiva celebração dos instrumentos contratuais, motivo pelo qual identificou que carece o ambiente de doutrina sólida capaz de orientar essa parcela empresarial tão essencial para a operacionalização da vida em sociedade como um todo, quando considerados os efeitos mediatos da efetivação dos projetos, objeto dos contratos em estudo.

Dessa forma, o presente trabalho, motiva-se em uma necessidade cotidiana do Direito Internacional: a busca por uma solução que traga mais celeridade à

negociação de contratos complexos, especialmente para a construção de projetos na indústria de Petróleo e Gás

Nesse sentido, a análise da standardização de contratos internacionais, tais como os modelos FIDIC, sendo essa uma instituição composta por profissionais de Engenharia capazes de identificar reais necessidades para execução de projetos de grande porte, alinha-se com a realidade contemporânea de otimização de resultados e redução de distâncias.

Em uma visão mais expandida e abrangendo a função social dessas contratações, uma vez que os projetos intentados de fato influenciam diretamente a vida cotidiana de milhões de pessoas ao redor do mundo, o estudo visa solidificar tanto mais quanto possível a segurança jurídica envolvida nessas transações, e possibilitar aos operadores do Direito uma visão mais íntegra dos limites desse tipo de contratação, para ao final, contribuir na garantia de um movimento célere e equilibrado desse contexto.

Destarte, o estudo se inicia por uma análise suficiente do contexto histórico do Direito Internacional, com destaque para a dicotomia entre Público e Privado, bem como suas respectivas intersecções. Além disso, expõe-se de forma linear a composição dos principais órgãos legisladores daquele, a relação entre as normas cogentes e a recente *soft law*, bem como sua prática nos Contratos, na medida em que a soberania dos Estados e a autoridade para regular das instituições privadas é o grande ponto chave para aplicação de minutas contratuais standardizadas. Nessa fase introdutória, ainda, analisa-se a necessidade da tipificação dos contratos de construção, dada a complexidade de suas relações originárias.

Em continuidade, no que se refere aos contratos EPC/*Turnkey* propriamente ditos, o trabalho se compõe em duas fases principais. Em um primeiro momento, busca-se dimensionar o referido contrato tornando possível entender os limites dessa espécie de contratação, assim como as prerrogativas para que ambas as partes estejam de acordo com suas obrigações ao estabelecer uma relação jurídica intermediada por um documento redigido nesses termos.

Posteriormente, nos capítulos 3, 4 e 5, portanto, busca-se contextualizar o surgimento do modelo Silver Book da FIDIC e a aplicação desse ao redor do mundo, com as peculiaridades históricas, culturais e políticas, uma vez que esse cenário se modifica constantemente.

Com essa metodologia, buscou-se conduzir o presente estudo a fim de solidificar a visão sobre o que é o modelo Silver Book da FIDIC para contratos EPC/*Turnkey* na Indústria do Petróleo e a evolução de sua utilização ao redor do mundo, enquanto instrumento integrador de relações jurídicas e pacificador, na medida em que sua construção busca constantemente prever e amenizar conflitos, em total consonância com o escopo máximo do Direito Internacional Privado de conciliar os interesses de nações diversas por meio de instrumentos jurídicos apropriados.

Por fim, para além das conclusões objetivas a respeito da utilização do modelo Silver Book da FIDIC, as quais circundam as exigências a serem cumpridas pelas partes e as hipóteses de solução de conflitos, suscita-se, sob uma análise mais subjetiva, os pontos identificados como controversos para adoção dos standards enquanto paradigmas, o que se relaciona com a multiplicidade cultural e histórica que inevitavelmente permeia as relações internacionais como um todo, mas sobre a qual se pode sopesar necessidades para chegar-se a um Direito Transnacional, de fato, mais eficaz e funcional para a Sociedade Contemporânea.

|

1- O DIREITO INTERNACIONAL, FORMAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E CONTRATOS TIPO

A transposição de fronteiras desde o fim do século XIX pelas principais forças produtivas culminou no fenômeno que hoje é conhecido por Globalização. Assim, elementos como o Capital, a Tecnologia, a Força e a Divisão Transnacional do Trabalho, que podem ser consideradas molas propulsoras dos desenvolvimentos político, econômico e social das nações, passaram a sofrer influências mútuas de todos os países dos quais fossem provenientes e com os quais estivessem envolvidos.¹

Desse modo, tal novo contexto gerou uma interdependência entre as nações, no qual relacionamentos de todas as naturezas passam a se estabelecer nos mais diversos setores da Sociedade. Eventuais divergências, agora, se originam de múltiplas formações culturais e grupos sociais que constituem os países ao redor do mundo, que por sua vez se traduzem em redes de obrigações extremamente complexas, e a partir das quais o arcabouço jurídico disponível é obrigado a se lapidar para acolher as necessidades de um mundo em constante expansão.

Da mesma forma, a possibilidade de contratação entre agentes privados de nacionalidades diversas amplia de forma exponencial as alternativas de desenvolvimento econômico de todos os setores da Sociedade, criando a necessidade, identificada com o passar do tempo, de que a interação entre as pessoas (jurídicas ou físicas) ocorra com garantia de segurança jurídica, uma vez considerada a disparidade de práticas e normas possíveis nas múltiplas nacionalidades das quais advém as partes contratantes.

No âmbito do comércio, especificamente, Diego Fernández Arroyo coloca a Globalização como esse fenômeno que se produz no auge da dimensão transnacional das relações econômicas como um todo, e que, por consequência, corresponde ao declive da dimensão nacional dos Estados². Ou seja, nessa perspectiva, destaca-se

¹ Rosado, Marilda. Novos rumos do Direito Internacional Privado. Em: Contratos Internacionais. Entre la libertad de las partes e el control de los poderes públicos. Dirección de Diego P. Fernández Arroyo e José Antonio Moreno Rodríguez. Biblioteca de Derecho de la Globalización Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina.

² Arroyo, Diego P. Fernández e Rodrigues, José Antonio Moreno Rodriguez. Contratos Internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos). Biblioteca de Derecho de la Globalización. Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina.: "El que se produce principal aunque no exclusivamente por el auge de la dimensión transnacional del comercio, de los esquemas

o fato de que na medida em que os grupos advindos de diversas nacionalidades passam a se associar para produzir resultados no âmbito econômico, perde força a proteção de fronteiras pelos Estados soberanos, abrindo espaço para um território internacional de negociações, em que consenso entre as partes, e, portanto, entre múltiplas nações, passam a ser o foco.

Tal entendimento é especialmente importante quando considerado o histórico das relações entre os Estados anterior ao mencionado fenômeno, em que a disputa por poder e pela dominação de terras era sempre mais forte do que o movimento de cooperação, cooperação essa com finalidade econômica sobretudo, escopo do Direito Internacional Privado.

De todo modo, é importante entender de que forma o Direito Internacional, enquanto instrumento conciliador e regulador das relações jurídicas transnacionais, e humanas de uma forma geral, surgiu e se consolidou no sentido de garantir esforços dos Estados para atingirem resultados comuns em benefício de todas as partes envolvidas nas ditas relações, independentemente do território que habitassem.

Assim, contextualizando a questão, tal temática tem início na Europa do final da Idade Média, na qual os territórios possuíam diferentes normas, e os processos perante as cortes estatais eram lentos, tornando difícil o acesso aos particulares de soluções jurídicas proferidas pelos Estados, que versassem sobre relações interestatais. Dessa forma, o chamado *ius mercatorum*³, ou seja, o início do Direito Comercial ou Direito Empresarial tal qual conhecido hoje, foi administrado por tribunais estabelecidos nos principais pontos comerciais das cidades, os quais não estavam compostos por juristas, mas por membros do comércio local, com experiência e muito respeitados, os quais baseavam suas decisões na prática e nos

de organización productiva, de los mercados financieros y de los flujos de inversión, a lo que se corresponde el declive de la dimensión nacional de los mismos".

³ As relações humanas, já há muito tempo, têm ultrapassando todas as fronteiras terrestres, espalhando-se pelos quatro cantos do planeta. Tal é reflexo do caráter cosmopolita do homem, que necessita incessantemente manter relações e intercâmbios ao redor do globo, seja no plano social (familiar, cultural, científico, artístico etc.) ou do comércio (de que é exemplo a sedimentação dos usos e costumes comerciais internacionais, que se convencionou chamar *lex mercatoria*).¹ De fato, não passa despercebido de qualquer observador a constância diária em que se realizam atos ou negócios jurídicos para fora de uma dada ordem doméstica, especialmente em razão dos avanços dos meios de transporte (com ênfase especial ao transporte aéreo) e das comunicações em geral (v.g., do rádio, da televisão, do telefone e, principalmente, da Internet).² (Mazzuoli, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Privado: Curso Elementar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017., p. 19.

costumes, e não na lei tal como era aplicada pelas cortes do respectivo soberano daquele território⁴.

Vale ressaltar que é por Savigny e Mancini⁵ que surge a ideia de que deveria haver um Direito Universal, pelo qual as partes pudessem contratar e ao qual se submeteriam, a despeito de serem oriundas de territórios e nações diferentes, sendo esses, portanto, os principais fatores relevantes para determinar o regimento normativo específico⁶. Aqui destaca-se a identificação pela necessidade de eleição de uma norma em um mundo de diversas nações e ordenamentos, questão principal do Direito Internacional de uma forma geral.

Sendo assim, verifica-se que o Direito Internacional surge muito mais da prática que da teoria, na medida em que a busca de uma composição entre partes de nações diversas se dá, em um primeiro momento, por iniciativa das referidas partes, e não por ato regulatório dos Estados soberanos.

Necessário pontuar, ainda, que o Direito Internacional Público e o Privado tiveram processos diferentes de formação ao longo da História, mas, que, no entanto, se cruzaram para a composição da prática das relações jurídicas transnacionais, o que desde então continua ocorrendo, sendo difícil dissociá-los atualmente.⁷

Dessa forma, é preciso considerar também que durante o século XX houve uma multiplicação de nações constituídas, em razão sobretudo do aprofundamento do fim da Era Colonial e a democratização de tantos outros Estados já independentes. Importante destacar, ainda, que tais novos Estados surgem empenhando-se na sedimentação do Sistema Democrático, sendo esse o sistema político mais voltado à

⁴ Basedow, Jurgen. El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada. ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? (Thomson Reuters, 2010) p. 5-7

⁵ É possível afirmar que Joseph Story, Friedrich Carl von Savigny e Pasquale Stanislao Mancini foram os juristas de maior prestígio no início da história moderna do direito internacional privado. Mas, além desses nomes, surgiram outros, em todas as partes do mundo, tendo contribuído com as suas pesquisas doutrinárias para a evolução do direito internacional privado. A doutrina, aliás, é considerada na nossa disciplina uma verdadeira fonte de direito. Os trabalhos dos mais conceituados juristas do direito internacional privado influenciaram a evolução da nossa disciplina até os nossos dias, tanto pela jurisprudência dos tribunais quanto mediante os trabalhos preparatórios de convenções internacionais e de legislações novas de direito internacional privado nos diversos Estados. RECHSTEINER, Beat Walter. Direito internacional privado: teoria e prática. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260

⁶ Mills, Alex. Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance. 2012.

⁷ “A relação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público tem sido objeto de muita reflexão e de considerável divergência”. DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (Parte Geral). 7ª ed. amp. e atual. Renovar: 2003. Pag. 11

garantia de direitos e liberdades individuais, desenhado até então, de forma que a cooperação entre nações só ganha força durante aquele século.

Logo, diante de tal cenário as legislações ao redor do mundo seguem para um comum acordo do que é essencial a ser normatizado, bem como do fato de que a Economia e a Política também regem a sociedade em conjunto com o Direito⁸. Não mais existe no mundo desenvolvido, portanto, o entendimento de que o Estado é soberano sobre determinado território e rege a vida civil de acordo com seus próprios parâmetros a despeito de quaisquer outros entendimentos.⁹ A Comunidade Internacional enquanto garantidora de direitos e liberdades passa a ter influência em determinadas matérias na vida do indivíduo, a ponto de influenciar o conjunto de normas de diversas nações.

Assim, revela-se, conforme brevemente mencionado *supra*, a necessidade de operacionalização do Direito em âmbito internacional, na medida em que, se as formações históricas e culturais de uma nação são específicas em sua essência, também o são o conceito de justiça e o conjunto de normas que operam naquele território, as quais devem ser observadas nas relações contraídas pelos indivíduos ou agentes privados e/ou públicos¹⁰.

Sobre essa questão, Alex Mills¹¹ coloca que, como toda norma, deve o Direito Internacional promover a justiça em sua aplicação, sobretudo porque deve haver a eleição de uma ou outra na hipótese de ocorrência de um mesmo sinistro sob ordenamentos diversos. Ou seja, uma vez constatada a necessidade de escolha de aplicação de uma legislação, pois que uma mesma situação pode ter tratamento diverso quando consideradas as diferentes constituições normativas de mais de uma nação, o padrão para esse discernimento deve ser no sentido da aplicação de justiça a ela atinente.

⁸ Rosado, Marilda e Almeida, Bruno. A cinemática jurídica global: Conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, v.1, n.20, 2011.

⁹ "O Direito Internacional Privado é a projeção do direito interno sobre o plano internacional." DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (Parte Geral). 7ª ed. amp. e atual. Renovar: 2003. Pag. 10

¹⁰ Mills, Alex. Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance. 2012. "Private international law is thus the legal embodiment of the idea of justice pluralism - a principle of tolerance and mutual recognition. Under this principle, and under private international law, the differences between legal systems are not necessarily viewed as better or worse, but as variations of national legal culture whose very diversity is valued and accommodated."

¹¹ Mills, Alex. Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance. 2012.

Nesse caso, inicialmente, o objeto de discussão era qual dos citados ordenamentos seria o “mais justo”, sendo essa a principal dificuldade da aplicabilidade de normas internacionais. Assim, a criação do Direito Internacional em si vem justamente da conclusão de que não há ordenamento ou Direito melhor que outro, apenas a necessidade de reconhecimento de todos eles, para que as nações possam se interrelacionar¹².

Dessa forma, a dicotomia entre o que seria Direito Internacional Público e Privado surge, primeiramente, na identificação do objeto e das consequências concretas da transação¹³, ou seja, o tratamento por um ou por outro ramo do Direito dependeria substancialmente da situação de fato sobre a qual ela versasse. Em um segundo momento, contudo, essa análise passa para a alocação de autoridade, na medida em que há escolha da lei aplicável, de forma que não se analisa mais o conjunto fático da situação, mas sob qual autoridade ela se submete. Não há que se falar, assim, em erro de julgamento, mas tão somente de escolha da norma aplicável¹⁴, o que difere em muito da aplicação do Direito em âmbito intraestatal, em que há, por exemplo, exigência de duplo grau de jurisdição para se confirmar que determinado provimento concedido é de fato aquele em consonância com o respectivo ordenamento.

Além disso, é necessário destacar a perspectiva existente de que a Soberania Estatal, antes irrestrita, vem seguindo um movimento de retração, para ser substituída pela proteção da dignidade da pessoa humana, que se traduz pelo caráter publicista¹⁵ que o Direito Internacional assume no nos séculos XX e XXI e se relaciona diretamente com a defesa dos direitos individuais. Ou seja, se antes a nacionalidade determinava as regras com as quais se regulava a vida de um cidadão, e as quais deveria observar irredutivelmente, agora sua identidade enquanto indivíduo possuidor de direitos e garantias individuais se sobrepõe e reverbera em âmbito global.

¹² Conforme Alex Mills: “Recognition of a foreign law and its products is an acknowledgment of the value of both the foreign state and its people, an acceptance of the coexistence of states, and of the diversity of their values, in international society.”

¹³ Arroyo, Diego P. Fernández e Rodrigues, José Antonio Moreno Rodriguez. *Contratos Internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*. Biblioteca de Derecho de la Globalización. Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina.

¹⁴ Mills, Alex. *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*. 2012.

¹⁵ Arroyo, Diego P. Fernández e Rodrigues, José Antonio Moreno Rodriguez. *Contratos Internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*. Biblioteca de Derecho de la Globalización Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina.

Isso porque tal prerrogativa surge no cenário internacional justamente como mecanismo de consolidação das democracias, conforme referido *supra*, além da tendência ao compartilhamento de experiências e princípios, sendo o Direito Internacional o grande rio por onde correm esses entendimentos¹⁶. Nesse contexto, as normas do Estado soberano passam a ter uma abrangência doméstica, sendo, em âmbito internacional, submissas ao Direito Internacional Público, e com conteúdo cada vez menor, tendo em vista a internacionalização da vida econômica. Dessa forma, não só a identidade política do cidadão, como o poder econômico de alguns grupos tem maior relevância em âmbito internacional do que a vigência do regramento interno da nação a qual pertence.

Nesse cenário, em contraposição, é possível conceituar classicamente o Direito Internacional Privado, como o ramo do Direito que regula as relações privadas internacionais, tentando oferecer todo o arcabouço necessário para que sejam respeitadas a dignidade e a justiça sem que se perca, contudo, a jurisdição e a soberania¹⁷.

O Direito Privado Internacional se revela, assim, o melhor canal para possibilitar as relações¹⁸ e, em essência, uma cooperação jurídica internacional por meio do “Direito da Tolerância”, sobretudo em se considerando os debates sobre a diversidade e igualdade entre as culturas, os quais muito se fortalecem no século XXI. Isso ocorre porque a proeminência dos direitos humanos, como objeto de pesquisa e destaque na direção dos mecanismos jurídicos e internacionais para a efetivação de tais direitos, trouxe novos argumentos à velha contenta entre Direito Interno/Direito Internacional, bem como novos elementos à discussão sobre os limites da soberania estatal¹⁹, o que garante uma maior consistência das relações ao redor do mundo.

¹⁶ Rosado, Marilda. Novos rumos do Direito Internacional Privado. Em: Contratos Internacionales. Entre la libertad de las partes e el control de los poderes públicos. Direção de Diego P. Fernández Arroyo e José Antonio Moreno Rodríguez. Biblioteca de Derecho de la Globalización: Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina

¹⁷ Rosado, Marilda e Almeida, Bruno. A cinemática jurídica global: Conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, v.1, n.20, 2011.

¹⁸ Rosado, Marilda. Novos rumos do Direito Internacional Privado. Em: Contratos Internacionales. Entre la libertad de las partes e el control de los poderes públicos. Direção de Diego P. Fernández Arroyo e José Antonio Moreno Rodríguez. Biblioteca de Derecho de la Globalización: Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina Cit.: “Por conta da crescente internacionalização das relações privadas, o direito internacional privado é uma ferramenta de grande utilidade para os juristas contemporâneos, pois lhes permitiria adotar uma abordagem dinâmica pluralista e dialética na busca para as soluções mais justas para as situações jurídicas multiconectadas.”

¹⁹ Pereira, Antônio Celso Alves. A CONTEMPORANEIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano 1, Número 1, Jan/ Jun • 2000 Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16013429.pdf> acesso em 25/04/2021

Ocorre que, a Comunidade Internacional entende que existe um hiato²⁰ no desenvolvimento do Direito Internacional Privado, e até do Público, que diz respeito à rigidez de suas normas. Isso porque, a ausência de um órgão regulador impede de alguma maneira a aplicação cogente dos entendimentos jurídicos internacionais.

Nesse contexto surge a *Soft Law*²¹ que, em contraposição a normas cogentes dos Estados, é organizada por entidades da Sociedade Internacional sem o tradicional caráter soberano, mas que, ainda assim, tem plena efetividade jurídica e que contribuem para o desenvolvimento do Direito Internacional Contemporâneo. Isso porque, sendo o Direito Internacional Privado um instrumento de regulamentação em contínuo movimento de pluralidade e rapidez, bem como em se considerando o ritmo irrefreável da Globalização, que escancara a necessidade de cooperação entre os Estados diante dos inúmeros novos métodos de interação entre nações e indivíduos, quase em tempo real, faz-se necessário que a Comunidade Jurídica Internacional acompanhe esse fluxo e seja capaz de garantir probidade nas relações.²²

Nascem, assim, novos atores para impulsionar a solidificação do Direito Internacional Privado, podendo-se citar como exemplo, os trabalhos desenvolvidos pelo UNIDROIT²³, os Códigos de Conduta da ONU²⁴ e, ainda, as recomendações da OCDE²⁵. Além disso, a Novíssima Ordem Mundial Internacional a partir de 1970, possibilita novos posicionamentos do setor privado em questões de interesse mundial, uma vez que não apenas os Estados são sujeitos de direito, mas também os agentes privados, que passam a impulsionar grande volume de negociações²⁶.

²⁰ Watt, Horatia Muir. “Private International Law Beyond the Schism” [Transnational Legal Theory](#), Volume 2, 2011 - Issue 3

²¹ “A ideia tradicional das fontes do direito internacional foi desafiada por processos informais de criação de regras, problema da chamada soft law. Sua concepção é derivada do expressivo aumento de agências internacionais regulatórias que, desprovidas de poder para criação e imposição coercitiva, desenvolveram o conceito.” Souza, Leonardo da Rocha de. Leister, Margareth Anne em “A influência da soft law na formação do direito ambiental”, Revista de Direito Internacional, Volume 12, número2, 2015.

²² “A mudança de contexto e de âmbito de atuação exigiu e exige considerável reformulação do escopo das normas e dos mecanismos de implementação destas” ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.49.

²³ Disponível em <https://www.unidroit.org/> acesso em 20/04/2021

²⁴ Disponível em <https://brasil.un.org/> acesso em 20/04/2021

²⁵ Disponível em <https://www.oecd.org/latin-america/> acesso em 20/04/2021

²⁶ Rosado, Marilda. Novos rumos do Direito Internacional Privado. Em: Contratos Internacionales. Entre la libertad de las partes e el control de los poderes públicos. Direção de Diego P. Fernández Arroyo e

Dessa forma, é necessário citar também a Conferência de Haya, que celebrou sua primeira reunião em 1883, por iniciativa de T.M.C. Asser (Prêmio Nobel da Paz em 1911), e tornou-se uma organização intergovernamental permanente em 1955, após a entrada em vigor do seu estatuto²⁷. Vale ressaltar, que foi a Convenção de Haya, com apoio de organizações relevantes de Direito Comercial Privado, tais como a UNCITRAL²⁸, UNIDROIT e CCI (Câmara de Comércio Internacional)²⁹, que primeiramente determinou, por meio de seus princípios, que as partes gozariam de autonomia para escolher a lei aplicável na hipótese de divergência em contratos privados multinacionais³⁰.

Destarte, importante mencionar, ainda, que um dos principais temas relacionados à necessidade de um Direito Internacional Privado consistente diz respeito à segurança jurídica, intuito maior das organizações prolatoras da *soft law*. No caso específico da América Latina, por exemplo, tem-se que o custo da contratação acaba sendo maior em razão dos riscos que os contratantes eventualmente assumem justamente pela ausência da referida segurança jurídica³¹. A adoção das disposições da Convenção de Haya no ordenamento enquanto norma cogente, nesse contexto, garante maior volume de contratação para as nações e maior lucro para os agentes privados também.

Há, portanto, um processo de privatização do poder regulador, de forma que as normas aplicáveis aos contratos internacionais são formuladas por organizações

José Antonio Moreno Rodríguez. Biblioteca de Derecho de la Globalización: Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina

²⁷ Disponível em <https://www.hcch.net/pt/about> acesso em 20/04/2021

²⁸ Maiores detalhes disponíveis em <https://uncitral.un.org/en/about> acesso em 20/04/2021

²⁹ A maior organização empresarial mundial, cuja rede abrange cerca de 45 milhões de empresas e associações empresarias em mais de 100 países. Desde sua criação em 1919, a ICC, também conhecida como Câmara de Comércio Internacional, tem realizado grandes contribuições para o crescimento do comércio internacional e o desenvolvimento da economia global: Atuando como a voz das empresas nas Nações Unidas, na OMC e no G20, e influenciando no desenvolvimento de políticas nacionais em questões de importância vital para os negócios internacionais; Criando regras globais e padrões universalmente utilizados nas transações do comércio internacional, como os Incoterms® e os Modelos de Contratos; Estabelecendo a Corte Internacional de Arbitragem, a instituição líder mundial em resolução de disputas para negócios.

A ICC tem sua sede em Paris, e conta com Comitês Nacionais em mais de 90 países. Disponível em <https://www.iccbrasil.org/quem-somos/icc-brasil/> acesso em 22/04/2021

³⁰ Goicoechea, Ignacio. Los instrumentos de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 3, N° 5, 2015.

³¹ Goicoechea, Ignacio. Los instrumentos de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 3, N° 5, 2015.

particulares, e passam a condensar o Direito Internacional Privado. Assim, inaugura-se o exercício da autonomia da vontade das partes, sendo aceitável ao redor do mundo que os particulares estabeleçam relações cujas normas são por eles eleitas. Esse movimento se torna tão forte que os regramentos dos Estados passam a incluir possibilidade de autorregulação em outras matérias, como família e sucessões, por exemplo, os quais inicialmente dizem respeito a direitos personalíssimos³².

Nesse sentido, vale dizer que os contratos são os instrumentos jurídicos viabilizadores das relações comerciais por excelência, e, portanto, não seriam diferentes no contexto internacional. Entretanto, identifica-se que tais instrumentos possuem vínculos com um ou mais elementos de estraneidade e regimes jurídicos diferentes³³, o que por si só dificulta sua operação de forma fluida no ambiente internacional.

No que se refere a autonomia da vontade como elemento essencial dos contratos internacionais privados, foi Dumoulin³⁴ que inicialmente apontou como únicos limites à vontade das partes para contratar a Ordem Pública e a capacidade da parte, sem justificar essa perspectiva, no entanto. Assim, tem-se que esse entendimento foi apontado de forma intuitiva pelo autor, e acolhido pela Comunidade Internacional. Seus sucessores teriam adotado tal teoria e a transformado em sistema, assim a doutrina da Autonomia da Vontade espalhou-se de forma célere pela Europa nos séculos XVII e XVIII, atingindo o ápice no século XIX³⁵.

Dessa forma, a consolidação da teoria acima destacada teve apoio de Huber, Voet, Foelix, Savigni, Mancini e Story. Seu auge, no entanto, ocorreu quando Hauss admitiu que deveria ser aplicado o Direito escolhido pelas partes em todas as questões

³² Goicoechea, Ignacio. Los instrumentos de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones. Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión. Año 3, N° 5, 2015.

³³ “Assim, assinala-se que tais pactos são considerados instrumentos de ação do Comércio Internacional, podendo ser estudados de acordo com um critério jurídico (fatores que conectam o contrato a mais de um ordenamento jurídico) ou econômico (fluxo de valores e bens entre dois sistemas)”. DREBES, José Scheer. O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro. **Cedin**. 2010.P.07 Publicado em: Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010, pp. Disponível em <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/>, 2010. Acesso em 16 nov 2020.

³⁴ ARAÚJO, Nádia de. “O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacional privado”, em Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul. São Paulo: LTR, 1996.

³⁵ Rodas, Joao Grandino. Contratos Internacionais. 3ª Edição. Revista dos Tribunais. Parte I. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais. p.46.

relativas às matérias de Direito Internacional Privado, desconsiderando as leis imperativas.³⁶

A adoção integral da teoria da Autonomia da Vontade é, dessa forma, o instituto que possibilita que os termos de uma contratação sejam integralmente, ou quase isso, definidos pelas partes, a despeito de eventuais disposições em contrário dos ordenamentos pátrios de uma ou outra. Esse mecanismo significa, no mundo globalizado, a total liberdade de atuação de agentes privados em âmbito internacional, o que, guardadas devidas proporções, redimensiona as possibilidades de negócios e efetivação de contratações antes impensáveis.

De todo modo, ainda que a total liberdade de contratar represente um avanço na abertura comercial ao redor do mundo, a completa disposição de vontades das partes para redigir o contrato que irá regular uma relação complexa, tal qual os contratos de construção no formato EPC/*Turnkey*, pode não representar um avanço para o sucesso das contratações, ao contrário.

Isso porque as normas cogentes de regulação das relações contratuais internacionais, as negociações e formações de contratos de tal natureza podem ser custosas tanto financeiramente quanto em relação ao dispêndio de tempo para composição do consenso. Nesse sentido, a unificação e harmonização de princípios contratuais resulta na solução de eventuais controvérsias e complicações de forma mais célere e eficaz.³⁷

Daí surge o que a professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro chama de *Batalha das Formas*, que se caracteriza quando, em tratativas iniciais, cada uma das partes apresenta seus “termos padrão” e se deparam com um entrave negocial³⁸. Em suma, esse processo diz respeito à adequação que deve existir na elaboração de um contrato internacional complexo, momento em que as partes manifestam suas vontades e as aceitam reciprocamente, para chegar, assim, a uma equação acerca da elaboração das cláusulas contratuais.

Importante destacar a necessidade de que a análise seja feita no momento inicial da elaboração do contrato, de forma a evitar hipóteses de conflitos de leis ou

³⁶ Rodas, Joao Grandino. Contratos Internacionais. 3ª Edição. Revista dos Tribunais. Parte I. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais. p. 47

³⁷ KLEE, Lucas. “International Construction Contract Law” 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 215

³⁸ Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. Batalha das Formas e Negociação Prolongada nos Contratos Internacionais. Em Contratos Internacionais, coordenação de João Grandino Rodas. Editora dos Tribunais. P. 251-255.

de jurisdição. Para esse consenso ser possível, também é imprescindível a elevação do princípio da boa-fé, ou seja, ainda que haja divergência de interpretações, que a solução seja sempre orientada pela valoração ética das disposições, posicionamento que se alinha, novamente, com o caráter publicista do Direito Internacional, sendo aquele um princípio geral do Direito no século XXI.³⁹

Ainda, dentre os pontos de potenciais divergências que podem surgir na elaboração de um contrato internacional complexo, a escolha da legislação aplicável para a hipótese de solução de eventual conflito é um dos principais. A questão será mais profundamente analisada no decorrer deste trabalho, no entanto, desde já se destaca que, uma vez não incidindo as normas cogentes dos Estados sobre esses documentos, pelo menos em um primeiro momento, é essencial que se determine sob qual regimento o contrato será realizado, para que haja ao menos algum regulamento capaz de proteger as partes na hipótese dos ditos conflitos.

Nesse sentido, importante ressaltar que conflitos oriundos de escolha da legislação aplicável são complexos e difíceis de resolver, e por tal motivo é recomendável que as partes intencionadas a celebrar um contrato internacional escolham aquela antes de sua celebração, bem como observem se o ordenamento jurídico determina alguma solução mandatória para aplicação de uma ou outra norma.

40

Outra forma de solucionar entraves contratuais que envolvam negociações transnacionais é por meio da interpretação dos contratos, a qual pode ser unitária ou multilateral, a partir da aplicação de diversos Direitos para a interpretação substancial do contrato⁴¹. Ou seja, ainda que haja divergência sobre o entendimento das partes acerca do cumprimento de uma ou outra determinação, essa solução não é limitada a um ordenamento, podendo responder a mais de uma orientação para o mesmo problema, se assim estabelecer o método de interpretação.

Dessa maneira, em virtude de a celebração dos contratos internacionais consubstanciar uma realidade que não irá retroceder, ao contrário: essa é uma ferramenta que funciona como mola propulsora do Comércio Exterior, o ímpeto por

³⁹ Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. Batalha das Formas e Negociação Prolongada nos Contratos Internacionais. Em Contratos Internacionais, coordenação de João Grandino Rodas. Editora dos Tribunais. P. 251-255.

⁴⁰ KLEE, Lucas. "International Construction Contract Law" 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 215

⁴¹ Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. Batalha das Formas e Negociação Prolongada nos Contratos Internacionais. Em Contratos Internacionais, coordenação de João Grandino Rodas. Editora dos Tribunais. P. 251-255.

unificar e, conseqüentemente, facilitar as negociações entre as partes vêm sendo uma busca constante.⁴²

Nesse sentido, a busca por unificação iniciou-se por meio dos costumes inerentes à cada nicho de negócio, bem como pelos princípios aplicáveis aos Contratos Internacionais, dentre os quais os mais significantes são os princípios da já mencionada UNIDROIT-“Principles of International Commercial Contracts”, bem como “The Principles of European Contract Law”, os quais são muito utilizados em hipóteses de “*gap*” no instrumento de Contrato ou, ainda, na Legislação aplicável.⁴³

A partir da edição desses princípios, portanto, a necessidade dos contratos-tipo no âmbito do Direito Internacional ficou mais latente, especialmente para determinados segmentos de negócio, motivo pelo qual algumas organizações de classe internacionais, tais como a BIMCO⁴⁴, que essencialmente estabelece modelos de contrato de afretamento de embarcações, a ICC-International Chamber of Commerce, responsável pela criação das regras INCOTERMS⁴⁵ e, finalmente, a FIDIC⁴⁶, responsável pela divulgação dos modelos de contrato tipo mais significativos para Contratos Internacionais de Construção, estabelecem “*templates*”, de modo a suprir tal necessidade.

Assim, faz-se importante mencionar que a construção é uma atividade internacional e como tal precisa constantemente de vigilância, regulação, parâmetros e até mesmo um nicho específico do Direito que consiga abordar e esclarecer os aspectos jurídicos, ou ao menos de grande parte deles, bem como as peculiaridades desse negócio, que se mostra tão importante e necessário tanto no cotidiano quanto no crescimento da sociedade.⁴⁷

Destarte, atualmente pode-se dizer que há uma disciplina chamada Direito Internacional da Construção, a qual tem se mostrado em crescente ascensão no

⁴² Não é recente a discussão e a tentativa dos Estados em harmonizar ou uniformizar normas legais ou convencionais para serem aplicadas às diversas áreas do Direito. Entre elas, a responsabilidade do Direito Internacional Privado e nesse, em especial, com os contratos internacionais. BARROZO, Helena Aranda; TESHIMA, Márcia; MAZZUOLI, Velério de Oliveira. **Novos Estudos de Direito Internacional Contemporâneo**. Londrina: Eduel, v. 1, 2018.p. 66

⁴³ KLEE, Lucas. “International Construction Contract Law” 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 215

⁴⁴ Disponível em <https://www.bimco.org/> acesso em 20/04/21

⁴⁵ Disponível em <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/> acesso em 20/04/21

⁴⁶ Disponível em <https://fidic.org/> acesso em 20/04/21

⁴⁷ Marcondes, Fernando. O Direito da Construção no Ambiente Internacional. Almedina, 1 edição São Paulo.2019

contexto global, apesar de no ambiente jurídico pátrio ainda ser pouco expressiva.⁴⁸ A aplicação dos Contratos tipo na indústria Internacional de Construção é tão expressiva que a *International Bar Association*⁴⁹ criou um compilado⁵⁰ de *Standard Form Construction Contracts* para melhor referência das partes interessadas.

Importante destacar que o Direito Internacional da Construção está intimamente ligado ao mercado de Petróleo e Gás, haja vista o fato de que, para além da exploração e distribuição, há uma imensa gama de serviços de alta complexidade atrelados a essa atividade, que, como tais, são objetos de contratos e negociações igualmente complexas envolvendo diversas empresas, especialmente aquelas cujo “*core business*” é a Engenharia⁵¹. Isso se dá, principalmente, devido ao fato de que as atividades relacionadas ao petróleo necessitam de mega empreendimentos para sua performance, incluindo, mas não se limitando a construção de plataformas para exploração *onshore* e *offshore*, refinarias, bem como a instalação de umbilicais, dutos rígidos e flexíveis.⁵²

Além disso, faz-se mister ressaltar que os contratos relativos à execução de projetos de Engenharia, relacionados ao mercado de Petróleo e Gás, por sua própria natureza multifacetária e multidisciplinar são extremamente complexos.

Devido à essa complexidade, o presente estudo busca analisar mais profundamente a operacionalização efetiva dos contratos internacionais de construção, estandardizados pela FIDIC, sobretudo da modalidade EPC/*Turnkey*, considerando, para tanto, todo esse contexto histórico, econômico, político e jurídico, que ao mesmo tempo que propulsiona as contratações transnacionais em larga escala, cria obstáculos para sua fluidez, sob a perspectiva mais liberal.

Destaca-se, contudo, que se entende que potenciais entraves são decorrentes da formação recente desse “Direito Universal”, como alguns autores ambicionaram em um passado não tão distante, e que se alinham ao caráter publicista e garantista que o Direito Internacional Público vem assumindo desde o final da Segunda Guerra Mundial, bem como com a intenção de cooperação entre os países

⁴⁸ Marcondes, Fernando. O Direito da Construção no Ambiente Internacional. Almedina, 1 edição São Paulo.2019

⁴⁹ Associação Internacional de operadores do Direito maiores informações disponíveis em https://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx acesso em 18/04/2021.

⁵⁰ Disponível em <https://www.ibanet.org/> acesso em 18/04/2021.

⁵¹ KLEE, Lucas. “International Construction Contract Law” 2 edição Wiley Blacwell, Praga pg20

⁵² Godwin, William.; International Construction Contracts : A Handbook pags 9, 10, 16

pela garantia da dignidade da pessoa humana, corolário fundamental do Direito Internacional atual.⁵³

⁵³Rodas, João Grandino. “ A Segunda Guerra Mundial Transformou o Direito Internacional” disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-27/olhar-economico-segunda-guerra-mundial-transformou-direito-internacional> acesso em 21/04/2021

2. OS CONTRATOS EPC, SUAS PECULIARIDADES, CLÁUSULAS E RISCOS ATRELADOS

2.1 Características dos contratos EPC

Em primeiro lugar, vale salientar que, os contratos EPC (Engineering, Procurement and Construction) tem sua origem na reiterada prática social em determinado nicho de negócios, sendo, portanto, consequência usual da referida prática⁵⁴ e, geralmente, visam a implantação de empreendimentos⁵⁵ que, em sua maioria, produzem insumos ou *commodities*⁵⁶, tal como o Petróleo, de forma contínua e ininterrupta visando serem comercializados mediante a assinatura de contratos de longo prazo. Vale dizer que a indústria petrolífera é capaz de unir recursos logísticos, técnicos, científicos, jurídicos, sociais, ambientais e econômicos, impactando direta e indiretamente diversos outros campos.⁵⁷

Importante ressaltar, ainda, que o EPC⁵⁸ é um contrato de origem anglo-saxã, cujo desenvolvimento foi impulsionado pela construção na Indústria do Petróleo na década de 90, oportunidade na qual buscava-se compatibilizar a necessidade do dono da obra para financiar seu projeto.⁵⁹

⁵⁴ Deus, Adriana Regina Sarra de. O Contrato de EPC- Engineering, Procurement and Construction. São Paulo, Almedina. 2019.

⁵⁵ WILLIAM GODWIN. International Construction Contracts : A Handbook. Chichester, West Sussex, UK: Wiley-Blackwell, 2013. ISBN 9780470655726. Disponível em: <http://search.ebscohost.com.peacepalace.idm.oclc.org/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=531401&site=ehost-live>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁵⁶ “*Los commodities son bienes genéricos que generalmente no presentan ninguna transformación, por lo cual su significado tradicional se circunscribe primordialmente al de materias primas* MORALES, Hada Desiree de. La Nueva Dinámica del Mercado de Los Commodities. [S.l.]: Banco Central de Reserva de El Salvador. 2008. Disponível em <https://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/611872653.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020. p. 1 As commodities são bens genéricos que geralmente não apresentam nenhuma transformação, pelo que seu significado tradicional se circunscribe primeiramente ao de matérias-primas. (Tradução Nossa)

⁵⁷ Presente na história da humanidade há muito tempo, o petróleo já foi usado para produzir luz através da queima, vedar embarcações, embalsamar múmias no Egito, pavimentar estradas romanas junto com as pedras, vedar reservatórios de água pelos Incas, dentre diversos outros propósitos e hoje ainda possui uma variedade de aplicações em materiais de construção, embalagens, tintas, fertilizantes, fármacos, isopor e plásticos.

⁵⁸ “O EPC surge na indústria da construção de petróleo na década de 1980 como alternativa às contratações prime ou principais. Até então era usual que o proprietário realizasse múltiplas contratações principais. Mas o resultado era uma grande dificuldade de lidar com tantos contratados, cujos interesses frequentemente se contrapunham, causando “ineficiências e estouro de custos” CARMO, Lie Uema do. “Contratos de Construção de Grandes Obras”, Almedina, São Paulo, 2019 pag 138

⁵⁹ DEUS, Adriana Regina Sarra de. “O Contrato de EPC” Almedina, São Paulo, 2019. Pag 200

Além disso, mais um elemento integra a formação de tal contrato, qual seja a presença do risco na consecução do objeto. Nesse sentido, Lukas Klee preceitua “Nos Projetos EPC, o contratado é responsável pela Engenharia, incluindo o Design (o dever do engenheiro), organizar as aquisições de trabalhos, plantas, materiais e serviços (o dever de adquirir), e executar os trabalhos de construção (o dever de construir)”.⁶⁰

Segundo Cavallo Borgia⁶¹, tais contratos sempre significam alta complexidade, justamente porque resultam da integração de várias disciplinas de Engenharia e Arquitetura, bem como financeira e administrativa. O autor ressalta, também, que a qualidade do sujeito contratante, que deve ser dotado de formação técnica apropriada é traço distintivo importante desse contrato.

Assim, conforme brevemente dito, Contratos de EPC são longos e, geralmente, englobam grandes empreendimentos, sendo, portanto, extremamente complexos, trazendo a necessidade de vários especialistas para a sua elaboração. Uma das principais características desse tipo contratual é que atribui a uma única parte, qual seja a contratada, toda a responsabilidade pelo escopo do empreendimento ou obra, objeto do contrato.⁶²

Portanto, o dono da obra, investidores e instituições financeiras (ou seja, aquele que figura como empreendedor) adotam estruturas contratuais que estabelecem condições quase imutáveis quanto ao custo e prazo previstos para a implantação do empreendimento, bem como quanto ao nível de desempenho esperado. Para tanto, tais contratos estabelecem preço global e fixo, além de garantias quanto à performance e prazo, minimizando-se, assim, riscos de redução da taxa de retorno esperada, os quais poderiam ocorrer tanto na hipótese de acréscimo nos investimentos necessários para a implantação integral do dito empreendimento, quanto de possíveis atrasos ou de insuficiência do rendimento respectivo.⁶³

⁶⁰ “In EPC projects, the contractor is responsible for engineering including design (the engineer duty), organizing procurement of works, plants, materials, and services (procurement duties), and executes the construction works (the construct duty).”

⁶¹ Cavallo Borgia, R. *Il Contrato di Engineering*, Cedam, Pádua, 1992.

⁶² “O EPC usualmente tem um objeto bastante amplo, que engloba a elaboração dos projetos de engenharia e arquitetura do empreendimento, a aquisição dos materiais e equipamentos necessários, a construção de edifícios e estruturas e a montagem eletromecânica. No modelo *turnkey*, o EPC compreende também a realização de testes e o comissionamento” CARMO, Lie Uema do. “Contratos de Construção de Grandes Obras”, Almedina, São Paulo, 2019

⁶³ WILLIAM GODWIN. *International Construction Contracts: A Handbook*. Chichester, West Sussex, UK: Wiley-Blackwell, 2013. ISBN 9780470655726. Disponível em:

Daí decorre o fundamento para a utilização do termo *Turnkey* para tal tipo de contrato, uma vez que o contratado fica responsável por todos os riscos e obrigações para a execução da obra, salvo em situações de força-maior/caso fortuito- mais adiante detalhados, e o contratante limita-se a pagar o preço acordado e iniciar a operação do empreendimento quando de sua conclusão, ou seja, “virar a chave”.⁶⁴

Dessa forma, apesar de árida a negociação em questão, visando estabelecer condições contratuais equilibradas e reduzir riscos no que se refere ao escopo nos contratos EPC, é imprescindível definir claramente as obrigações das partes⁶⁵, mediante a descrição minuciosa de cada atividade que a contratada se propõe a executar, ainda que o referido escopo alcance todas as fases de implantação (execução dos projetos, das obras civis, fornecimento e transporte de materiais e equipamentos, afretamentos, instalação de linhas, comissionamento, realização de testes de desempenho e treinamento).⁶⁶

Diante do acima exposto, faz-se importante enfatizar que no EPC o contratado é responsável por observar e administrar os prazos, preços e especificações técnicas do contrato sem interferência do empreendedor, a essa estrutura dá-se o nome de conceito *design-build*.⁶⁷ Com isso, para minimizar os riscos, todas as atividades e serviços, objeto do contrato, necessários à conclusão mecânica e operação regular do empreendimento, objeto contratual, devem ser detalhados exaustivamente, indicando as premissas que foram consideradas na definição do escopo e as

<http://search.ebscohost.com.peacepalace.idm.oclc.org/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=531401&site=ehost-live>. Acesso em: 27 abr. 2021

⁶⁴ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. “Contratos Chave na Mão(Turnkey) e EPC(Engineering, Procurement and Construction)- Primeira Aproximação- Conteúdo e Qualificações, Coleção Direito da Construção-IBDIC, São Paulo, Almedina Brasil, 2019. Pág.26

⁶⁵ Perhaps the most important reason for having such a contract is to try as far as possible to ensure clarity and certainty in the parties’ respective rights and obligations. As well as the main responsibilities for design, fabrication and the like, these will include such other obligations as provision of performance guarantees and insurance against damage to the works and injury to persons. Godwin, William.,” International Construction Contracts: A Handbook” Wiley-Blackwell, Estados Unidos da América, 2013

⁶⁶ Houghton-Evans, Robert Willian.” Well Built? A Forensic Approach to the prevention, diagnosis and cure of building defects.”Riba Entreprises Ltd. Londres, 2005.

⁶⁷ “No *design-build*- também conhecido como processo *turnkey*, “package deal”, “clé-em-main” ou “EPC” -, o proprietário contrata uma única pessoa para projetar e construir o projeto. Essa modalidade admite algumas variações, com o construtor ou engenheiro sendo o principal contratado e subcontratando o arquiteto, ou vice-versa, ou ainda a formação de *joint ventures* entre esses especialistas.” CARMO, Lie Uema do.“Contratos de Construção de Grandes Obras”, Almedina, São Paulo, 2019 pag 100

respectivas exclusões e evitando a utilização de expressões subjetivas, as quais possibilitam interpretações dúbias.⁶⁸

2.2 Escopo e Premissas

Nos contratos EPC os riscos de natureza jurídica decorrentes das operações, objeto dos referidos contratos, estão presentes desde a fase de negociação entre as partes. Com efeito, as propostas (ou quaisquer declarações) emitidas pela parte a ser contratada para a prestação de serviços e/ou fornecimentos geram, imediatamente, obrigações unilaterais da referida empresa proponente.⁶⁹

Dessa forma, é recomendável que os contratos especifiquem condições, exceções e procedimentos a fim de minimizar riscos de situações que possam resultar na caracterização de inadimplemento das partes e, conseqüentemente, a aplicação das penalidades cabíveis previstas no instrumento contratual, observando-se sempre o princípio da boa-fé.⁷⁰

Assim, conforme já dito, é de suma importância detalhar no contrato, o máximo possível, os serviços e fornecimentos que serão realizados, além das atribuições a cargo dos empreendedores. Tais premissas produzem reflexos diretos no escopo contratual e, conseqüentemente, nos preços.

De modo a mitigar os riscos do negócio para a parte a figurar como contratada, é recomendável, ainda, a observação das condições que tenham sido informadas pelos empreendedores, especialmente aquelas relativas ao local de implantação do projeto, tais como as topográficas, climáticas, geológicas e hidrológicas, bem como a disponibilidade desses locais. Além disso, também se revelam necessárias as especificações quanto à entrega, importação e desembaraço alfandegário respectivos em relação a fornecimentos de partes terceiras vinculadas contratualmente aos empreendedores, ou seja, não com a empresa “*Epcista*” (parte contratada).⁷¹

⁶⁸ Yalim, A. (2019). Gap Filling in the PICC, CISG, PECL and DCFR. In Interpretation and Gap Filling in International Commercial Contracts (pp. 131-184). Intersentia. doi:10.1017/9781780689760.005

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Richardson, Lorna. "Good faith and the duty to co-operate in long-term contracts". In Research Handbook on International Commercial Contracts, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020)doi: <https://doi-org.peacepalace.idm.oclc.org/10.4337/9781788971065.00008>

⁷¹ Godwin, William.;" International Construction Contracts: A Handbook" Wiley-Blackwell, Estados Unidos da América, 2013

Na hipótese de informações incompletas ou insuficientes no decorrer da negociação contratual respectiva, devem ser mencionados os parâmetros considerados pela parte contratada para o detalhamento do objeto.

Em contrapartida, no tocante as providências a cargo dos empreendedores e que devem ser detalhadas no contrato, destacam-se: (i) Disponibilização livre e desimpedida dos locais necessários para a implantação do empreendimento e instalação dos canteiros de obras;(ii) A obtenção das licenças ambientais e operacionais necessárias ao início dos trabalhos e para a operação do empreendimento, inclusive para captação e suprimento de água para o empreendimento e canteiro, se for o caso;(iii) O fornecimento de insumos e materiais necessários ao comissionamento, testes e operação inicial do empreendimento;(iv)A disponibilização de operadores experientes, desde o início do comissionamento;(v) Vigilância e segurança no local de implantação do empreendimento e no canteiro;(vi)Estoque de materiais para operação do empreendimento (exceto peças sobressalentes expressamente indicadas no contrato);(vii) Requisitos para interface, interligação, ou integração do empreendimento com os sistemas aos quais estará acoplado;(viii) Abastecimento de combustíveis e materiais necessários para a partida e a operação do empreendimento, destino de dejetos, lubrificantes, produtos químicos e consumíveis.⁷²

Além das premissas relativas as obrigações costumeiras a cada uma das partes já pontuadas acima, recomenda-se, ainda, a inclusão de cláusulas que versem sobre os direitos relativos à utilização dos projetos de Engenharia elaborados por uma das partes em projetos diversos do objeto contratual sem prévio e expresso consentimento(clausulado acerca de propriedade intelectual e sua respectiva cessão), além de procedimentos para incidência de multas relativas a atrasos e estabilidade da conjuntura econômica (inflação, taxa de câmbio)- equilíbrio econômico financeiro.⁷³ Vale dizer que a descrição das premissas e exclusões supramencionadas é imprescindível para manter a segurança jurídica do negócio e garantir as Partes que

⁷²TEIXEIRA, Tiago Manuel Moreira. Mestrado Integrado em Engenharia Civil - 2012/2013 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2013

⁷³ Em suma, o Direito Energético ainda esbarra e enfrenta alguns percalços, sobretudo no que diz respeito aos contratos internacionais. É de conhecimento público que a energia é fundamental na economia e, como qualquer ponto desta teia, a política acaba por ser de extrema relevância para se firmar os contratos internacionais, pois os países que selam tal contrato deverão ter, necessariamente, segurança política e jurídica, para que aconteçam investimentos internacionais e os contratos sejam cumpridos e efetivados a contento. (CORE, 2012, p. 13)

se possa renegociar o escopo, prorrogar prazos e revisar remuneração, quando aplicável.

2.3 Prazo e aceitação

O Prazo é condição crucial em contratos EPC, haja vista o fato de que os empreendedores contam com a entrada em operação comercial do projeto a partir de uma data certa. Ademais, há estruturas de financiamento nas quais as amortizações estão condicionadas as receitas obtidas a partir da operação do empreendimento; outras preveem, ainda, a securitização desse fluxo de receitas, a partir de uma data certa.⁷⁴

Portanto, é provável que haja prazos fixos, com restrições taxativas acerca da possibilidade de prorrogação desses. Além disso, essa modalidade de contratação prevê a aplicação, na hipótese de atraso, de multas diárias de valores relevantes, muitas vezes calculadas com base na perda de receitas e/ou dos encargos que serão devidos pelos empreendedores junto aos órgãos financiadores em decorrência da impossibilidade de amortização dos empréstimos.

Assim, é importante estabelecer e indicar nos contratos EPC todos os fatos indispensáveis para o início dos trabalhos, cujo implemento determinará a contagem dos prazos. Da mesma forma, deve ser indicada a relação mais abrangente possível das hipóteses que determinarão a prorrogação daqueles. Dentre os fatos necessários ao início da contagem dos prazos supramencionados podem ser destacados os seguintes eventos: A obtenção das concessões, licenças e autorizações, de qualquer natureza, especialmente ambientais e operacionais; a disponibilização de todos os locais necessários para início dos trabalhos, livres e desimpedidos; o fornecimento de informações, estudos, investigações, análise e demais providências a cargo dos empreendedores, inclusive dos insumos necessários (energia elétrica, água, etc.) e *Down payment*. (Uma forma de sinal em pagamento, o qual é fixado com base no preço total do contrato, sendo, usualmente, correspondente a um percentual que oscila entre cinco e quinze por cento do referido preço).⁷⁵

⁷⁴ KLEE, Lucas. "International Construction Contract Law" 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 281

⁷⁵ Arnold H. Olyan; John K. Taylor, The EPC Contract and the Energy Lawyer, 44 Alta. L. Rev. 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

Dessa forma, tendo-se em vista a importância da determinação e cumprimento de prazos nos contratos EPC, é essencial destacar e definir os fatos que podem determinar a prorrogação daqueles e que devem, necessariamente, ser mencionados no contrato, dentre os quais destacam-se: (i) Casos fortuitos ou de Força Maior; (ii) Atraso nas providências de obrigação dos empreendedores ou de terceiros a esses vinculados, por exemplo, fornecedores de equipamentos e materiais, operadores e consultores contratados diretamente pelos empreendedores; (iii) Atrasos no desembaraço alfandegário de equipamentos;(iv) Alterações no empreendimento;(v) Consequências decorrentes de variações nas condições geológicas e geotécnicas não previsíveis à luz das investigações anteriormente realizadas⁷⁶.

Em contrapartida às obrigações rígidas quanto à observação de prazos contratuais, comumente é proposto aos empreendedores o pagamento de bônus à parte contratada caso o projeto seja concluído antecipadamente. O valor do referido bônus pode ser calculado mediante a utilização dos mesmos critérios adotados para a fixação das penalidades aplicáveis ao atraso, ou em razão do valor da receita auferida pelos empreendedores com a antecipação da comercialização do insumo produzido pelo respectivo projeto.⁷⁷

Destarte é importante fixar condições de aceitação com clareza, mediante a aplicação de critérios objetivos, que possam ser verificados com a realização de testes pré-definidos. ⁷⁸

Nesse sentido, o contrato pode estabelecer um procedimento para a caracterização da aceitação, o qual se iniciará com a comunicação aos empreendedores do implemento das referidas condições necessárias para a conclusão do projeto, fixando prazo para que aqueles verifiquem se tais condições foram observadas, findo o qual, o empreendimento deverá ser considerado como efetivamente aceito.⁷⁹

⁷⁶ CARMO, Lie Uema do. “Contratos de Construção de Grandes Obras”, Almedina, São Paulo, 2019 pag 267

⁷⁷Arnold H. Olyan; John K. Taylor, The EPC Contract and the Energy Lawyer, 44 Alta. L. Rev. 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

⁷⁸ KLEE, Lucas. “International Construction Contract Law” 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 283

⁷⁹ TEIXEIRA, Tiago Manuel Moreira. Mestrado Integrado em Engenharia Civil - 2012/2013 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 20133

A aceitação, expressa ou tácita, é extremamente importante, uma vez que caracteriza o marco inicial do período de garantia do projeto resulta na transferência dos riscos de sua custódia para os empreendedores. Além disso, extingue ou reduz as obrigações da Contratada relativas à cobertura securitária.⁸⁰

A referida aceitação permite, ainda, a desmobilização substancial do pessoal envolvido no empreendimento à medida em que, nesse ponto da contratação, remanescem obrigações e atividades de pequeno porte que não interferem na segurança e operação do projeto.⁸¹

Nesta seara vale salientar que devido à complexidade e riscos envolvidos em projetos EPC, usualmente, o *epcista* é obrigado à apresentar uma *performance bond* ao dono da obra no ato da assinatura do contrato, a qual é um tipo de seguro garantia que visa garantir que esse será cumprido conforme pactuado entre as partes.⁸²

Além disso, vale dizer que a referida *bond* é uma espécie de apólice securitária de instituição financeira, a qual vai se reduzindo conforme a progressão do projeto e as obrigações do contratado para com o contratante vão se encerrando. A garantia pode se dar de maneira ampla, em que a seguradora assume qualquer sinistro razoável dentre as especificações do contrato, ou, ainda, apenas hipóteses específicas.⁸³

A seguradora, mediante o pagamento de um prêmio acordado, compromete-se a pagar uma indenização no caso de eventual sinistro, dessa forma, a parte deixa de sofrer os efeitos danosos que possam advir em decorrência do referido sinistro projeto. Os tipos de seguros normalmente contratados são Advanced Loss Profit (ALOP), BAR (Builders All Risks), Delayed Start-Up (DSU) e Responsabilidade Civil.⁸⁴

⁸⁰ KLEE, Lucas. "International Construction Contract Law" 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 701

⁸¹ KLEE, Lucas. "International Construction Contract Law" 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 706

⁸² Disponível em Performance Bond: entenda como funciona esse tipo de seguro</a Acesso em 12/02/2020.

⁸³ KLEE, Lucas. "International Construction Contract Law" 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 655

⁸⁴ KLEE, Lucas. "International Construction Contract Law" 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 623

2.4 Responsabilidade

Ainda que seja possível negociar satisfatoriamente todas as ressalvas e premissas que delimitarão as obrigações das partes, conforme pontuado anteriormente, deve-se limitar, expressamente, nos contratos EPC a responsabilidade perante si e a terceiros dentro de níveis e valores que preservem a integridade patrimonial das partes, se os resultados esperados pelo empreendedor não forem alcançados, especialmente, no que se refere a prazos e a performance do empreendimento, onde as chances de infortúnio estão mais presentes.⁸⁵

Com efeito, atrasos na entrada em operação ou rendimentos insuficientes em projetos de grande porte, resultam em vultosas perdas de receita e ônus financeiros para o empreendedor de valores muito superiores à margem de lucro da parte contratada. Se os atrasos se prolongarem e a insuficiência de rendimento não for corrigida, as perdas em questão serão insuportáveis para a última.⁸⁶

No que se refere a possíveis atrasos, é recomendável que a responsabilidade da contratada seja limitada ao pagamento de multas diárias ou semanais de caráter compensatório, incidentes a partir da data contratualmente prevista para o início das operações comerciais do empreendimento, como única e exclusiva forma de indenização ao cliente, multas essas limitadas a um “cap” (teto/limite) equivalente a um percentual do valor total do contrato.⁸⁷

Com relação à insuficiência de rendimentos, ou performance inferior ao nível previsto contratualmente, a responsabilidade da contratada pode, também, ser limitada ao pagamento de multas de caráter compensatório, incidentes somente após o decurso de um determinado período, que se iniciaria com a conclusão mecânica do empreendimento, período esse dimensionado de modo a permitir que aquela faça os ajustes necessários de modo a possibilitar o alcance dos níveis de desempenho contratados.⁸⁸

⁸⁵ Greg Gordon, Risk Allocation in Oil and Gas Contracts' in Greg Gordon et al (eds) *Oil and Gas law: Current Practice and Emerging Trends* 2 edição, Dundee University, 2011)

⁸⁶ EVANS, Christopher & BUTLER, Lee. Reciprocal Indemnification Agreements in the Oil Industry: The Good, The Bad and The Ugly, 2010, vol. 77, *Defense Counsel Journal* 226. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/defcon77&div=22&id=&page=> Acesso em 13 de janeiro de 2021

⁸⁷ Arnold H. Olyan; John K. Taylor, The EPC Contract and the Energy Lawyer, 44 *Alta. L. Rev.* 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

⁸⁸ Arnold H. Olyan; John K. Taylor, The EPC Contract and the Energy Lawyer, 44 *Alta. L. Rev.* 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

Ademais, recomenda-se a exclusão de responsabilidade de quaisquer das partes por danos indiretos e lucros cessantes, bem como a fixação de um limite total de responsabilidade (*over all cap of liabilities*) da contratada (indenizações e multas) não superior a um valor equivalente a um percentual do preço total do contrato.⁸⁹

Por fim, vale ressaltar que as recomendações acima se devem ao fato de que os contratos de EPC performados na indústria do Petróleo e Gás estão expostos a riscos de valores imensuráveis e sem tais medidas protetivas a execução de tais empreendimento tornar-se-ia inviável em termos financeiros.⁹⁰

2.5 Força Maior ou Caso Fortuito

Primeiramente, vale dizer que a inexecução de um contrato resulta, muitas vezes, de condições imprevisíveis que impossibilitam o cumprimento das obrigações contraídas. Essas hipóteses são caracterizadas como casos fortuitos ou de Força Maior, as quais se verificam nos fatos cujos efeitos não se podem evitar, ou impedir, entretanto, nem todos os países possuem uma definição legal que estabeleça tal desoneração do cumprimento de obrigações diante daquelas circunstâncias, principalmente, alguns dos principais sistemas de *Common Law*, como os Estados Unidos, por exemplo.⁹¹

A título exemplificativo, os últimos anos da década de 80 e nos primeiros da 1990 todos os eventos de Força Maior eram fardos extremamente altos para as partes, pois, apesar de geralmente reconhecidos na *Common Law*, careciam de previsão legal e o ônus da prova, recaía sobre a parte buscando desculpar seu desempenho baseado no respectivo evento de Força Maior, e essa foi interpretada muito estritamente pelas cortes americanas. Vale ressaltar, que à época Louisiana, o único estado que tinha um Código Civil similar ao francês, reconhecia *force majeure*, sendo, porém, a única jurisdição norte-americana que o fez.⁹²

⁸⁹ Arnold H. Olyan; John K. Taylor, *The EPC Contract and the Energy Lawyer*, 44 *Alta. L. Rev.* 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

⁹⁰ SOYER, *Baris Offshore Contracts and Liabilities*, 1ª edição, Reino Unido 2014, InformaLaw from Routledge. pag 68

⁹¹ Katsivela, Marel. **Contracts : Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses ?** *Uniform Law Review*, Volume 12, Issue 1, January 2007, Pages 101–119, <https://doi.org/10.1093/ulr/12.1.101>

⁹² Katsivela, Marel. **Contracts : Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses ?** *Uniform Law Review*, Volume 12, Issue 1, January 2007, Pages 101–119, <https://doi.org/10.1093/ulr/12.1.101>

Dito isso, até o início dos anos 90, a parte que quisesse reivindicar falta de *performance* e ser dispensada por conta de Força Maior teria que provar a impossibilidade de capacidade ou frustração de propósito. Assim, por exemplo, para o desenvolvimento de um empreendimento no Iraque, uma guerra não é imprevisível. Para melhor ilustrar, houve uma decisão de Tribunal Norte Americano há alguns anos que estabelecia tendo em vista a existência da guerra com Israel⁹³ nos últimos 30 anos, tal não seria um evento excepcional e tampouco imprevisível, uma vez que se trata de algo usual naquela região.

Portanto, é aconselhável listar exemplificativamente nos contratos EPC os eventos cujo controle esteja fora do alcance da Contratada e que poderão prejudicar a execução regular de suas obrigações (p. exemplo, enchentes, chuvas prolongadas, greves nos setores relacionados com o objeto contratual), minimizando-se riscos quanto a eventuais divergências na caracterização da Força Maior.

Aqui reforça-se a necessidade, já exposta acima, de estabelecer nos contratos cobertura securitária ampla e irrestrita relativa à integridade de todos os equipamentos e materiais que serão adquiridos para incorporação ao empreendimento, tendo em vista que o risco de destruição desses equipamentos, materiais e edificações permanecerá com a contratada, seja qual for a causa, inclusive, em decorrência de casos fortuitos ou de Força Maior, até a data da aceitação e transferência de riscos que se efetiva, geralmente, quando da conclusão integral e entrega do empreendimento.⁹⁴

2.6 Garantias

A proposição e negociação dos termos e cláusulas que tratam das garantias conferidas pelo executor do EPC, deve observar a mesma orientação relativa à definição do escopo contratual, ou seja, as obrigações das partes devem ser descritas de forma taxativa, limitando-se, no caso do contratado, ao reparo ou substituição dos equipamentos que apresentem defeitos de fabricação ou que não atendam as especificações técnicas previstas, dentro de um determinado prazo.⁹⁵

⁹³ Katsivela, Marel. **Contracts : Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses ?** *Uniform Law Review*, Volume 12, Issue 1, January 2007, Pages 101–119, <https://doi.org/10.1093/ulr/12.1.101>

⁹⁴ KLEE, Lucas. "International Construction Contract Law" 2 edição Wiley Blacwell, Praga pag 706

⁹⁵ Houghton-Evans, Robert Willian." Well Built? A Forensic Approach to the prevention, diagnosis and cure of building defects." Riba Entreprises Ltd. Londres, 2005.

Assim, a cláusula respectiva deve mencionar clara e objetivamente as condições de garantia conferidas, excluindo-se quaisquer outras condições implícitas, incluindo, mas não se limitando a garantir que o empreendimento atenderá os objetivos e finalidades esperadas pelos empreendedores, sob qualquer aspecto, inclusive comercial, e que funcionará perfeitamente e de modo ininterrupto.

Por fim, vale ressaltar que o termo inicial, ou início da contagem do prazo de garantia deve ser a aceitação do empreendimento, retroativo à data efetiva na qual foram caracterizados os eventos que resultaram na referida aceitação.⁹⁶ O contrato, normalmente, estabelecerá prazo pré-fixado para a correção, refazimento, substituição ou reparo do componente fornecido.⁹⁷

2.7 Preço

Esta cláusula é essencial aos contratos em geral, mas, especificamente nos de EPC ela tem suma importância, uma vez que, via de regra, tais contratos apresentam um preço global, fixo e invariável,⁹⁸ no qual devem ser abrangidos todos os valores decorrentes da execução da obra, incluindo mas não se limitando ao fornecimento de materiais e equipamentos; serviços de construção civil, montagem e de engenharia consultiva (projetos, gerenciamento, serviços técnicos); perfuração de poços, ensaios geotécnicos, topografia; locação de máquinas e ferramentas; fundações especiais; seguros; impostos e taxas.⁹⁹

Quanto ao aspecto econômico-financeiro relativo à metodologia de precificação por preço global, vale destacar que essa assume papel fundamental no mercado de construção de empreendimentos de infraestrutura, na medida em que facilita o acesso a financiamentos pelo dono da obra, já que o empreendimento como um todo está, ou deveria estar, definitivamente orçado.¹⁰⁰

Nesse sentido, vale dizer que o contrato EPC torna-se, de certo modo, verdadeira garantia aos organismos financiadores, os quais não raramente participam

⁹⁶ Houghton-Evans, Robert Willian. "Well Built? A Forensic Approach to the prevention, diagnosis and cure of building defects." Riba Entreprises Ltd. Londres, 2005.

⁹⁷ Godwin, William.; International Construction Contracts : A Handbook pag 27

⁹⁸ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. "Contratos Chave na Mão(Turnkey) e EPC(Engineering, Procurement and Construction)- Primeira Aproximação- Conteúdo e Qualificações, Coleção Direito da Construção-IBDIC, São Paulo, Almedina Brasil, 2019. Pág.26

⁹⁹ Godwin, William.; International Construction Contracts : A Handbook pag 27

¹⁰⁰ Godwin, William.; International Construction Contracts : A Handbook pag 27

de forma ativa na definição e na negociação das condições do contrato. Daí porque algumas instituições financeiras já solicitam a adoção de modelos específicos de contrato, como é o exemplo do Banco Mundial,¹⁰¹ que, em suas operações de financiamento, procura recomendar a utilização dos modelos de contrato elaborados pela FIDIC em especial o modelo *Silver Book*, que traz condições para contratação de EPC/*Turnkey* na modalidade de preço global (*Lump Sum*) e será objeto do presente estudo mais adiante.

No que se refere ao pagamento do valor avençado, como já destacado, a segurança acerca do montante a ser pago por uma obra de contrato EPC é um dos principais motivadores por esta opção de contrato, pelo que não admite revisão. Assim, geralmente, o máximo que se aceita em relação a mudança do numerário acordado seria, em alguns casos, a correção pelos índices inflacionários, ou ainda mudança na proposta por parte do contratante/empreendedor

Assim, ainda que o preço seja um valor único para toda a obra, e para apenas um recebedor, o contratado, este geralmente é feito em parcelas, que são devidas a partir da conclusão das etapas da obra. Para tanto, há um acompanhamento parcial da evolução do empreendimento, muitas vezes feito por meio de relatórios e perícias endereçadas ao contratante, para assegurar que as estruturas estão de acordo com o esperado.

Dessa forma, constatada a conformidade do trabalho, é devida a parcela referente aquela etapa. Neste ponto, destaca-se que, por serem os EPCs contratos de valores altos, o pagamento em “parcelas” mostra-se uma solução benéfica para ambas as partes, na medida em que nem o contratante deve dispor do valor total em apenas um momento, nem o contratado assume todos os vultosos custos da construção sozinho durante a execução do projeto.¹⁰²

2.8 Encerramento e Rescisão

A fase final de uma grande contratação pode se prolongar por um período maior do que o previsto. Depois de uma longa convivência, além do desgaste natural,

¹⁰¹KLEE, Lucas. “International Construction Contract Law” 2 edição Wiley Blacwell, Praga P. 221

¹⁰² MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. “Contratos Chave na Mão(Turnkey) e EPC(Engineering, Procurement and Construction)- Primeira Aproximação- Conteúdo e Qualificações, Coleção Direito da Construção-IBDIC, São Paulo, Almedina Brasil, 2019. Pág.63

é possível que algumas expectativas de ambas as partes não venham a se confirmar, fato que poderá dificultar ainda mais a conclusão do objeto contratual.

Vale ressaltar que há, ainda, o prazo de garantia do empreendimento, que se inicia a partir da sua conclusão formal. Com a aceitação, tem-se a caracterização de um marco inequívoco que impede a aplicação de multas por atraso. Finalmente, tem-se, ainda, o risco da integridade do empreendimento, suas instalações, equipamentos e edificações, que somente é transferido para o empreendedor mediante a formalização da supra mencionada aceitação.¹⁰³

Em suma, nessa fase deve-se envidar todos os esforços possíveis para caracterizar a conclusão ou encerramento das atividades, ainda que em caráter provisório, para que, assim, seja possível afastar, ou, ao menos, mitigar os riscos e ônus acima descritos.¹⁰⁴

Nesse sentido, os critérios de aceitação, previstos no contrato, devem ser verificados com todo cuidado e atenção, e os procedimentos (envios de programas de comissionamento e testes, notificações para execução de testes, etc.) que resultarão na aceitação, ainda que provisória, do empreendimento devem ser observados. Ademais, vale salientar que é admissível a emissão do certificado de aceitação provisória mesmo quando há pendências, desde que essas não interfiram na segurança e operação do empreendimento.¹⁰⁵

Com efeito, conforme exposto os contratos EPC são bastante complexos e específicos, todavia, representam uma importante ferramenta contratual para o desenvolvimento de empreendimentos suntuosos, sejam por parte do Poder Público ou da iniciativa privada. Tal contrato traz consigo vários riscos, que devem ser tratados de forma clara e precisa em sua redação, mesmo não sendo possível prever todas as hipóteses, as partes devem fazer um estudo detalhado para tentar antever a maior quantidade possível de tais riscos.

Por isso, existem cláusulas específicas cuja aplicação faz-se recomendável ao contrato EPC, ainda que, conforme será visto adiante, tal modalidade contratual gere bastante dúvida e controvérsias no decorrer de sua fase negocial (e até mesmo

¹⁰³Arnold H. Olyan; John K. Taylor, *The EPC Contract and the Energy Lawyer*, 44 *Alta. L. Rev.* 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

¹⁰⁴Houghton-Evans, Robert Willian." *Well Built? A Forensic Approach to the prevention, diagnosis and cure of building defects.*"Riba Entreprises Ltd. Londres, 2005.

¹⁰⁵Houghton-Evans, Robert Willian." *Well Built? A Forensic Approach to the prevention, diagnosis and cure of building defects.*"Riba Entreprises Ltd. Londres, 2005.

em execução) devido à inerente complexidade de seu escopo, muitas vezes difícil de ser transcrita em um instrumento de contrato apropriado¹⁰⁶, o que levou instituições como a FIDIC a criar um standard específico para tal modalidade contratual.

¹⁰⁶ Arnold H. Olyan; John K. Taylor, The EPC Contract and the Energy Lawyer, 44 Alta. L. Rev. 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

3 OS STANDARDS CONTRATUAIS FIDIC e SUA UTILIZAÇÃO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

A importância do Petróleo reside no fato de a humanidade ser, em sua maior parte, dependente do uso de seus derivados, principalmente como fonte de energia. Nesse sentido, o referido recurso natural aproximou e modificou as relações existentes na Sociedade Internacional¹⁰⁷, devido ao aumento do volume de transações comerciais envolvendo diferentes Estados. Tal aumento fez com que as negociações e, conseqüentemente, as celebrações de contratos por partes oriundas de diferentes regimes jurídicos tenham se tornado cada vez mais rotineiras e, contraditoriamente, complexas.¹⁰⁸

Primeiramente, cumpre dizer que a exploração de Petróleo como fonte de energia motriz começou com o perfurador de poços, Coronel Edwin Drake em 1859, o qual encontrou petróleo a apenas 21 metros de profundidade e começou a vendê-lo para ser usado na iluminação pública e como substituto ao carvão mineral para o funcionamento de trens. Após o surgimento do motor a combustão e dos automóveis, o Petróleo cresceu vertiginosamente, para mais tarde se consolidar como uma das principais fontes energéticas do mundo.¹⁰⁹

Desde então a produção de Petróleo e Gás, é uma das principais matrizes energéticas do mundo¹¹⁰, o que se mantém ainda hoje, destacando-se na projeção

¹⁰⁷A noção de Sociedade com seus vários conceitos e ideias apresenta-se igualmente com várias facetas e imprecisões pela confusão que se estabelece entre sociedade e comunidade. Desta forma, aquele que procurou sistematizar e estabelecer esta diferenciação foi Ferdinand TONNIES, que levou em consideração a intensidade do vínculo psicológico nos grupos sociais.(...) A Sociedade Internacional já existia na mais remota Antiguidade, quando os povos mantinham relações entre si podendo-se afirmar que o Direito Internacional é tão antigo quanto a civilização em geral, posto que é consequência necessária e inevitável de toda a civilização.GUERRA, Sidney. Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.6

¹⁰⁸ Knutson R, Abraham W. *Fidic : An Analysis of International Construction Contracts*. The Hague: Kluwer Law International; 2005.

¹⁰⁹ ANTRÀS, Pol. *Global Production: Firms, Contracts and Trade Structure*. 1. ed. Oxfordshire: Princeton University Press, 2016. p. 21 e 22

¹¹⁰ Nos dados mais recentes da IEA¹¹⁰, em 2018 a indústria de petróleo (31,6%) e gás (22,8%) foi responsável por 54,4% da oferta energética mundial (7,76 Mtoe¹¹⁰). Ou seja, mais da metade da oferta mundial de energia total (14.282 Mtoe) veio do Petróleo, seguido do carvão natural com 26,9%, Combustíveis Renováveis e Resíduos com 9,3%, nuclear com 4,9%, Hidrelétrica com 2,5% e outros com 2,0%. Reduziu bastante após a grande crise do petróleo em 1979, até mesmo pela crescente pesquisa em combustíveis renováveis e produtos sintéticos. Apesar da Pandemia de COVID-19 ter reduzido bastante a produção e o consumo em 2020, Petróleo e Gás continuam soberanos como a principal matriz energética do planeta, sendo as maiores ofertas na Ásia (48,6%), América (23,4%) e Europa (18%), seguido de África (11%), Oceania (1,1%) e outros (3,0%). (IEA, 2020).

global com seus diversos contratos e projetos internacionais, os quais impactam e influenciam o desenvolvimento do Direito Internacional.¹¹¹

Conforme destacado acima, as questões relacionadas ao Direito do Petróleo estão intrinsicamente conectadas ao estudo do Direito Internacional e são atemporais posto que vivem em contínua mudança. Seu caminhar leva muitas nuances internas e externas de cada país a serem debatidas nas Convenções Internacionais para se tornarem diplomas legais válidos para todos os signatários.¹¹²

A tecnologia aliada à Globalização, sendo que a primeira encurta distâncias e a segunda traz tendência à padronização, afetam diretamente o Direito, especialmente no que tange à referida padronização. Entretanto, apesar de diversos esforços no sentido de standardização, o regime contratual adotado caso a caso dependerá do ordenamento jurídico aplicável, assim, o contrato-tipo demonstra-se um instrumento prévio de realização do negócio jurídico, utilizado como modelo para ajustamento de vontades e procedimentos antes da realização da negociação em ambiente internacional.¹¹³

Diante desse quadro, foram criadas diferentes organizações internacionais formadas por *players* dos mais diversos ramos de mercado, cujo objetivo, dentre outros, é criar padrões de “melhores práticas” de negócios, bem como uniformizar as minutas contratuais mais comumente celebradas em seus respectivos nichos de negócios.¹¹⁴

Assim, a *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (“FIDIC”)¹¹⁵ é uma organização fundada em 1913 pela França, Bélgica e Suíça¹¹⁶, cujo objetivo é fornecer

¹¹¹ Cada uma destas categorias de actividades é objecto de um tratamento negocial distinto, uma vez que envolve diferentes necessidades de capital, de risco e de meios tecnológicos, entre outros. Cada uma destas actividades levanta, assim, problemas legais específicos que devem ser objecto de uma análise em separado, não obstante ser útil uma leitura sobre todas as fases para se conseguir ter um olhar de conjunto sobre o importante processo que vai desde a decisão de explorar determinado local até ao simples acto de pôr combustível numa viatura. (ICJP, [s.d.], p. 9)

¹¹² As questões petrolíferas constituem um amplo campo de investigação, que se presta perfeitamente à visão do internacionalista. Nesse âmbito, o interesse é compatível com o enfoque do Direito Internacional Privado, que recomenda a permanente visão comparatista e que nos dá as ferramentas para lidar com os potenciais conflitos de leis emergentes das situações multiconectadas dos contratos da área petrolífera. Ribeiro (2014, p.17)

¹¹³ LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; GIAZZI, Thiago Cesar. A utilização de Contratos-Tipo para padronização de Comércio Internacional e a Dignidade da Pessoa Humana como Mitigadora da Autonomia da Vontade. In: MENEZES, Wagner.(org.) **Direito Internacional em Expansão**. Volume XII. Anais do 15º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Editora Arraes. Belo Horizonte, 2017. Pg. 311.

¹¹⁴ GAO, Zhiguo. *International Petroleum Contracts: Current trends and new directions*. Londres: Graham&Trotman Limited, 1994. Pag. 210

¹¹⁵ Dados disponíveis em <<http://fidic.org/about-fidic>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

¹¹⁶ Gradualmente outros países e associações passaram a ser integrantes da FIDIC.

informações sobre melhores práticas de negócios para a Indústria da Engenharia, incluindo modelos de contratos padrão que são mais comumente celebrados no âmbito da referida Indústria.¹¹⁷

A primeira edição das *Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction* foi publicada em agosto de 1957. Entretanto, tais condições de contratação eram direcionadas a projetos de pré-detalhamento de Engenharia, os FEED (*front-end engineering detail*), ou de Engenharia detalhada. Dessa forma, eram mais bem aplicados a trabalhos de Engenharia Civil isolada ou infraestrutura, tais como túneis, pontes e estradas. Diante do acima exposto, em 1963 a FIDIC produziu outro padrão, o chamado “*Yellow Book*”, o qual foi idealizado para escopos de mecânica e elétrica, com ênfase em testes e comissionamentos, sendo, assim, aplicável à construção e instalação de plantas industriais.¹¹⁸

Registre-se que o objetivo primordial da FIDIC é manter padrões de minutas contratuais que possam ser utilizadas globalmente em projetos de Engenharia, facilitando, assim, o processo de negociação entre partes dos mais diferentes países, de modo a acompanhar as demandas do mercado.¹¹⁹ Por conseguinte, tais minutas sofreram diversas evoluções desde suas primeiras publicações, acima descritas. Vale ressaltar que a mais significativa e recente ocorreu em 2017, quando seus “*books*” foram revistos e relançados.

3.1 A definição dos principais contratos FIDIC e sua utilização na modalidade EPC.

Conforme acima exposto, a FIDIC tem por objetivo estabelecer *drafts* contratuais padronizados para utilização internacional, quais sejam: Plant and Design Build Contract/ Electrical & Mechanical Works (Yellow Book and Orange Book)¹²⁰, que são recomendados para serviços de provisão de plantas elétricas e/ou mecânicas e para o design e execução de construções ou trabalhos de Engenharia. Usualmente, nesse tipo de contrato o contratado desenha e provê a planta e/ou outros serviços, de

¹¹⁷ Baker E, White & Case, International Federation of Consulting Engineers. *Fidic Contracts : Law and Practice*. London: Informa; 2009.

¹¹⁸ Beaumont B. *Fidic Red Book : A Commentary*. Abingdon, Oxon: Informa Law from Routledge; 2019.

¹¹⁹ Marinangelo, Rafael e KLEE, Lukas “Recomendações FIDIC para orientação de Contratos de projetos e obras” São Paulo- PINI 2014

¹²⁰ Dados disponíveis em <<http://fidic.org/books/plant-and-design-build-contract-2nd-ed-2017-yellow-book>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

acordo com os requerimentos do contratante, o que pode incluir quaisquer combinações de trabalho de Engenharia civil, mecânica, elétrica ou, ainda, serviços de construção.¹²¹

Por sua vez, o *Red Book* ou *Works of Civil Engineering Construction/ Construction Contract & Subcontract*¹²² é recomendado para trabalhos de Engenharia e construção cujo design seja desenvolvido pelo contratante ou por algum representante seu. Usualmente, nesse tipo de contrato o contratado performa os trabalhos de acordo com o projeto que lhe foi fornecido pela parte contratante. Entretanto, os serviços podem incluir alguns elementos desenvolvidos por aquele.

Já o *The Short Form (The Green Book)*¹²³, recomenda-se para trabalhos de Engenharia e construção com valores relativamente baixos. Entretanto, dependendo das circunstâncias, também pode ser aplicado a projetos envolvendo montantes mais expressivos. O intuito desse modelo foi criar condições flexíveis que pudessem ser adaptadas aos mais diversos tipos de projeto.¹²⁴

Finalmente, o *Silver Book (EPC/Turnkey Projects)*¹²⁵, é o modelo mais difundido e, portanto, será objeto de aprofundamento nesse estudo. O referido *draft* é aplicável quando uma entidade toma total responsabilidade pelo design e execução de um projeto de Engenharia. Conforme explicado no capítulo anterior, usualmente, no modelo de contratação EPC o contratado se encarrega de toda a Engenharia, “*Procurement*” e construção: provendo todas as facilidades e equipamentos prontos para operação ao “virar da chave” (*Turn key*).

Assim, a FIDIC se revela, dentre as organizações mundiais, ser a instituição que goza de maior notoriedade, na indústria da Engenharia, motivo pelo qual é objeto da presente pesquisa. Por meio de uma abordagem comparativa com regimes jurídicos estrangeiros, este estudo visa detalhar a cláusula padrão de resolução de conflitos contida nos *standard drafts* da organização em comento, bem como a lei

¹²¹ Knutson R, Abraham W. *Ficid : An Analysis of International Construction Contracts*. The Hague: Kluwer Law International; 2005.

¹²² Dados disponíveis em <<http://fidic.org/books/construction-contract-2nd-ed-2017-red-book>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

¹²³ Dados disponíveis em <<http://fidic.org/books/short-form-contract-1st-ed-1999-green-book>>. Acesso em: 07 jan.2019.

¹²⁴ Hewitt A. *The Fidic Contracts: Obligations of the Parties ; Construction Contracts and Claims Consultant ; Hewitt Construction Consultancy*. Chichester, West Sussex, UK: Wiley Blackwell; 2014.

¹²⁵ Dados disponíveis em <<http://fidic.org/books/epcturnkey-contract-1st-ed-1999-silver-book>>. Acesso em: 07 jan.2019.

aplicável aos contratos *versus* a legislação do local de execução dos projetos, objeto das contratações em tela.¹²⁶

Até 1957, ano em que a FIDIC criou o *Red Book*, não havia um modelo de contrato aplicável a grandes projetos para uso internacional, mas, tão somente cada nação com seu modelo doméstico. O mercado ainda era nacional em cada país e não havia um contexto globalizado. Assim, o referido *book* ajudou nessa nova conjuntura.¹²⁷

Dessa forma, o desenvolvimento desses contratos visa mais que estabelecer os direitos e obrigações das partes, pretende, em verdade, criar *best practices of good engineering*.¹²⁸

Dessa forma, a larga utilização dos *drafts* FIDIC é consequência do fato de serem esses os modelos melhor elaborados tecnicamente para garantir a boa execução de obras extremamente complexas, e, de antemão, que as partes eventualmente de nacionalidades distintas, o que é comum nesse tipo de tratativa, sejam contempladas com soluções equânimes capazes de solucionar disparidades das mais diversas.¹²⁹

No presente capítulo, pretende-se aprofundar melhor essa questão, para tornar evidente o histórico e o cabimento do modelo *Silver Book* da FIDIC como o mais adequado para regular contratos EPC/*Turnkey*, bem como atualizar sobre suas principais características e mudanças após a reedição em 2017.

Primeiramente, tem-se que desde a constituição da FIDIC em 1913, a reedição para aperfeiçoamento dos modelos dos contratos ocorre de forma a abranger cada vez mais e de forma mais específica às necessidades das contratações.

Importante destacar que a solidez da instituição FIDIC e a eficiência com que os *drafts* efetivaram construções grandiosas no decorrer do século XX e início do século XXI, fazem com que os empreendimentos que se respaldam em tais determinações tenham maiores chances de obter financiamentos externos.

¹²⁶ Baker E, White & Case, International Federation of Consulting Engineers. *Fidic Contracts : Law and Practice*. London: Informa; 2009.

¹²⁷ Beaumont B. *Fidic Red Book : A Commentary*. Abingdon, Oxon: Informa Law from Routledge; 2019.

¹²⁸ Baker E, White & Case, International Federation of Consulting Engineers. *Fidic Contracts : Law and Practice*. London: Informa; 2009.

¹²⁹ Disponível em <https://www.bartonlegal.com/site/construction/international-contracts/#:~:text=The%20best%20known%20international%20form,for%20electrical%20and%20mechanical%20works>. Acesso em 20/04/2021

Assim, a vantagem em se adotar um modelo FIDIC ao contratar para a execução de uma obra de engenharia de grande porte é o fato de que as cláusulas ali dispostas, a distribuição dos ônus e a especificidade do processo como um todo, são pensados por um grupo de engenheiros, e não por juristas.¹³⁰

Vale mencionar que o fato de o contrato ser idealizado por engenheiros traz a possibilidade de se prever questões técnicas, algo impossível aos juristas, justamente pelo fato de todo o conhecimento que permeia aqueles ser adquirido na prática da construção civil, com isso, evita-se desgaste e falta de exatidão nas hipóteses de eventuais conflitos.¹³¹

Nesse contexto, em 1999 foi formada uma nova comissão técnica chamada *Rainbow Suite* para revisão dos contratos, que daria origem aos novos *Books*.¹³² Na verdade, a comissão realizou um trabalho muito além da revisão dos modelos pré-existentes.

Apesar da manutenção dos nomes dos contratos, associando a cor ao tipo de *draft*, houve uma verdadeira nova edição dos modelos, na medida em que o fundamento principal das matérias que diferenciavam aqueles foi radicalmente alterado.¹³³

Vale dizer que até então os modelos eram chamados *work based*, nos quais a realização do trabalho em si, as partes que o realizavam, ou as etapas, enfim, tudo o que envolvia a efetivação da tarefa contratada, apontava para o modelo a ser adotado. Assim, o próprio contrato já traria a determinação do escopo a ser realizado, de uma forma genérica.¹³⁴

A partir de 1999, com a constituição da comissão e reedição, ou podendo ser chamada até de nova elaboração dos modelos FIDIC, o foco passa a ser o *design* do trabalho, ou seja, de que forma aquela obra seria realizada, bem como a alocação dos riscos. Dessa forma, o modelo passou a conferir mais liberdade para a criação de

¹³⁰ Hewitt A. *The Fidic Contracts : Obligations of the Parties ; Construction Contracts and Claims Consultant ; Hewitt Construction Consultancy*. Chichester, West Sussex, UK: Wiley Blackwell; 2014.

¹³¹ TEIXEIRA, Tiago Manuel Moreira. Mestrado Integrado em Engenharia Civil - 2012/2013 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2013.

¹³² Hoyle JK. The rainbow down under - part 1 : some reflections from the antipodes on aspects of the new fidic design-build contracts. *The international construction law review*. 2001;Vol. 18, No. 1, P. 5-40.

obras específicas, restringindo-se mais propriamente aos ônus legais de uma contratação.

“The most fundamental change to the new contracts being the abandonment of the work based contract; it being replaced by contracts that recognised which party was to be responsible for the design of the Works (or the vast majority of the Works) and where risk would be allocated.”¹³⁵.

Verifica-se que essa alteração demonstra uma verdadeira evolução da instituição, na medida em que consegue perceber a dificuldade prática desse tipo de contrato, qual seja o limite entre as necessidades da Engenharia e as possibilidades de acolhimento daquelas demandas pelo Direito.

Isso porque, em verdade, o que os engenheiros e empresas precisavam, e precisam até hoje, não era de uma minuta determinando o trabalho a ser feito, mas de um instrumento contratual capaz de garantir segurança para ambas as partes, ou seja, responsabilidade econômica na utilização dos recursos, no que diz respeito ao contratante, sem limitar o espectro criativo dos construtores, a fim de que a edificação, ao final, atendesse também as necessidades operacionais de cada projeto especificamente.¹³⁶

Tal comissão foi responsável pela criação de três contratos para trabalhos maiores e um para menores, o *Red Book*, *Yellow Book*, *Silver Book* e *Green Book*, respectivamente. Por definição, e conforme brevemente descrito *supra*, a instituição associa cada um dos contratos ao tipo de escopo aos quais são pertinentes, sendo: (i) *Red Book*, para construção; (ii) *Yellow Book*, para concepção/projeto e construção; (iii) *Silver Book*, para EPC (engineering, procurement and construction)/*Turnkey*; e (iv) *Green Book*, para trabalhos menores/curto prazo.

Conforme exposto anteriormente, ainda que as nomenclaturas dos livros vermelho e amarelo permanecessem as mesmas após a constituição da comissão de

¹³⁵ Tradução livre: “A mudança fundamental dos novos contratos foi o abandono do contrato “work based”; este foi substituído por contratos que reconheciam qual parte seria responsável pelo design/elaboração do trabalho (ou da vasta maioria dos trabalhos) e onde os riscos seriam alocados.”. em <https://www.fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf>

¹³⁶ “...os modelos FIDIC recorrem às pessoas/entidades que realmente evidenciam capacidade técnica e experiência para antecipar potenciais problemas durante a execução da Obra, os Engenheiros, e assim precaver a ocorrência de conflitos...” em TEIXEIRA, Tiago Manuel Moreira. Mestrado Integrado em Engenharia Civil - 2012/2013 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2013. Pag 29

1999, os contratos aos quais correspondiam eram totalmente novos, tendo em vista o enfoque do seu escopo primordial ter mudado radicalmente, a fim de atender as verdadeiras necessidades das partes contratantes.

Não obstante, o *Silver Book*¹³⁷ surge a partir dessa nova elaboração de modelos baseados no *design*/elaboração do projeto pelo contratado, e passa a ser o contrato mais difundido para regular projetos EPC/*Turnkey*.

Conforme já mencionado neste trabalho, o contrato EPC/*Turnkey* é definido como aquele em que há maior transferência de responsabilidades ao contratado pela execução do projeto. De outro lado, o contratante se dispõe a pagar um preço elevado por esse tipo de contratação.¹³⁸

A sigla EPC (engineering, procurement and construction) representa exatamente os limites das responsabilidades transferidas, quais sejam, elaboração do projeto, aquisição de insumos e recursos, e execução da obra. Por sua vez, o termo *Turnkey* faz referência justamente a essa relação em que aquele que quer a execução do projeto apenas paga por ele e inicia a operação (“vira a chave”), deixando toda a responsabilidade de sua execução, desde a busca de profissionais e materiais até a construção propriamente dita, ao contratado.¹³⁹

3.2. Standard Contract FIDIC Silver Book

Por sua constante operação no contexto das empresas de construção civil e, no âmbito dos litígios, da atuação conjunta com a ICC- International Chamber of Commerce, assim que a necessidade pela standardização dos contratos internacionais de alta complexidade se agravou, a FIDIC foi naturalmente aceita pela comunidade internacional como possuidora de um modelo legítimo a ser adotado em contratos de construção. Sobretudo no que se refere à possibilidade de se identificar e alocar previamente os riscos e responsabilidades das partes, foi particularmente

¹³⁷ Le Goff P. A new standard for international turnkey contracts : the fidic silver book = une nouvelle référence pour les contrats internationaux clé en main : le livre argent de la fidic. *Revue de droit des affaires internationales*. 2000;Vol. 2000, No. 2, P. 151-158.

¹³⁸ TEIXEIRA, Tiago Manuel Moreira. Mestrado Integrado em Engenharia Civil - 2012/2013 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2013.

¹³⁹ KLEE, Lucas. *International Construction Contract Law*. 2nd edition. Reino Unido: Wiley-Blackweell, 2019.

interessante para as financeiras e seguradoras, por vezes internacionais para contratos *onshore e offshore*, a existência de uma entidade que estabelecesse esses padrões.¹⁴⁰

Nesse contexto, a designação do contrato de EPC como padrão para regular obras de alta complexidade foi resultado da percepção da necessidade de se mensurar com a máxima aproximação possível os recursos de tempo e dinheiro de que se precisaria dispor para o melhor resultado a ser alcançado, não só em termos de eficiência da execução da obra, mas sobretudo da mitigação de danos decorrentes do complexo invólucro de obrigações, redes de pessoas e principalmente dos riscos atribuídos aos vários âmbitos inerentes de uma obra de grande porte.¹⁴¹

Não obstante, conforme brevemente mencionado, em 1999 foi publicado o primeiro modelo FIDIC recomendado pela própria instituição para contratos EPC, o *Silver Book*.

Como já exposto, a essa altura a organização já gozava de presença em âmbito mundial no que se referia a elaboração dos modelos de contratos internacionais de construção, e, mais do que isso, concentrava a autoridade para defender boas práticas para aplicação dos *standards* contratuais.¹⁴² A publicação do modelo *Silver Book*, dessa forma, atendeu a demanda do mercado pela unificação das diretrizes contratuais para obras de grande porte, não tendo havido qualquer

¹⁴⁰ Contudo, se a contratação pública internacional merece ser incentivada, não se pode ignorar que uma das partes nestes contratos detém, directa ou indirectamente, um poder normativo que cria entre ela e o seu co-contratante uma situação de fundamental desigualdade. Se o Contrato for submetido sem quaisquer restrições ao Direito do Estado que dele é parte, acentua-se, em prejuízo do seu co-contratante, a álea legislativa que inevitavelmente inere ao contrato internacional; em contrapartida, se o contrato for subtraído a essa lei, esta álea será por certo mitigada, mas o Estado poderá ver-se privado da livre disposição dos recursos económicos existentes no seu território e da possibilidade de responsabilizar efectivamente o seu co-contratante pelo incumprimento das obrigações que sobre ele impendem. (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 07).

¹⁴¹ TEIXEIRA, Tiago Manuel Moreira. Mestrado Integrado em Engenharia Civil - 2012/2013 - Departamento de Engenharia Civil, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2013.

¹⁴² "In recent years, FIDIC has experienced growth in its influence on the construction industry worldwide. With the spread of globalisation, internationally active organisations are looking for a uniform set of construction project standards independent of countries and governments. Such organisations include The World Bank, European Bank for Reconstruction and Development, the Inter-American Development Bank, the African Development Bank and the Islamic Development Bank. Various other organisations are cooperating with FIDIC to develop broad, worldwide standards of business practice, ranging from the International Standards Organization, International Labour Organization and others such as Transparency International or the United Nations Environment Program. Close cooperation with the above mentioned organisations and others is helping the development of widely used best practice standards. This is not only for consulting engineers, but for the wider construction industry and business in general. Clearly defined, well-known and globally recognised standards are helping to reduce various costs and to develop a predictable legal and business environment." KLEE, Lucas. *International Construction Contract Law*. 2nd edition. Reino Unido: Wiley-Blackweell, 2019.P.177

obstáculo para sua adoção e legitimação em escala mundial no que se refere aos contratos de EPC.

No mais, a dificuldade que se sobressai após a publicação do *Silver Book* passa a ser sua aplicação no cenário local de cada país, dentre aqueles que não faziam parte da organização, principalmente pelo fato de que as leis administrativas de cada nação poderiam eventualmente rejeitar as disposições daquele *draft* por definição. A título de exemplo, pode-se citar a determinação para resolução de conflitos por meio de métodos alternativos à judicialização, como arbitragem, mediação ou instituição do DAB (Dispute Adjudication Board), o que, antes da lei 9.307/1996, seria inconstitucional no Brasil.

Nesse sentido, nasce, assim, um poder de barganha das empresas internacionais, de forma que, para contratar com elas, devem os países, leia-se, a Administração e o conjunto de empresas de cada nacionalidade, aderirem as disposições dos modelos e práticas da FIDIC, e não mais o contrário¹⁴³. Esse poder aumenta consideravelmente quando de uma análise pela ótica das financeiras, na medida em que os Estados entendem que ainda que as práticas não combinem com a cultura local, o investimento para efetivação dos projetos passa a depender diretamente disso, o que, no contexto da Globalização, representa o principal fator de pressão para a adoção das disposições internacionais.¹⁴⁴

Assim, desde sua edição, o *Silver Book* surge para suprir a necessidade de padronizar as minutas de contratos EPC, garantindo a alocação das obrigações e assunção de riscos da forma mais abrangente e específica possível, de modo a unificar processos, agilizar a execução e dar segurança sobre a data de entrega e custos da obra ao contratante.

No contrato EPC, conforme acima mencionado, o contratado fica responsável pelo projeto, aquisição de insumos e recursos de pessoal e construção. Ou seja, considerando a alocação de obrigações para uma das partes, é a relação contratual, dentre as possíveis no ramo da construção, que mais transfere responsabilidades

¹⁴³ PATTERSON, Mark R. "Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications" in *William and Mary Law Review*, Vol. 52, 2010 " Many standardized contracts are created under circumstances that put control of the process in the hands of parties on one side of the contract. Although that need not result in an unbalanced contract, a significant amount of commentary points to imbalance in these contracts and suggests that there is reason for greater scrutiny." disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3364&context=wmlr> acesso em 20/04/2021

¹⁴⁴ Carvalho, Getúlio. "Petrobrás: do Monopólio aos Contratos de Risco". Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1977. Pag 209

quanto a execução da obra como um todo a uma das partes por meio de um único instrumento.

A recomendação da FIDIC para adoção do modelo *Silver Book* para contratos EPC surge desta assimilação entre o contrato que mais transfere obrigações e as necessidades identificadas pela Comunidade Internacional quanto à unificação de contratos e relações deles inerentes da forma mais sucinta possível para a execução de obras de alta complexidade.

Nesse contexto, a partir da adoção de um modelo EPC para realização de uma obra, há a modificação do caráter da obrigação contraída pelo contratado, que passa de obrigação de meio, em que o trabalho deve ser realizado da melhor forma possível, para uma obrigação de fim, que só é efetivada a partir da entrega do resultado pretendido pelo contratante. Esse é também o fundamento para a utilização do termo *Turnkey* para esse tipo de contrato, já que o contratado fica responsável por todas os riscos e obrigações para a execução da obra e o contratante limita-se a pagar o preço acordado e iniciar a operação da obra quando de sua conclusão, ou seja, “virar a chave”.¹⁴⁵

Dessa forma, o *Silver Book* supriu uma demanda, sobretudo das partes que costumavam gerir a obra de maneira custosa e não muito funcional, como financeiras e investidores em geral, ou até mesmo a Administração Pública, de transferir responsabilidades a quem de fato possuísse expertise, unificar processos e principalmente, ter maior segurança acerca da data de conclusão da obra e dos custos, uma vez que a grande contrapartida do contrato *Turnkey* é justamente o preço elevado.¹⁴⁶

Assim, a responsabilidade pela quase totalidade da execução da obra, sobretudo com a assunção dos riscos dela inerentes é, portanto, o grande diferencial

¹⁴⁵ Arlota, Alexandre Sales Cabral. A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC - Silver Book para contratos EPC. Dissertação para título de Mestre da UERJ. Rio de Janeiro, 2013, P. 57. “O contrato EPC visa a reduzir esses riscos, colocando sob a exclusiva responsabilidade do contratado quaisquer defeitos, independentemente da origem do problema, sendo admitidas como únicas hipóteses de exoneração da responsabilidade do contrato os eventos de força maior (e os de caso fortuito - tal como equiparado no artigo 393 do Código Civil). Dessa forma, a obrigação do construtor, que - em outros contratos internacionais de construção - seria de meio, ou seja, a obrigação de agir diligentemente dentro da técnica esperada para a compleição adequada do projeto, transmuta-se em obrigação de resultado, passando a ser irrelevante a noção de culpa, bastando que o contratante prove que a obra não foi entregue na data certa; ou que a planta não é capaz de operar segundo os parâmetros mínimos fixados (...)

¹⁴⁶ Godwin, William.;” International Construction Contracts: A Handbook” Wiley-Blackwell, Estados Unidos da América, 2013

para esse modelo de contrato e justamente o porquê de ser o mais indicado, e efetivamente adotado, para construções de grande porte, no que se incluem os empreendimentos petrolíferos.

Dessa maneira, importante destacar, para melhor vislumbre da situação em voga, o comparativo do modelo *Silver Book*, com o *Red Book* e o *Yellow Book*, já acima definidos no que se refere aos limites da execução da obra, que possuem em comum, esses últimos, os limites de assunção de riscos pelas partes.

Cumpra dizer que, ao se utilizar tais modelos, tem-se que os riscos contra os quais o contratado deve estar protegido são em princípio previsíveis, e dizem respeito às intempéries geográficas e condições físicas em geral da obra, além dos eventos da natureza, o que no Direito Brasileiro, por exemplo, chama-se de “Força Maior”.

“Risk sharing is balanced between Parties such as the Employer taking the risks of “adverse physical conditions” and the “operation of the forces of nature” that are considered to be unforeseeable”¹⁴⁷

Assim, tem-se que em ambos modelos de contratos, Red e Yellow Book, o contratado se exime de responsabilidade por ocasião dos riscos em hipóteses já previamente acordadas e ligeiramente fora do escopo da sua atuação. Esse espaço para ocorrência de eventos imprevisíveis, faz com que os projetos executados naquelas modalidades fiquem sujeitos à uma variação relativamente ampla no que se refere ao tempo e custo de execução da obra¹⁴⁸.

Ou seja, na iminência de um evento danoso, em que o contratado se exime da responsabilidade, inicia-se um processo custoso de reparação de danos, que pode não só extrapolar o orçamento da obra para ser resolvido, mas demandar contratação de profissionais específicos, estrutura diversificada, e um sem número de providências custosas à conclusão da obra em tempo razoável.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Tradução livre: A divisão dos riscos é distribuída entre as partes de tal forma que o dono da obra assume os riscos decorrentes de eventuais condições físicas adversas e a ação das forças da natureza que são consideradas imprevisíveis. em <https://www.fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf>

¹⁴⁸ The Rainbow Suite - The 1999 FIDIC suite - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁴⁹ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

Em se considerando o movimento atual de promoção de grandes obras por instituições financeiras, por exemplo, tem-se ainda o ônus da falta de expertise do contratante para lidar com questões técnicas. Se em um cenário desses, o contratado, tecnicamente capaz de buscar soluções de forma mais dinâmica, exime-se da responsabilidade, o custo para a solução de eventuais problemas pode ser imensurável.

Tal cenário pode não ser tão problemático em obras de menor escala, ocorre que a maioria dos contratos de projetos envolve grande complexidade, devido à múltiplas tecnologias utilizadas para a construção daqueles. Assim, a ocorrência de apenas um evento danoso talvez seja suficiente para o colapso não só do empreendimento, mas para a saúde financeira da empresa responsável por sua execução.

Nesse contexto, contratos para a construção de empreendimentos petrolíferos são exemplos perfeitos para se vislumbrar tal dimensão dos danos, sobretudo financeiros, uma vez que tanto o dono da obra, quanto o contratado para a sua execução assumem responsabilidades imensuráveis: São incontáveis os potenciais danos ambientais, sociais, eventualmente políticos, de segurança do trabalho, dentre outros, que assumem as partes que contratam para um empreendimento dessa magnitude¹⁵⁰.

Dessa forma, do ponto de vista dos lucros a serem auferidos a partir do início das operações do empreendimento, a falta de previsão também é um entrave desanimador, a produção por dia em valores de um negócio dessa natureza acaba por compensar o valor exorbitante que é pago para a execução da obra no modelo de contrato *Silver Book*, ou seja, no formato *EPC/Turnkey*. A garantia de início das operações em uma determinada traz a segurança necessária sobre o período do encerramento dos custos e início da geração de lucros¹⁵¹.

Assim, a previsibilidade tanto de prazo, quanto de custos da realização da obra acabam compensando o montante relativamente maior que é pago em contratos dessa natureza. Não obstante, a certeza a respeito da disponibilidade do contratado em assumir a quase totalidade dos riscos, com sua expertise e envolvimento integral

¹⁵⁰ GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

¹⁵¹ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012

em todas as fases do empreendimento, geram segurança ao contratante de que suas obrigações naquele procedimento se restringem, de forma grosseira, ao pagamento do preço nas formas acordadas¹⁵².

Desse modo, estabelecidas as premissas gerais, as quais revelam os aspectos subjetivos a serem refletidos em um contrato, com intuito de manter a segurança dos riscos, preços, prazos e, sobretudo, da garantia de entrega de um projeto tal qual idealizado, na data avençada e que esteja em perfeito funcionamento quando de sua entrega, passa-se, pois, à análise dos aspectos objetivos desta contratação. Nesse contexto, o procedimento para elaboração do contrato se dá, conforme se segue:

Primeiramente, é o contratante quem manifesta sua vontade em relação à obra a ser construída, entregando ao contratado uma descrição mais próxima e detalhada possível de seu planejamento do empreendimento. Em seguida, aquele deve estabelecer suas condições para realização do projeto, de forma minuciosa, na proposta. Aqui destaque-se a importância da atenção e franqueza do contratado, uma vez que, após transcorrido prazo para respostas das partes, ocorre preclusão consumativa de perdas e danos¹⁵³.

Nesse sentido, uma vez acordadas as condições do contrato EPC para execução da obra, qualquer falha no sentido de falta de previsão contratual, passa a ser imputada ao contratado, na medida em que, ainda que o contratante não tivesse disposto de especificações suficientes, deveria o primeiro ter destacado tal necessidade tempestivamente, sob pena de preclusão. A falta de previsão é então considerada erro de análise do contratado¹⁵⁴.

No que se refere à tal questão, destaque-se que tão ampla é a autonomia do contratante no modelo *Silver Book* que a ele é conferida a possibilidade de alterar o projeto, ou ainda, incluir arbitrariamente alguma disposição, factível, no curso da obra, ainda que não haja prévio mútuo acordo entre as partes acerca do valor excedente a ser pago. Nesse caso, contudo, não há preclusão do direito de suscitar disputa no âmbito do DAB, ou ainda seguir para uma arbitragem para solução dessa contenda, em hipótese de tal necessidade¹⁵⁵.

¹⁵² Marinangelo, Rafael e KLEE, Lukas “Recomendações FIDIC para orientação de Contratos de projetos e obras” São Paulo- PINI 2014

¹⁵³ The Rainbow Suite - The 1999 FIDIC suite - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁵⁴ The Rainbow Suite - The 1999 FIDIC suite - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁵⁵ The Rainbow Suite - The 1999 FIDIC suite - Disponível em <https://fidic.org/>

No que se refere ao pagamento do preço, como já destacado, a segurança acerca do montante a ser pago por uma obra de contrato EPC é um dos principais motivadores por esta opção de contrato, pelo que não admite revisão. Assim, o máximo que se admite em relação a mudança do numerário acordado seria, em alguns casos, a correção pelos índices inflacionários, ou ainda mudança na proposta por parte do contratante¹⁵⁶.

No que se refere à rescisão do contrato EPC, nos padrões Silver Book, as hipóteses são restritas e referem-se sobretudo aos intuitos do contratante, se esse entender que a execução não está de acordo com sua proposta, a despeito das tratativas contratuais, por exemplo. Por sua vez, o contratado pode requerer a rescisão apenas em caso de falência do contratante ou atraso no pagamento por período que ultrapasse o estipulado contratualmente, ou ainda, na única hipótese de eximção da sua responsabilidade, qual seja, Força Maior¹⁵⁷.

3.3 As mudanças trazidas ao Silver Book pela revisão de 2017

Após a redação do *Silver Book* em 1999, a primeira edição do modelo FIDIC para projetos EPC/*Turnkey* foi publicada apenas em 2017, trazendo alterações nas disposições contratuais, cujo maior intuito da organização foi garantir aumento na clareza e segurança dos textos do modelo, com conseqüente diminuição de disputas decorrentes dos contratos e aumento dos projetos executados com sucesso¹⁵⁸.

Neste ponto, tem-se que o principal escopo da reedição foi justamente afastar as possibilidades de conflito, o que se verifica pela própria composição dos conteúdos: o novo modelo Silver Book tem mais de 200 páginas e apenas 21 cláusulas. Isso porque a instituição buscou delimitar de forma mais precisa o procedimento exato que propõe cada disposição, restringindo o espaço para dúvidas que poderiam suscitar alguma disputa no curso da execução contratual, bem como dar conhecimento a cada uma das partes, contratante e contratado, a respeito de suas competências¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Marinangelo, Rafael e KLEE, Lukas “Recomendações FIDIC para orientação de Contratos de projetos e obras” São Paulo- PINI 2014

¹⁵⁷ The Rainbow Suite - The 1999 FIDIC suite - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁵⁸ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁵⁹ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

Assim, o novo modelo traz uma estrutura de passo-a-passo para orientar a execução das fases da obra a cada uma das partes, na exata medida da complexidade dos mecanismos, o que justifica a majoração do texto em cada cláusula e o volume total do modelo como um todo. Dessa forma, a ideia é informar de maneira relativamente mais eficiente o que se espera no decorrer da execução do contrato, reduzindo as hipóteses de suscitação de disputas.

A instituição ainda se posiciona no sentido de ter buscado usar um linguajar simples, reconhecendo que o inglês não é o idioma pátrio de muitos países que adotam o modelo, uma vez que está presente, atualmente, em mais de 100 países ao redor do mundo. Com isso, o objetivo é fortalecer a aplicação das normas na máxima abrangência possível¹⁶⁰.

No mais, a estrutura geral dos contratos não foi alterada. Como demonstrado, as alterações se deram muito mais no que se refere a redação do texto, para garantir melhor fluência dos procedimentos conforme intentados por seus redatores, do que no seu conteúdo de fato.

Nesse contexto, ganha destaque o desmembramento da cláusula 20 do modelo de 1999 (Claims, Disputes and Arbitration) em duas novas cláusulas: nova cláusula 20 (Employer's and Contractor's Claims), e cláusula 21 (Disputes and Arbitration). O intuito disso foi esclarecer as fases do surgimento de discordâncias no curso do projeto, que eventualmente poderiam ser resolvidas apenas com o entendimento por meio de pleitos ("Claims"), ou iniciar um procedimento de resolução de disputas de fato, com a instituição do DAB, que passa a se chamar DAAB, por "Dispute Avoidance/Adjudication Board", ou já do próprio tribunal arbitral, no caso de instauração da arbitragem¹⁶¹.

No que tange à cláusula 20 da edição de 2017, referente aos "Claims", essa passa a integrar reivindicações/reclamações de ambas as partes, não mais apenas do contratante, conforme mais adiante melhor detalhado. Assim, a disposição acolhe as querelas referentes a "time or money" (preços e prazos), mas não apenas, inclui também o que o modelo FIDIC chama de "relief or remedy" (alívio ou remédio, em

¹⁶⁰ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁶¹ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

tradução literal), que diz respeito a questões necessárias para o melhor deslinde, mas que não se referem a preços ou prazos¹⁶².

Nesse contexto, é na subcláusula 20.2 que são tratados os procedimentos para deslinde das questões atinentes a “*time and money*”, em forma de passo-a-passo, e, como dito acima, abrangendo reclamações de ambas as partes, a despeito do modelo de 1999, que apenas acolhia pretensões do contratante. Para esse procedimento, foi mantido o “*time-bar*”, período para apresentação da reclamação, qual seja de 28 dias do modelo de 1999, que vinha sendo alvo de discussões ao longo dos anos que antecederam a edição de 2017¹⁶³.

O referido prazo há muito era questionado pois a Comunidade Jurídica entendia que não seria o caso de preclusão consumativa, uma vez que por uma série de motivos, deveria ser cabível a reclamação após o término daquele período, por consequência de eventos que se sucediam naturalmente nesse tipo de contrato¹⁶⁴. Assim, na edição de 2017, é admitida a apresentação de reclamação após o escoamento do prazo de 28 dias sob as devidas justificativas, de forma que os argumentos sejam analisados a despeito do decorrido lapso temporal¹⁶⁵.

Dessa forma, o deferimento da reclamação passa a ser tarefa do DAAB, e não mais objeto de indeferimento imediato por preclusão consumativa¹⁶⁶.

No que se refere a nova cláusula 21, acerca das “Disputes and Arbitration” (disputas e arbitragem, em tradução literal), essa trata-se tão somente de um desmembramento das subcláusulas 20.2 a 20.8 do modelo de 1999, motivada por razões de ordem organizacional e de destaque, na medida em que, essencialmente, o conteúdo das disposições permanece o mesmo no *Silver Book* de 2017.

Nesse ponto, importante destacar que, ao longo dos anos, entendeu-se que o caráter permanente do DAAB, ora incluído, é muito mais funcional do que o modelo *ad-hoc*, adotado na versão anterior do *Silver Book*, ou seja, instaurado apenas na hipótese de necessidade por ocorrência de divergência, e restrito aquele problema em

¹⁶² FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁶³ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁶⁴ Marinangelo, Rafael e KLEE, Lukas “Recomendações FIDIC para orientação de Contratos de projetos e obras” São Paulo- PINI 2014

¹⁶⁵ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁶⁶ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

específico. Assim, no modelo de 2017, o DAAB vem instituído desde a assinatura do contrato e permanece durante todo o desenvolvimento do projeto, para auxiliar de prontidão as partes na resolução de quaisquer desentendimentos ou questões que venham a ocorrer¹⁶⁷.

Nesse modelo, o DAAB assume uma postura holística, ciente de todas as particularidades do projeto, se mostrando mais capaz de emitir decisões coerentes e consistentes, em prazo célere, não só pela prontidão, mas também pela completude das análises realizadas. A FIDIC acredita que essa mudança seja essencial para o aumento relativo de casos de sucesso¹⁶⁸.

No mais, pelo modelo de 2017, ambas as partes têm a prerrogativa de indicar três nomes à composição do DAAB, para garantir a igualdade de oportunidades de arranjo do comitê decisório. Ainda, nos anos antecedentes foi identificada uma tentativa de inibir a formação do DAAB pela ausência de consenso das partes quanto a seus membros ou dos valores a serem pagos. Atualmente, tal problema não persiste, uma vez que as novas disposições contratuais determinam que cabe à instituição apontada pelo contrato, e, no caso de ausência dessa, ao presidente da própria FIDIC, a constituição do quadro de membros, bem como a fixação de valores devidos¹⁶⁹.

Por fim, para evitar a falta de cooperação das partes em apontar membros e acordar sobre valores, a nova edição autoriza o tribunal arbitral a levar em conta essa postura pouco colaborativa, seja de qualquer uma das partes, para ponderar o julgamento de eventuais os conflitos.

Ainda, houve a inclusão da subcláusula 21.3. (“Avoidance of disputes”) nesse item “Disputes and Arbitration”, cujo intuito é mitigar possíveis disputas. Assim, as partes são incentivadas a não chegar ao ponto de instaurar um procedimento arbitral, recorrendo ao DAAB tanto quanto necessário para que as divergências sejam solucionadas antecipadamente. Vale dizer que é por conta de tal sistema que se

¹⁶⁷ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁶⁸ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁶⁹ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

origina o novo “A” de DAAB, correspondente à “Avoidance”, apenas existente após a edição de 2017.¹⁷⁰

Ademais, pode-se perpassar pelos procedimentos mantidos da edição de 1999 constantes das Condições Gerais de Contrato, atualizados no *Silver Book* de 2017, visando traduzir as melhores práticas internacionais modernas, quais sejam: (i) cláusula 3.6, que determina realização de reuniões de gestão, para promover comunicação efetiva; (ii) mais detalhes requeridos sobre o programa de trabalho do contratado, a fim de evitar surgimento extemporâneo de dúvidas nesse sentido; (iii) provisões para garantir que os materiais, plantas e força de trabalho adquiridas pelo contratado estão de acordo com as exigências do contrato; (iv) requerimentos a serem apresentados pelo contratado para garantir segurança e saúde no trabalho; (v) inclusão de nova subcláusula (8.4) para requerer as partes uma comunicação em tom relevante para alertar a outra sobre a iminência de algum evento que possa comprometer o trabalho ou o preço¹⁷¹.

Ainda, a fim de sustentar o princípio fundamental da FIDIC de equilíbrio da alocação dos riscos assumidos pelas partes contratantes, algumas disposições que no modelo de 1999 aplicavam-se apenas à uma das partes, agora são recíprocas.

A exemplo disso, pode-se citar: (i) confidencialidade dos documentos do contrato; (ii) assessoria para obtenção dos documentos necessários (licenças, permissões, alvarás) a realização do projeto; (iii) direito de entrar com uma reclamação se a outra parte deixar de obter algum documento necessário ou de cumprir com determinação de documento já obtido (especificações de alvará, por exemplo); (iv) direito de uma parte requerer a remoção de algum profissional contratado pela outra parte que tenha histórico de corrupção, fraude ou qualquer prática coercitiva; (v) proibição de contratação de pessoal de uma parte pela outra; e (vi) as reclamações podem ser suscitadas por ambas as partes, contratante e contratado¹⁷².

Vale destacar a mudança substancial da alocação de responsabilidades no modelo *Silver Book* de 2017 e, mais: da proteção que adquire o contratado, quando comparado ao *draft* de 1999. Conforme já mencionado neste trabalho, pela

¹⁷⁰ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁷¹ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁷² FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

contrapartida do preço elevado nos contratos *EPC/Turnkey*, o contratado assume quase todos os riscos do contrato, salvo casos excepcionais.

No novo *Silver Book*, o contratado conta com a possibilidade de análise de suas divergências nas hipóteses elencadas, que, em uma interpretação subjetiva, de fato conferem maior equilíbrio entre as partes, ao menos no que se refere à probidade da execução da obra. Já no *draft* anterior, sob o argumento do preço elevado, o contratado eventualmente ficava sujeito a concordância arbitrária e eventualmente, até mesmo abusiva, do contratante. Assim, tem-se que a alteração não modifica substancialmente o caráter do contrato de assunção de riscos pelo contratado, mas garante de forma mais equilibrada sua integridade.

Além disso, algumas cláusulas foram apenas realocadas, para serem interpretadas conjuntamente a outras disposições que, ao entendimento dos consultores e editores, fariam mais sentido, sendo elas: (i) a subcláusula “Employer’s Claims”, ou “reivindicações do contratante”, que antes estava alocada na seção do contratante, foi removida para a seção de reivindicações, ou “Claims”, uma vez que agora são tratadas conjuntamente as reivindicações do contratado; (ii) a determinação para fornecimento de dados e informação do contratante ao contratado a respeito de materiais e equipamentos e demais suprimentos a serem usados; e (iii) a determinação pela moeda para pagamentos das variações¹⁷³.

Outra questão que se destaca nas inovações trazidas pela edição de 2017 é a instituição dos “*Stated time periods*”. Como no modelo anterior, o cumprimento de prazos nos moldes FIDIC, sobretudo no *Silver Book*, por atender a modalidade *EPC/Turnkey*, é tratado como essência da própria elaboração dos *drafts* na execução de obras complexas, que devem operar no tempo esperado¹⁷⁴.

Nesse contexto, a ideia de pequenos lapsos de tempo contratualmente preclusivos dentro do objeto principal da contratação visa garantir o correto cumprimento do contrato não só de uma maneira geral, mas também do ponto de vista fragmentado. Assim, a partir da análise dos “*stated time periods*”, ou, períodos de tempo determinados, em tradução livre, se, por exemplo, o contratado não emite o certificado de performance no íterim daquele período de tempo pré determinado pelo

¹⁷³ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁷⁴ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

próprio modelo Silver Book, considera-se como emitido o documento para efeitos processuais¹⁷⁵.

Ainda, a instituição defende que a determinação dos lapsos de tempo pelo *draft* FIDIC foram definidos pautando-se pela realidade e razoabilidade no período de arquivamento de uma pretensão, ou eventual direito de resposta. Sobre a questão, é inegável que a orientação exata sobre o lapso de tempo cabível para exercício de um propósito específico oriunda do modelo *Standard* do contrato, e não de mero acordo entre as partes, pressiona em muito o correto procedimento e ausência de contestações que possam conduzir a um litígio entre as partes¹⁷⁶.

Desse modo, após análise minuciosa das alterações trazidas pela nova edição do Silver Book de 2017, é possível chegar-se a duas conclusões principais:

A primeira é de que as alterações originam-se muito mais da prática na utilização dos *drafts* desde a edição de 1999 e buscam atender demandas que já existiam, de forma que a FIDIC se molda para responder cada vez mais as necessidades do contratantes ao redor do mundo, e não o movimento em sentido contrário.

A segunda é de que há uma prioridade na edição de 2017 em observar o equilíbrio entre as partes, de forma que os contratos perdem, sobretudo no *Silver Book*, por atender contratos de EPC/*Turnkey*, esse peso da submissão dos interesses do contratante ao contratado. Nesse ponto, entende-se que, em princípio, essa característica se origina do próprio escopo da constituição da FIDIC, de oferecer padrões contratuais que garantam segurança de atendimento das pretensões do contratante, sobretudo no contrato de EPC, em que isso é compensado pelo alto valor cobrado.

De toda forma, é consensual, e isso se revela pela nova edição do *Silver Book*, que o equilíbrio contratual não exclui esse caráter de proteção aos interesses do contratante, pois os contratos ainda imputam ao contratado a quase totalidade dos riscos e responsabilidades pela execução da obra. No entanto, as alterações garantem a probidade do contrato, na medida em que a igualdade entre as partes é atingida apenas em questões que não poderiam deixar de ser, como a exigência de

¹⁷⁵ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

¹⁷⁶ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

subcontratados de reputação ilibada, ou ainda para evitar práticas abusivas por parte dos contratantes. Em suma, o equilíbrio tangencia apenas a proteção do exercício das atividades do contratado, em detrimento do modelo antigo que, na tentativa de oferecer poder de negociação ao contratante, poderia extrapolar os limites do que se considera razoável em relação ao contratado.

|

4 AS PECULIARIDADES DO CONTRATO EPC E SUA APLICAÇÃO NOS DIFERENTES SISTEMAS - ILUSTRAÇÕES PELO SISTEMA BRASILEIRO

Uma vez demonstradas as peculiaridades do EPC, bem como a criação e consolidação da FIDIC no cenário internacional enquanto instituição capaz de organizar minutas de contratos de construção capazes de abarcar as necessidades, operacionais e jurídicas, de um contrato complexo é preciso entender as demais questões atinentes a execução do modelo.

Isso porque, a standardização, tal qual vem se materializando atualmente, surge, conforme mencionado, para solucionar uma vontade de há muito das contratantes empreiteiras e financeiras, que, no entanto, encontra entraves na prática.

Nesse contexto, a elaboração da minuta, seguindo um fundamento muito mais do setor da construção, no sentido de atender as necessidades práticas de sua execução, deixa de observar, por isso, alguns do que muitos defendem como princípios basilares do Direito, o que se revela em muitos ordenamentos. A Engenharia é essencialmente um ramo exato, que busca soluções práticas para a realização de seus fins. O Direito, como ciência humana que é, no entanto, se constrói a partir da incongruência biológica que é o homem, com seus incontáveis confrontos psicológicos e sociais que circundam a formação das sociedades, e se revelam de difícil solução prática, diferentemente do que gostariam os engenheiros.

Assim, o encontro entre o que é desejável pela prática da Construção Civil e o que é possível contratualmente, cria um contraste no Direito Internacional que se traduz sob qual regimento aquele contrato está sendo executado, possibilitando ou não a aplicação do *standard draft* nos exatos limites e integralidade de sua redação.

Essa questão da aplicabilidade na prática, portanto, é o objeto de estudo deste capítulo, de forma que se pretende aqui pontuar as principais questões pelas quais perpassam a própria existência do contrato, ou seja, ponderar discussões acerca de proposições que o modelo *Silver Book* da FIDIC pretende enquanto meio mais adequado para solução de divergências e que, no entanto, encontram obstáculos quando confrontados com alguns entendimentos basilares do Direito Contratual.

Ainda, considerando estar-se aqui tratando de Contratos Internacionais, o que eventualmente poderia ter um resultado diferente para contraste com diversos

ordenamentos, toma-se para alinhamento de estudo o Sistema Normativo Brasileiro, a fim de se tornar possível o vislumbre das questões práticas de fato envolvidas.

Ressalta-se, no entanto, não ser esta uma pesquisa sobre a relação do Brasil com os contratos *Silver Book* FIDIC especificamente, mas tão somente abre-se aqui a possibilidade de estudo na prática do uso efetivo das disposições do *draft* que se pretende estandardizar, para além da mera exposição de sua constituição ideal tal qual nos moldes da FIDIC, que, no entanto, sem essa análise, se mostrariam utópicos de um ponto de vista unilateral por parte dos profissionais da Engenharia.¹⁷⁷

Por fim, adianta-se que essa análise mais profunda em relação ao Brasil pretende trazer à baila as questões substanciais da aplicação prática de forma consistente, com intuito de entender a viabilidade da estandardização em si de pretensões da Engenharia no universo do Direito, de forma que no capítulo seguinte essa comparação se perdura, ainda que de forma menos analítica, em relação a dois países absolutamente influentes na matéria, quais sejam a França e os Estados Unidos, além do Brasil, novamente.

4.1 A Cláusula knock-for-knock

Primeiramente, tem-se que, em se tratando de contratos, uma das principais questões, senão a principal, diz respeito à alocação de responsabilidades, sobretudo em hipóteses de sinistros.

Assim, no que se refere aos operadores do ramo petrolífero, bem como do marítimo, é preciso considerar que executam suas atividades em ambiente peculiar: extremamente instável e altamente perigoso¹⁷⁸. Dessarte, as operações de exploração de Petróleo e Gás envolvem altíssimos riscos financeiros para as partes envolvidas, uma vez que as atividades eventualmente culminam em acidentes com perdas monetárias imensuráveis, o que pode, em última instância, levar a falência de grupos empresariais sólidos¹⁷⁹.

¹⁷⁷ HOK, Götz-Sebastian; Risk allocation in the FIDIC Conditions of Contract (1999) for Construction (Red Book) and the FIDIC Conditions of Contract (1999) for EPC / Turnkey Projects (Silver Book) from the perspective of a German lawyer

¹⁷⁸ SUDA, Khairul Azizan; RANI, Nazatul Shima Abdul; RAHMAN Hamzah Abdul; CHEN, Wang “A Review on Risks and Project Risks Management: Oil and Gas Industry” International Journal of Scientific & Engineering Research, Volume 6, Issue 8, August-2015 938 ISSN 2229-5518

¹⁷⁹ Greg Gordon, Risk Allocation in Oil and Gas Contracts’ in Greg Gordon et al (eds) *Oil and Gas law: Current Practice and Emerging Trends* 2 edicão, Dundee University, 2011)

Nesse contexto da busca pela solução para mitigar os riscos demasiados, aos quais as empresas do ramo estão diariamente expostas, é que se origina a estrutura da cláusula *Knock for Knock*, de indenização e responsabilidade¹⁸⁰, a qual já se consolidou enquanto standard em Contratos Internacionais *offshore*, compondo, ainda que de forma customizada, o modelo *Silver Book* da FIDIC, objeto deste estudo.

Conforme preceitua, SOYER, Baris tal sistema de responsabilidade contratual origina-se nas seguradoras de motores:

“..... The system (which came to be known as the knock-for-knock agreement) appears to have been originally introduced by motor insurers so that the insurer of a vehicle that was damaged as a result of a collision with another vehicle would bear the cost of the damage to that vehicle, even if the damage was the fault of the other vehicle.”¹⁸¹¹⁸²¹⁸³

Assim, a estrutura *Knock for Knock*¹⁸⁴ de indenização preconiza que, de modo a evitar riscos inerentes à tamanha complexidade, as partes engajadas em tais atividades aceitam a responsabilidade por perdas e danos à sua própria propriedade, bem como por injúrias ou morte ao seu pessoal independentemente de culpa¹⁸⁵. Essa estrutura é amplamente implantada pela Indústria de Petróleo e Gás com o intuito de alocar o risco existente em um contrato, indo além das provisões já advindas de uma legislação.¹⁸⁶

¹⁸⁰ JOHNSON, Alex. “Indemnities in Offshore Construction Projects – Do Not Be Shocked by Knock for Knock” disponível em <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2016/09/construction-and-engineering-update-autumn-2016/construction-and-engineering-update-autumn-2016.pdf> acesso em 22/04/2021.

¹⁸¹SOYER, Baris *Offshore Contracts and Liabilities*, 1ª edição, Reino Unido 2014, InformaLaw from Routledge. pag 54

¹⁸² Traditional knock- for- knock agreements of this kind are no longer customary between motor insurers in the United Kingdom. It is more common instead for insurers to agree to settle claims on a 50/50 basis so that each side recovers 50 per cent of its loss from the other side.

¹⁸³ Tradução Livre: O Sistema (que veio a ser conhecido como o acordo *Knock-fo-knock*) parece ter sido introduzido originariamente por seguradoras de motores, de modo que tais seguradoras de um veículo que tenha sido danificado como resultado da colisão com outro deveria arcar com os custos decorrentes dos referidos danos naquele veículo, mesmo que fosse culpa do outro veículo.

¹⁸⁴ Chidi Egbochue, ‘*Reviewing ‘knock for knock’ indemnities following the Macondo Well Blowout*’ (January 2013) 7 *Construction Law International* 4, 9

¹⁸⁵SOYER, Baris *Offshore Contracts and Liabilities*, 1ª edição, Reino Unido 2014, InformaLaw from Routledge. pag 54

¹⁸⁶ EVANS, Christopher & BUTLER, Lee. *Reciprocal Indemnification Agreements in the Oil Industry: The Good, The Bad and The Ugly*, 2010, vol. 77, *Defense Counsel Journal* 226. Disponível em

Nesse contexto, apesar de polêmica, por eventualmente imputar à própria vítima a responsabilidade pelos prejuízos advindos do fato danoso, tal estrutura vem sendo utilizada extensivamente em atividades de exploração de petróleo *upstream*, uma vez que envolvem a participação de um número muito grande de contratados.¹⁸⁷

Assim, cada parte irá concordar em ser o indenizador e o indenizado em reclamações concernentes a danos aos seus empregados e/ou aos seus equipamentos, também denominados como propriedade de uma das partes, sem ter importância de quem cometeu a ação. Essencialmente, cada um terá total responsabilidade por todos os danos sofridos em sua própria propriedade, independentemente de quem foi o responsável por ter causado tal fato.¹⁸⁸ Essa combinação de responsabilidade a ser assumida e a indenização, cria efetivamente um mecanismo de responsabilidade circular, onde a integridade do regime é mantida, desde que a perda recaia sobre a parte que originalmente a sofreu.¹⁸⁹

Vale dizer, uma característica crucial desse ajuste é que as indenizações advindas da estrutura *Knock for Knock* permitem que o indenizado consiga reembolsar os valores decorrentes dos prejuízos consequentes dos danos em circunstâncias onde tal reembolso não seria possível sob os termos legais, especialmente quando há negligência.¹⁹⁰

Além disso, quando as partes desenvolvem este regime, o potencial de cada responsabilidade será estabelecido quando o contrato for firmado. Assim, o custo será reduzido significativamente, haja vista o fato de que ainda que um acidente ocorra,

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/defcon77&div=22&id=&page=> Acesso em 13 de janeiro de 2021

¹⁸⁷ JOHNSON, Alex. "Indemnities in Offshore Construction Projects – Do Not Be Shocked by Knock for Knock" disponível em <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2016/09/construction-and-engineering-update-autumn-2016/construction-and-engineering-update-autumn-2016.pdf> acesso em 22/04/2021.

¹⁸⁸ EVANS, Christopher & BUTLER, Lee. Reciprocal Indemnification Agreements in the Oil Industry: The Good, The Bad and The Ugly, 2010, vol. 77, Defense Counsel Journal 226. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/defcon77&div=22&id=&page=> Acesso em 13 de janeiro de 2021

¹⁸⁹ ROBERTS, Peter. Petroleum Contracts: English Law and Practice Oxford University Press, 2013.

¹⁹⁰ KANGLES, Nick. Risk Allocation Provision in Energy Industry Agreements: Are we getting it right?. Disponível em <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/120/120> Acesso em 13 de janeiro de 2021

causando danos, ambas as partes evitarão litígios para determinar de quem é a responsabilidade pelo incidente.¹⁹¹¹⁹²

Ocorre que, um bom exemplo para introduzir o problema da aplicabilidade indiscriminada dos *standards* contratuais nos mais diversos territórios do mundo e, portanto, sob variados ordenamentos jurídicos, é o de que a estruturação original da cláusula *Knock for Knock* aponta para a exclusão da responsabilidade na hipótese de “*Loss of Profits e Indirect or Consequential Damages*”, e, ainda, exceto quando sejam fruto de “*Gross Negligence, Fraud, Willful misconduct e Deliberate Default*.”

Entretanto, em uma análise elementar, as referidas expressões não possuem significado preciso nos regimes de *Civil Law*, como é o caso do Brasil, uma vez que são originárias dos sistemas de *Common Law*. Em brevíssimo resumo, esclarece-se que o primeiro se trata do sistema codificado, no qual as normas aplicáveis em um território advêm da redação e aplicação cogente pelos poderes do Estado. O segundo, por sua vez, diz respeito ao sistema consuetudinário, em que o conjunto de entendimentos das sucessivas decisões proferidas pelo poder judiciário formam o regramento vigente.

Assim, passa-se a verificar de que forma a lacuna existente entre os conceitos do Ordenamento Brasileiro e os termos utilizados pelo *standard* contratual abrem espaço para um conflito que dificilmente será solucionado perante a Lei Brasileira, ante a falta de consonância exata do ordenamento em relação aos conceitos citados, e de que forma isso impediria propriamente a execução do contrato em um país cujo sistema é o *Civil Law*, como é o caso do Brasil.

Primeiramente, no que tange à *indirect or consequential losses*, que em tradução literal significa “perdas indiretas ou por consequência”, diante da falta do conceito preciso, conforme mencionado, abre-se margem para múltiplas

¹⁹¹ EVANS, Christopher & BUTLER, Lee. Reciprocal Indemnification Agreements in the Oil Industry: The Good, The Bad and The Ugly, 2010, vol. 77, Defense Counsel Journal 226. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/defcon77&div=22&id=&page=> Acesso em 13 de janeiro de 2021

¹⁹²“An indemnifying party only has to prove the occurrence of the event which triggers the indemnity obligation. In order to make recovery under that indemnity will not be obliged to prove causation to any greater degree, that the indemnifying party will not be required to prove that the loss to be indemnified against is not too remote to be recovered and that the indemnifying party is not required to mitigate the loss which would expect to recover under the indemnity” Tradução livre: A parte indenizadora apenas tem que comprovar a ocorrência do evento que desencadeia a obrigação de indenização. A fim de fazer a recuperação sob essa indenização não será obrigada a provar o nexo causal em maior grau, que a indenização não será obrigada a comprovar que a perda a ser indenizada contra não é muito remota para ser recuperada e que a indenização é não é necessária para mitigar a perda que esperaria recuperar sob a indenização.

interpretações. Dentre ditas interpretações possíveis, há a de dano reflexo ou em ricochete, em que se considera a extensão do evento danoso aos demais agentes por ele afetados¹⁹³, ou, ainda, a própria definição de causalidade trazida pelo Código Civil¹⁹⁴, hipóteses que se aproximariam do significado aplicado ao termo em sistemas de *Common Law*.

Vale ressaltar que ao se estudar a causalidade em sistemas de *Civil Law*, tais como o Brasileiro, verifica-se uma grande influência civilista francesa, baseada na teoria de Pothier¹⁹⁵, na qual o conceito de causalidade se estabelece mediante uma relação imediata com o dano, ou seja, há grande subjetividade. De forma mais sucinta e objetiva, significa dizer que toda vez que houver uma segunda causa que interrompa o liame de causalidade, a relação de causa e efeito é desconfigurada.¹⁹⁶

Destarte, o sistema jurídico brasileiro, em relação a causalidade, refere-se somente a lucros cessantes e danos emergentes, o que de forma problemática se difere do conceito de *indirect damages e consequential losses* tratado no contexto de contratos EPC, ligados, por sua vez, ao sentido utilizado em regimes de *Common Law*. Nesses últimos, desde 1854, com o famoso caso *Hadley v. Baxendale*¹⁹⁷, o qual teve sua decisão replicada inúmeras vezes, há uma doutrina solidificada acerca do significado subjetivo dos danos supra referidos, de forma que há o encaixe perfeito para aplicação da cláusula na hipótese de ocorrência do dano.

Apenas para elucidar a questão de fato, o caso mencionado, *Hadley v. Baxendale*, tratou-se de contrato de transporte de eixo de motor para o dono de um moinho, em que o transportador teria incorrido em atraso de cinco dias. Assim, o contratante quis ser ressarcido pela perda de receita decorrente do atraso. Ou seja, em uma interpretação superficial, isso nada mais seria do que incorrência em lucros cessantes perante o ordenamento brasileiro.

¹⁹³ “Os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima, mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática.” (CAVALIERI, 2008, p.102).

¹⁹⁴ Código Civil, art. 403: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹⁹⁵ POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*: selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur. Paris: J. Scholar Select, 2018.

¹⁹⁶ Um exemplo prático seria um acidente de trânsito em que uma pessoa causa um determinado dano a outrem, que em virtude de tal dano se submete à uma cirurgia, na qual o médico comete um erro. Assim, o ato do médico é o segundo evento, ou seja, o que interrompeu o nexo de causalidade.

¹⁹⁷ Disponível em <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Hadley-v-Baxendale.php> Acesso em 18/02/2020.

Ocorre que, a doutrina solidificada nos sistemas de *Common Law*, a partir do referido caso, concebeu a ideia de *consequential damages* sem que o jurista brasileiro, para efeitos de ilustração neste estudo, consiga identificar a diferença em relação ao que aqui é chamado de lucros cessantes. Ao contrário, a princípio possuem o mesmo significado. Todavia, para a legislação brasileira, a definição dos mencionados lucros cessantes é bastante clara e inclusive se diferencia de danos emergentes, motivo pelo qual comumente há confusões na interpretação de tais conceitos nos contratos de EPC em que se considera essa lei, seja pela origem das partes, ou pelo território em que são executados os contratos, uma vez que esses, em sua maioria, são feitos com base em modelos “importados”.

Além disso, a despeito das particularidades subjetivas das conceituações conferidas por ambos os sistemas, vale dizer que nos mencionados regimes jurídicos não há a mesma relação de causalidade entre ato e dano. Em linhas gerais, para apontamento da espécie de dano causado, importa observar a extensão do dano respectivo, bem como há que se ter uma relação de conhecimento e previsibilidade.¹⁹⁸

Assim sendo, uma vez que o sistema brasileiro limita as hipóteses de responsabilização a danos emergentes e lucros cessantes, específicas em essência, depreende-se que há um “vácuo” na legislação concernente a danos reflexos em relações contratuais que estejam fora desse espectro, o que acaba por gerar subjetividade quando se traz os conceitos *consequential and indirect damages* para um contrato regido sob a lei brasileira.

Além disso, a cláusula *knock for knock* preceitua a inaplicabilidade de tal modelo de indenização em caso de *gross negligence* ou *willfull misconduct*.¹⁹⁹ Todavia, sob a ótica de algumas leis internacionais, esses termos não têm significados e abrangência precisos, uma vez que, assim como demonstrado no caso de *consequential and indirect damages* não há provisão legal para caracterizá-los expressamente.

Ademais, somado à ausência de definição legal para acolhimento das cláusulas pelo ordenamento, outro fato que merece destaque é o de que as partes comumente empregam termos complexos e controversos sem defini-los ao longo do

¹⁹⁸ BOSE, Ujjwal Kumar “**Claim for Damages in EPC Contracts - An Overview**” Disponível em https://www.academia.edu/26561284/Claim_for_Damages_in_EPC_Contracts_An_Overview Acesso em 18/02/2021.

¹⁹⁹ Chijioke S. Ugwuanyi, ‘Examining the exclusionary nature of oil and gas contract mutual indemnity hold harmless clauses’ (2012) I.E.L.R. 136

contrato no momento de tratativas, não existindo consenso acerca de seu significado, gerando, assim, muitas controvérsias que poderiam ser evitadas.

Nesse sentido, preceitua Baris Soyer: “Therefore, the knock-for-knock agreement is in reality a clause that is designed *inter alia* to protect a guilty party from incurring liability for his acts or omissions. In this context, the usual rule under the common law is that a clause that purports to exclude a party’s liability when caused by that party’s negligence is enforceable only if the wording of the clause states so clearly and unambiguously. For example, the English Court of Appeal said in *Walter v. Whessoe Ltd and Shell Refining Co.Ltd* that: It is well established that indemnity will not lie in respect of loss due to a person’s own negligence or that of his servants unless adequate and clear words are used or unless the indemnity could have no reasonable meaning or application unless so applied. Does the scheme still apply if the cause of the loss or damage is a negligent breach by the party seeking the benefit of the indemnity of a duty that he has expressly agreed to perform under the contract? Furthermore, does the scheme apply in all circumstances even if the breach is a particularly serious one?”²⁰⁰²⁰¹

Em continuidade a análise da possibilidade de acolhimento integral da cláusula Knock for Knock, cumpre-se dizer que no sistema jurídico brasileiro não há uma definição legal ou um contexto com relevância clara acerca do que seria *gross negligence*, em tradução literal, negligência grosseira, diferentemente de *consequential and indirect damages*, que, conforme demonstrado, poderia ser associado, ainda que com ressalvas, ao instituto dos lucros cessantes.

²⁰⁰ SOYER, Baris *Offshore Contracts and Liabilities*, 1ª edição, Reino Unido 2014, InformaLaw from Routledge. Pag 61

²⁰¹ Tradução Livre: Assim, a cláusula Knock-for-knock é na realidade desenhada *inter alia* para proteger a parte culpada em incorrer em responsabilidade por suas ações e omissões. Nesse contexto, a regra usual sob os regimes de *common law* é que a cláusula que contém a exclusão de responsabilidade da parte quando causada por negligência de tal parte somente é mandatória se a redação da referida cláusula for estabelecida de maneira clara e não ambígua. Por exemplo, a Corte Inglesa de Apelação disse no caso *Walter v. Whessoe Ltd and Shell Refining Co.Ltd* t que: Está bem estabelecido que a indenização não será em relação a perda devido à própria negligência de uma pessoa ou de seus empregados, a menos que palavras adequadas e claras sejam usadas ou a menos que a indenização não possa ter nenhum significado ou aplicação razoável, a menos que seja aplicada. O regime ainda se aplica se a causa da perda ou dano for uma violação negligente por parte da parte que busca o benefício da indenização de um dever que ela expressamente concordou em cumprir nos termos do contrato? Além disso, o regime é aplicável em todas as circunstâncias, mesmo que a violação seja particularmente grave?”

Isso porque, nesse âmbito, o ordenamento brasileiro compõe sua solução jurídica para imputar responsabilidade pela relação objetiva entre dano, nexos causal e culpa. Se tal culpa for leve ou muito grave, não há uma clara distinção.²⁰²

Vale ressaltar, ainda, que nos sistemas de *Common Law*, nos quais o conceito de *gross negligence* foi desenvolvido, principalmente nos Estados Unidos, parte-se da premissa de voluntariedade, culpa consciente, o que no Brasil se aproxima um pouco do dolo eventual. É a partir dessa correlação, inclusive, que o conceito vem sendo incorporado em grandes contratos de Petróleo, ou seja, por meio da apropriação da definição utilizada na esfera do Direito Penal²⁰³. No mais, há várias definições para o termo importado – *gross negligence* -, todavia, é uma constante sua relação à certa consciência do descumprimento de determinado padrão de conduta, ou seja, o agente sabe que está assumindo um risco com a prática da conduta.²⁰⁴

Por fim, importante mencionar que devido à pandemia de COVID-19, o Supremo Tribunal Federal julgou em 13/05/2020 a Medida Provisória 966, a qual, entre outros pontos, previa que “os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou **erro grosseiro** pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento à pandemia e aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes.”²⁰⁵, introduzindo, em um primeiro momento, em razão deste conceito específico, essa ideia de quantificação de culpa no ordenamento brasileiro, o que já é consolidado no sistema do *Common Law*.

Assim, tem-se que, para contratos internacionais, o termo *gross negligence* é bastante usual. Nesse contexto, a redação inicialmente proposta para a referida medida provisória definia o seguinte: "... considera-se erro grosseiro o erro manifesto,

²⁰² Para extinguir a questão, destaca-se o § único do artigo 944 do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. A disposição, contudo, diz respeito a extensão da indenização, e não a qualificação do evento danoso, como pretende o termo *gross negligence* aplicável ao *Common Law*.

²⁰³ Para Damásio de Jesus ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, ou seja, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e mesmo assim age. A vontade não se dirige ao resultado, mas sim, à conduta, prevendo que essa pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, ainda assim, realiza o comportamento. O agente em vez de desistir da conduta, que vai causar o resultado, prefere que este se produza, sem se importar. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.P 221

²⁰⁴ Atravessar um sinal vermelho em alta velocidade e em plena luz do dia, por exemplo, pois significa assumir o risco de atropelar alguém, ainda que esta não seja a intenção do agente.

²⁰⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788> acesso em 08/04/2021

evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia." Ou seja, tal definição muito se assemelharia a ideia preconizada pelo *gross negligence* do Common Law.

Todavia, a redação acima foi modificada pelo relator, Ministro Luís Roberto Barroso, para: "...o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção." Vale esclarecer que a MP em questão sequer foi votada no Congresso Federal e perdeu sua validade em 10/09/2020.²⁰⁶

Assim, nota-se que ainda é muito difícil para o direito brasileiro admitir a isenção de responsabilidade, civil ou administrativa, com base em critérios similares aos que se admitem para exclusão da responsabilidade criminal na maioria dos casos.²⁰⁷

Ainda, em se considerando o contexto específico brasileiro enquanto comparativo para a possibilidade de aplicação *ipsis litteris* dos contratos internacionais de petróleo, interessa ressaltar que os contratos da Petrobras, maior empresa produtora de petróleo do país, normalmente não abraçam o regime *Knock for Knock*. Tais contratos, por sua vez, incorporam provisões do Código Civil brasileiro, adotam *caps* para indenização contratual das partes e excluem responsabilidades por lucros cessantes e danos indiretos.²⁰⁸

Nesse sentido, o sistema legal brasileiro estabelece pelo Código Civil²⁰⁹, que a responsabilidade de arcar com os custos decorrentes da reparação de um dano recai sobre seu agente causador. Tal premissa vai de encontro ao cerne do conceito

²⁰⁶ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/11/mp-que-impede-responsabilizacao-de-agente-publico-na-pandemia-perde-validade#>. Acesso em 08/04/2021

²⁰⁷ BAHIA, Rodrigo da Gama in "Erro Grosseiro?" O STF sobre Gross Negligence, 22/05/20. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/erro-grosseiro-o-stf-sobre-gross-negligence-rodrigo-da-gama-bahia/?articleId=6669415745820225536> acesso em 05/04/2021

²⁰⁸ Disponível em [https://www.petronect.com.br/irj/go/km/docs/pccshrcontent/Site%20Content%20\(Legacy\)/Portal2018/en/lista_licitacoes_publicadas_ft.html](https://www.petronect.com.br/irj/go/km/docs/pccshrcontent/Site%20Content%20(Legacy)/Portal2018/en/lista_licitacoes_publicadas_ft.html) acesso em 16/04/21

²⁰⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Knock for Knock, o qual determina que a responsabilidade em caso de dano ao patrimônio e/ou pessoal de alguém recairá sobre seus proprietários/empregadores, desconsiderando-se, assim, a culpa de quem primariamente o ocasionou.

Diante do acima exposto e, apesar de amplamente difundido mundialmente, a cláusula *Knock for Knock* ainda causa estranheza no Brasil, motivo pelo qual muitas negociações contratuais tornam-se desgastantes. Além disso, as provisões gerais do direito brasileiro relacionadas à responsabilidade civil podem parecer estranhas para um *player* internacional do ramo de petróleo e gás, uma vez que as condições usuais, como *knock for knock*, não estão inseridas no sistema jurídico. Entretanto, é importante ter em mente que, apesar de tais condições não serem previstas pela legislação nacional, as partes não são proibidas de acordarem de tal modo, desde que tal acordo seja voluntário.²¹⁰

Isso porque, quando operando no Brasil ou sob sua legislação, é importante que os *Players* estejam cientes que é possível contratar sob a estrutura *knock for knock* ou ainda com limitação de responsabilidade, sendo necessário, no entanto, que isso esteja manifestado expressamente e com mútuo acordo das partes, já que a regra geral da lei civil brasileira é que a parte causadora do dano providencie sua total reparação.

Por fim, e a fim de limitar esse estudo ao vislumbre da dificuldade exposta, no que tange a *willful misconduct*, ou, em tradução literal, má conduta intencional, seu conceito também não é esclarecido e bem definido do ponto de vista legal no ordenamento jurídico brasileiro. Por sua vez, o caso inglês *Lord Alverstone in Forder Vs. Great Western Railway Co.*,²¹¹ definiu este termo da seguinte forma:

“Willful misconduct [...] means misconduct to which the will is party as contradistinguished from to accident, and is far beyond any negligence, even gross or culpable negligence, and involves that a person willfully misconducts himself who knows and appreciates that it is wrong conduct on his part in the

²¹⁰ Artigo 425 do Código Civil disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm acesso em 16/04/21

²¹¹ *Lord Alverstone in Forder Vs. Great Western Railway Co.* Disponível em <http://swarb.co.uk/forder-v-greatwestern-railway-company-1905/> Acesso em 10 de janeiro de 2020.

existing circumstances to do, or to fail or omit to do (as the case may be), a particular thing and yet intentionally does or fails or omits to do it, or persists in the act failure or omission, regardless of the consequences or acts with reckless carelessness, not caring what the results of this carelessness may be.”²¹²

Depreende-se da leitura do trecho que esta definição impõe um caráter subjetivo, o qual requer que uma das partes tenha alguma ação e/ou omissão intencional e com conhecimento dos potenciais danos e prejuízos que isso irá causar.

Assim, observa-se que a definição dos termos não funciona de maneira a delimitar a abrangência, mas sim, com a finalidade de sanar estas questões, as sociedades empresárias envolvidas como partes de uma negociação deverão caracterizar de forma expressa e por escrito, o significado de negligência grosseira e de má conduta intencional, a fim de evitar futuras e prováveis complicações acerca deste tema.

É importante ressaltar que a alocação e limitação de responsabilidades é obrigatória entre as partes contratantes. Contudo, tais cláusulas obviamente não são executáveis e mandatórias em relação a terceiros, assim, vale lembrar que, normalmente contratos EPC envolvem muitos “terceiros”, que influenciam no processo de execução exitosa do empreendimento.²¹³

Dessa forma, de modo a evitar possíveis conflitos é importante que as partes definam no contrato quem será categorizado como “terceiro” e quem será incluído na definição de “Grupo da Contratada” e “Grupo da Contratante”²¹⁴. Tal definição se faz

²¹² TRADUÇÃO: A má conduta intencional [...] significa má conduta para a qual a vontade é parte como contraditória de um acidente e está muito além de qualquer negligência, mesmo negligência grave ou culposa, e implica que uma pessoa deliberadamente condena indevidamente quem sabe e aprecia que é uma conduta errada por sua parte nas circunstâncias existentes para fazer, ou para falhar ou omitir fazer (conforme o caso), uma coisa particular e, no entanto, intencionalmente faz ou falha ou omite fazê-lo, ou persiste no ato falha ou omissão, independentemente das consequências ou atos com imprudência, não se importando com que resultados esse descuido podem ser.

²¹³ Timur Makarov, Indemnity in the International Oil and Gas contracts: Key Features, Drafting and Interpretation (CEPMLP, June 2009)

²¹⁴ JOHNSON, Alex. “Indemnities in Offshore Construction Projects – Do Not Be Shocked by Knock for Knock” disponível em <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2016/09/construction-and->

essencial para entender a abrangência da cláusula *knock for knock* no contrato, uma vez que usualmente a redação dessa contém algo como: “*The party A agree to fully indemnify, and hold harmless party B, its **Group**, shareholders, directors, employees, from and against all claims, demands, liabilities, damages, losses that may arise as a result from.*”²¹⁵.

Importante mencionar que, atualmente, fornecedores de bens, por exemplo, que até pouco tempo poderiam ser considerados terceiros na estrutura contratual de um EPC, já vem sendo incluídos em algumas definições de Grupo das Partes constantes nos contratos.

Por fim, como já visto, o sistema jurídico brasileiro confere liberdade as partes contratantes, todavia não de maneira irrestrita. Assim, por certo que esse limite se estabelece na correlação com o princípio da ordem pública, o que justifica o fato de não ser possível limitar responsabilidades perante terceiros ao contrato, especialmente se forem relacionadas a danos causados ao meio ambiente.

4.2 A Resolução de Conflitos

Em continuidade a análise acerca da aplicabilidade integral das disposições dos modelos de contrato da FIDIC para projetos de construção de plataformas de petróleo, para além da análise do acolhimento dos termos cunhados no sistema *Common Law*, é preciso entender de que forma o ordenamento sob o qual será executado o contrato recepciona a possibilidade de resolução de conflitos de forma autônoma.

Conforme já demonstrado nesse estudo, a FIDIC incluiu no *Silver Book* a determinação de que eventuais divergências decorrentes das relações estabelecidas pelo contrato seriam dirimidas, em um primeiro momento, por um comitê formado especificamente para esse fim, o DAB na edição de 1999, convertido para DAAB na edição de 2017²¹⁶ e, na hipótese de necessidade veemente, conduzido procedimento arbitral, de forma que a cláusula arbitral, elemento indispensável ao desenvolvimento

[engineering-update-autumn-2016/construction-and-engineering-update-autumn-2016.pdf](https://www.fidic.org/engineering-update-autumn-2016/construction-and-engineering-update-autumn-2016.pdf) acesso em 22/04/2021

²¹⁵ Disponível em <https://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Clause-17.pdf> acesso em 22/04/2021.

²¹⁶ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

desse tipo de processo, já consta do modelo de pronto, não sendo recomendável a jurisdição estatal nesse caso.

Dessa forma, passa-se ao exame aprofundado da questão atinente a solução de controvérsias por jurisdição não estatal, também tendo por base a experiência brasileira, pelas razões já expostas, prática absolutamente recomendável e consolidada no âmbito dos contratos internacionais, em razão da multiplicidade de leis eventualmente cabíveis em operações dessa natureza.

Dito isso, tem-se que a arbitragem na América Latina, até pouco tempo atrás, cerca de 20/25 anos, se restringia a experiências bastante únicas e especiais. Assim, o procedimento passa a ser utilizado efetivamente no Brasil a partir dos anos 90 e, a desde então é adotado de forma mais corajosa e dinâmica em grandes contratos, principalmente naqueles da área de construção de projetos.

Não obstante, e apenas para contextualizar a relevância da situação sob estudo, o número de disputas submetidas à arbitragem continua crescendo. O Brasil é o país de maior representatividade dessa realidade na América Latina, e fica atrás somente dos Estados Unidos e França no mundo. De acordo com a ICC- International Chamber of Commerce, 40% (quarenta por cento) das arbitragens sob sua jurisdição, no mundo, são relativas à Construção/Engenharia e Energia, e desse percentual 27% (vinte e sete por cento) correspondem à Construção e Engenharia²¹⁷

Na revisão do FIDIC *Silver Book* 2017, o *Dispute Adjudication Board* - DAB foi convertido em DAAB, com maior ênfase na prevenção de disputas, que consiste em uma espécie de procedimento pré-arbitragem. Referido *board* pode, dessa forma, fornecer opiniões informais e, com isso, promover a solução de litígios em “tempo real”, possuindo ainda poder julgador, caso seja necessário. É importante entender que o *Dispute Board* não é uma panacéia para problemas causados por projeto deficiente, orçamento inexequível, preço inadequado, baixo desempenho e obrigações não cumpridas²¹⁸.

Assim, conforme já exaustivamente apontado no presente estudo, o reflexo das condições esperadas para a execução do contrato em seu instrumento é

²¹⁷ ICC Dispute Resolution Statistics 2019 disponível em <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/> acesso em 15/04/2021

²¹⁸ FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

fundamental²¹⁹, portanto, preparação é a chave. No início das tratativas há certeza quanto a escopo/tempo/preço e, conseqüentemente, respectiva alocação de riscos. Todavia, durante o curso do projeto intentado pelo contrato, eventualmente haverá mudanças, oportunidade em que os riscos se manifestarão. Assim, uma ferramenta de resolução de reclamações e problemas simultânea a própria identificação das divergências restaura a certeza e confiança entre as partes contratuais e, conseqüentemente, evita disputas.²²⁰

Conforme já dito, os contratos do tipo EPC possuem grande complexidade pois necessitam de diversas interfaces técnicas distintas para a execução bem-sucedida de seu objeto. Assim, pode-se afirmar que o ponto de partida de muitas licitações EPC e negociações desses contratos é a definição da legislação aplicável, bem como da cláusula de resolução de conflitos.

Dessa maneira, em se considerando a referida complexidade contratual, e, conseqüentemente, o potencial surgimento de conflitos, muitos contratos EPC acolhem a previsão de *Dispute Adjudication Board (DAB)*²²¹. Fernando Marcondes, com base na definição da *Dispute Resolution Board Foundation*, afirma que o *dispute board* “é um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à solução definitiva”²²².

Os *Dispute Adjudication Boards* surgiram nos Estados Unidos²²³ no início da década de 70, quando foram utilizados, experimentalmente, para acompanhar a execução do projeto de construção do Eisenhower Tunnel, no Colorado²²⁴. A referida experiência demonstrou a eficácia do método, que, a partir de então, ganhou

²¹⁹ Godwin, William.;” *International Construction Contracts: A Handbook*” Wiley-Blackwell, Estados Unidos da América, 2013

²²⁰Chern C. *The Law of Construction Disputes*. Third ed. Abingdon, Oxon: Informa Law from Routledge; 2020.

²²¹ Os DABs normalmente são Conselhos constituídos por 3 membros independentes, porém, previamente aprovados por ambas as Partes e com notória expertise no objeto do contrato no qual se insere.

²²² MARCONDES, 2011 apud VAZ, Gilberto José. *Os Dispute Boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 11, São Paulo: Ed. RT, abr-jun/2014, p. 327.

²²³ Dados disponíveis em <<http://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf>>. Acesso em 12 fev.2019.

²²⁴ VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?* Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 38, São Paulo: Ed. RT, jul-set/2013, p. 134.

relevância naquele país, passando a ser adotado em inúmeros projetos na área de construção. Além disso, foram entusiasmadamente incorporados pela FIDIC e pelo Banco Mundial²²⁵, e atualmente têm se mostrado cada vez mais presentes em outros grandes contratos.

De acordo com KLEE, Lukas:

“...A certain, intermediate dispute resolution level is, therefore, widely appreciated. It can make it people(such as the top management of the interested parties) sit together at a joint table to try to find a compromise approach and thus avoid costly arbitration or litigation proceedings. At these meetings, opinions can get vented, tensions released and personal antagonisms is extinguished in the presence of impartial, well-formed experts.”^{226 227}

Todavia, é preciso analisar se, a despeito do consenso de serem as formações de tribunais não jurisdicionados as melhores soluções para dirimir controvérsias em contratos internacionais, as disposições relativas a “*dispute resolution*” seriam válidas, sem ressalvas, perante o ordenamento dos diversos países, incluindo para fins dessa análise o Brasil. Além disso, também é preciso entender se há diferenças acerca da aplicação da cláusula em comento nos regimes de *Common Law* e *Civil Law*.

Nas palavras de KLEE, Lukas:

“In civil law jurisdictions, decisions handed down by DABs are persuasive in nature only and are usually not binding or enforceable. In common law jurisdictions, on the other hand the

²²⁵ Budin RP. *Guide Pratique De L'exécution Des Contrats Internationaux De Construction : Contrôle Juridique Permanent, Prévention Et Traitement Des Litiges, Aspects Contractuels, Conditions Fidic, Règles De La Banque Mondiale*. Berne: Staempfli; 1998.

²²⁶ KLEE, Lukas. *International Construction Contract Law* 2nd edition pag 453

²²⁷ TRADUÇÃO: “... Um certo nível de resolução de conflitos intermediário é amplamente apreciado. Isso pode fazer as pessoas (tais como o topo do gerenciamento das partes interessadas) sentarem-se juntas à mesa e tentarem uma aproximação de compromisso e, assim, evitar altos custos com procedimentos de litígio ou arbitragem. Nessas reuniões opiniões podem ser convergidas, tensões relaxadas e antagonismos pessoais extintos na presença de especialistas imparciais e bem formados.”

decision is often final and binding if the parties do not appeal it within the contractually agreed period of time.”²²⁸²²⁹

Nesse sentido, é comum, em alguns países, a obrigação de aplicação da lei local para a resolução de disputas inerentes à um contrato, cujo objeto venha a ser executado em seu território. Tal imposição, por si só, pode afastar o direito de as partes contratantes instaurarem uma arbitragem. Desse modo, uma das partes pode então descobrir, tardiamente, que terá de recorrer a algum foro local, mesmo diante de disposições expressas sobre arbitragem/DAAB no contrato

Dessa forma, ressalta-se que a referida indicação expressa da lei aplicável não resulta na eliminação de potenciais problemas, uma vez que os exatos limites da legislação local podem não estar claros. Assim, a principal questão complexa a surgir diz respeito sobre como proceder se a lei local for conflitante com aquela aplicável ao contrato ou, ainda, se é designado que a arbitragem (ou procedimento DAB) ocorra em uma jurisdição que não a local. Nessa situação, a resposta encontra-se no Protocolo de Genebra de 1923²³⁰, assim como nas provisões da Convenção de Nova Iorque de 1958²³¹, os quais preceituam que deve ser adotada a lei do local de ocorrência da disputa a ser resolvida.

No que tange ao Brasil, ressalta-se que um fator de grande influência para essa realidade de crescimento da arbitragem diz respeito ao fenômeno da judicialização. Assim, por consequência de alguns fatores tais como custas processuais com valores baixos, ausência ou atraso na implementação de políticas públicas de solução de conflitos e uma cultura na qual não é um hábito a busca por soluções fora da esfera judiciária, o sistema judiciário enfrenta um elevado número de ações judiciais em trâmite, o que dificulta a celeridade e eficiência do sistema enquanto resolvidor dos conflitos da sociedade.

No que se refere a cultura, trata-se de um resultado de origem histórica. A população, de forma geral, atribui ao poder judiciário a figura de única forma de

²²⁸ KLEE, Lukas. *International Construction Contract Law* 2nd edition pag 454

²²⁹ TRADUÇÃO: Em jurisdições de “Civil Law”, decisões tomadas pelos DABs têm natureza meramente persuasiva e normalmente não são obrigatórias ou executáveis. Por outro lado nas jurisdições de “Common Law” tais decisões são constantemente finais e obrigatórias se as partes não recorrerem das mesmas dentro do período de tempo pré estabelecido no contrato.

²³⁰ Dados disponíveis em < <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/156336-promulga-o-protocolo-relativo-a-clausula-de-arbitragem-firmado-em-genebra-a-24-de-setembro-de-1923.html>>. Acesso em 12 fev.2019.

²³¹ Dados disponíveis em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em 17 fev.2019.

resolução de disputas disponível em território nacional, assumindo, assim, o pensamento de que o tal poder estaria preparado para receber uma quantidade enorme de demandas, e que portanto possuiria os aparatos necessários para dirimir todo e qualquer tipo de conflito, o que, em verdade, está distante da realidade.

Assim, a despeito da cultura de judicialização no Brasil, que se revela nociva, com o passar do tempo e o acúmulo de processos, a Lei brasileira não tem regra específica para a resolução de conflitos relacionados a contratos de construção. As partes no Brasil podem eleger livremente um dos métodos previstos no ordenamento pátrio. Portanto, o modelo FIDIC caberia integralmente nesse ponto, em razão do não impedimento pelo ordenamento da instauração da jurisdição autônoma para resolução de conflitos.

Isso posto, de acordo com MILLS, Alex.:

“...Brazil does accept the permissibility of a choice of arbitration in commercial disputes under the Arbitration Law of 1996 (as amended in 2015), and (under Article 2) allows for arbitration to be governed by the law freely chosen by the parties...”²³²

Em se considerando a singularidade dos contratos, objeto do presente estudo e, conforme a própria FIDIC sugere, recomenda-se a arbitragem devido as suas inúmeras vantagens, tais como neutralidade, celeridade, expertise dos árbitros, confidencialidade do processo e alto nível de execução espontânea das sentenças arbitrais.

Estendendo-se a análise em relação ao Brasil, vale salientar que é de acordo com o artigo 5 da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem²³³), que as partes podem submeter suas disputas ao procedimento arbitral quando houver cláusula arbitral pré-estabelecida entre elas. Em contraposição, ainda, caso haja essa provisão, as partes estão proibidas de usar a justiça comum para resolver litígios originados do contrato possuidor da cláusula.

Tal cláusula, ou compromisso de arbitragem, pode ser feita por meio de instrumento privado ou público, qualificando as partes, árbitros ou câmara arbitral, assunto e local da arbitragem. Alguns aspectos do compromisso de arbitragem são essenciais para litígios envolvendo contratos de construção, quais sejam:

²³² MILLS, Alex. Party autonomy in private international law. Cambridge University Press. United Kingdom, 2018. Pag356.

²³³ Dados disponíveis em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm Acesso em 12 fev.2019.

- (i) Árbitro/regras da arbitragem;
- (ii) Lugar da arbitragem;
- (iii) Escolha da lei substantiva a ser aplicada na arbitragem.

É importante salientar, ainda, que as partes podem estabelecer a jurisdição competente para resolução de litígios relativos a suas obrigações. Entretanto, tal escolha está limitada pelas regras atinentes ao Direito Internacional Privado, mais especificamente ao artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil (“LICC”)²³⁴ e artigos 22 e 23 do Código de Processo Civil.²³⁵

A Mediação também é um interessante método de solução de conflitos para contratos de EPC, todavia, ainda é incomum no Brasil. Isso se deve ao fato de que a legislação²³⁶ acerca do tema é recente e, além disso, a maioria dos advogados brasileiros possui um perfil essencialmente voltado para o litígio. De qualquer modo, interessa destacar que o Ministério da Educação e Cultura (MEC) incluiu recentemente a mediação como disciplina obrigatória nos cursos de graduação em direito²³⁷, de forma que se entende ser esta outra cultura que está para se transformar, no que se refere ao panorama brasileiro dos procedimentos de jurisdição autônoma.

No mais, a experiência prática mostra que questões técnicas em contratos complexos são mais bem equacionadas pelos DABs, tendo em vista a expertise dos membros que compõem as juntas e, principalmente, em razão da proximidade destes com o andamento do contrato, o que lhes permite analisar a questão à hora dos fatos e com subsídios contemporâneos ao litígio.²³⁸

Diante de todo o exposto, é importante frisar que a cláusula de solução de controvérsias contida nos *drafts* FIDIC - que é reproduzida parcial ou totalmente em muitos contratos EPC, ainda que com mudanças na redação - e suas provisões de notificação (*Early Warning*), as quais estabelecem o dever de notificar a outra parte

²³⁴ Dados disponíveis em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em 12 fev.2019.

²³⁵ Dados disponíveis em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 12 fev.2019.

²³⁶ Dados disponíveis em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm Acesso em 12 fev.2019.

²³⁷ Dados disponíveis em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em 12 fev.2019.

²³⁸ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-02/opiniao-panorama-atual-dispute-boards-contratos-publicos> acesso em 20/01/2020

na ocasião de quaisquer divergências, assim como os *Dispute Adjudication Boards* (DABs) são de grande valia, pois podem mitigar e prevenir eventuais conflitos²³⁹, o que é essencial em contratos de alta complexidade, além de ir ao encontro das novas tendências de soluções alternativas de conflitos.

Vale ressaltar que, mesmo sabendo-se que as provisões contratuais referidas *supra* são extremamente eficazes, muitos contratos celebrados com base nas premissas dos *drafts* FIDIC, ou ainda, copiando parcialmente seu modelo, contém cláusulas limitadas a simplesmente requererem conformidade com as leis locais, sem qualquer indicação da legislação aplicável, ou, ainda, como ela deve ser observada, o que acaba resultando em uma exposição das partes, já que muitas vezes, devido à legislação do local de execução do projeto, não podem fazer valer a vontade prevista no instrumento contratual.

No que se refere a análise do contexto brasileiro, ainda não há tratamento normativo para os *dispute boards*. Entretanto, é possível citar o exemplo positivo do uso do método na construção da linha 4, amarela, do metrô da cidade de São Paulo, tendo sido previsto também em 35 contratos internacionais relativos aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos ocorridos no Rio de Janeiro em 2016²⁴⁰. Novamente, constata-se o movimento de inclusão dos métodos alternativos de solução de conflitos no ordenamento de forma orgânica e gradual.

Nesse sentido, cumpre salientar, ainda, que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 9.883/2018, que pretende tratar exclusivamente do uso dos *dispute boards* em contratos administrativos.²⁴¹ Tal proposição prevê disposições mais gerais, a fim de preservar a flexibilidade na sua estruturação, que é um dos seus maiores atributos. Já no Senado Federal tramita o PLS 206/2018, o qual pretende regulamentar a instalação dos DABs em contratos administrativos continuados celebrados pela União.²⁴²

²³⁹ Principalmente porque o trabalho dos integrantes do DAB se inicia na fase de formação do contrato e permanece ativo durante toda a execução da obra, fazendo com que se tenha pleno conhecimento, em tempo real, do andamento do empreendimento.

²⁴⁰ MIERS, Christopher. *Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro*. Since you Cannot Delay the Olympic Games. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/>>

²⁴¹ Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449> acesso em 20/01/2020

²⁴² Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057> acesso em 20/01/2020

Por fim, vale dizer que os projetos de construção e respectivos contratos, em especial os EPCs, são tão singulares que a ICC- “*International Chamber of Commerce*” lançou em 2001 o *Final Report on Construction Industry Arbitrations*.²⁴³ Trata-se de um documento de referência para a Indústria da Construção contendo melhores práticas, ferramentas e técnicas de gerenciamento para procedimentos de arbitragem oriundos de construções.²⁴⁴

Assim, a primeira edição do documento ocorreu em 2001, conforme mencionado, e desde então algumas mudanças foram implementadas, sendo certo que a última e mais atualizada revisão ocorreu em 2019. Vale destacar que relatório propõe o uso de métodos seguros de armazenamento eletrônico, transmissão de documentos e uso dos protocolos cabíveis como o Protocolo CIArb²⁴⁵ para o e-disclosure²⁴⁶ e inclusive regras do IBA - Instituto Brasileiro de Atuária²⁴⁷, além de apontar para que os tribunais arbitrais estejam mais engajados nessas questões, inclusive tratando deste tema nas eventuais conferências sobre a condução do procedimento.

O Relatório em Arbitragem da Indústria da Construção prevê, ainda, em seu item 14²⁴⁸, o cálculo de pleitos, ressaltando que árbitros deverão, desde um estágio inicial do processo, avaliar o que deve ser investigado no computo dos referidos

²⁴³ Seppälä Christopher R. Commentary on recent icc arbitral awards dealing with dispute adjudication boards under fidic contracts. *The international construction law review*. 2016;Vol. 33, No. 3 (jul.), P. 185-205.

²⁴⁴ Dados disponíveis em <https://iccwbo.org/publication/construction-industry-arbitrations-report-icc-commission-arbitration-adr/> Acesso em 18/02/2020

²⁴⁵Dados disponíveis em <https://www.ciarb.org/media/6824/partyappointedexpertsinternationalarbitration.pdf> Acesso em 18/02/2020

²⁴⁶ Divulgação de informações por meio eletrônico

²⁴⁷Dados disponíveis em <https://www.atuarios.org.br/> Acesso em 18/02/2020

²⁴⁸ 14. Computation of claims

14.1 It is important to discover what needs to be investigated in the computation of a claim. In many cases reasonable pressure on both parties will elicit where there is real disagreement and, more importantly, why it exists. It is therefore suggested that, as early as possible, the tribunal invite the parties to jointly establish, if possible, an accurate computation of claims so that the respondent will have a clearer picture of what is allegedly recoverable, which may result in a possible settlement of some, or all, of the claims between the parties. In order to establish a clear computation of claims, evidence justifying the amount of a claim, which has not already been provided in the statement of case (or prior to the proceedings), should be produced by the claimant, with cross-references to its statement of case and in a form that will readily enable the respondent, and the tribunal, to know where the amounts come from and why they were incurred. The respondent will then have no excuse for not stating the reasons why, in its view, liability does not exist or, if it does, why the amounts claimed are nevertheless not due, e.g. because they were not caused by the events alleged, were not incurred or not reasonably incurred, or because the terms of the contract or the provisions of the applicable law preclude their recovery. In each case, reasons should be given.

pleitos. O tribunal arbitral poderá elaborar a cronologia dos fatos e enviá-lo às partes solicitando que essas esclareçam as discrepâncias ou fatos controversos.²⁴⁹

O objetivo do referido relatório é fornecer orientação acerca de ferramentas e técnicas para gestão bem-sucedida de arbitragens de construção. Isso porque não há fórmula correta para que os procedimentos arbitrais de construção sejam conduzidos, já que cada caso é diferente (embora muitas dessas arbitragens tenham padrões comuns). Portanto, deve-se sempre considerar se uma técnica padrão é apropriada para a situação concreta a que se destina.

Importante frizar que o relatório em comento destina-se principalmente para uso pelos árbitros, todavia, nada obsta que algumas de suas propostas também sejam observadas pelas partes.

Vale ressaltar, ainda, que a natureza complexa e dinâmica dos contratos de construção EPC se deve a inúmeras razões. Dentre elas, necessário destaque para o longo prazo de solução, obras colossais, altas somas e riscos envolvidos, necessidade de formas especializadas de contrato, incertezas em relação as condições do solo e clima, especificidade técnica e necessidade de especialistas podendo gerar atrasos, múltiplas partes e contratos envolvidos, grande volume de documentos, ocorrência frequente em regiões/países remotos e de difícil acesso, e, por fim, possibilidade de início de processo pré-arbitral e arbitragem internacional, sendo estes procedimentos complexos que podem demandar muitos recursos de tempo e dinheiro.²⁵⁰

Com a introdução de métodos pré-arbitrais de resolução de disputas como DABs nos contratos de construção, as arbitragens que efetivamente se instauram tendem a lidar com disputas que não podem ser resolvidas por pura composição, senão por sentença arbitral com efeito cogente, seja porque levantam questões que vão ao cerne das relações das partes ou tratam debates de princípios ou, ainda, porque são muito complexas para serem resolvidas satisfatoriamente pelo DAB no curto período de tempo alocado a esse processo.²⁵¹

²⁴⁹ Dedezade T. Mind the gap : analysis of cases and principles concerning the ability of icc arbitral tribunals to enforce binding dab decisions under the 1999 fidic conditions of contract. *International arbitration law review*. 2012;Vol. 15, No. 4, P. 145-159.

²⁵⁰ Chern C. *The Law of Construction Disputes*. Third ed. Abingdon, Oxon: Informa Law from Routledge; 2020.

²⁵¹ Naguib RI. Claims, disputes and arbitration clauses under fidic red and gold books. *The international construction law review*. 2016;Vol. 33, No. 2 (apr.), P. 111-122.

Os mecanismos dos DABs são normalmente parte de uma cláusula de resolução de disputas em vários níveis, onde a arbitragem (ou, em alguns casos, o litígio) é geralmente considerada como a etapa final.²⁵² A exequibilidade dessas etapas pré-arbitrais geralmente dependerá de as partes concordarem que tais mecanismos sejam obrigatórios (como é o caso nos standards de contrato FIDIC), bem como da lei aplicável ao contrato e no local da arbitragem.²⁵³

Por fim destaca-se que eventual tribunal arbitral composto para solução de um litígio pode, a pedido de uma parte ou a critério do próprio tribunal, indeferir a arbitragem ou suspendê-la na hipótese de as etapas iniciais estabelecidas em uma cláusula de resolução de litígios multicamadas obrigatórias não terem sido esgotadas, até que sejam concluídas²⁵⁴. Assim, mais uma vez, ressalta-se a importância da redação clara, completa e objetiva das cláusulas contratuais, sobretudo as que estabelecem métodos de resolução de conflitos, uma vez que serão estas as reposáveis por orientar partes e árbitros no momento das disputas, em que a disposição das partes a alcançar uma composição geralmente já não é a mesma do início das tratativas.

Assim, por todo o exposto, é possível observar que a mera composição da minuta de contrato FIDIC para projetos de construção na modalidade EPC/*Turnkey*, o qual vem materializado na versão *Silver Book*, não é suficiente para, por si só, possibilitar a devida execução dos projetos concebidos dessa forma em âmbito internacional, tendo em vista que, uma vez que o contrato é originário de um tipo de sistema, e de um conjunto de regras mais ou menos similares dos países dos quais são oriundos seus editores, sempre haverá uma dificuldade primordial para execução em nações que divergirem em sua cultura jurídica, em maior ou menor escala.

Dessa maneira, neste capítulo foi possível observar de que forma a receptividade do contrato poderá ser ameaçada em termos de sua própria existência nos mais diversos ordenamentos, uma vez que o conjunto de regras de uma nacionalidade necessariamente passa por um processo histórico e cultural específico

²⁵² Seppälä Christopher R. Enforcement by an arbitral award of a binding but not final engineer's or dab's decision under the fidic conditions. *The international construction law review*. 2009;Vol. 26, No. 4, P. 414-427.

²⁵³ Bunni N, Ong Pang Huan C, O'Reilly M. The enforcement of dispute adjudication board decisions : "persero" and the fidic standard form of contract. *Arbitration : the journal of the chartered institute of arbitrators*. 2015;Vol. 81, No. 4, P. 367-374.

²⁵⁴ ICC International Court of Arbitration Bulletin: Vol. 2, No.1 (1991), Vol. 9 Nos. 1 and 2 (1998), Vol. 19 No.2 (2008), Vol. 23 No. 2 (2012).

para sua formação e que, poranto, deverá sempre haver um processo de aceitação e adequação, tanto quanto possível, para que o contrato possa operar nos mais diversos territórios.

Ainda, a utilização do conjunto normativo brasileiro enquanto elemento de fundamentação para analisar a dificuldade de adequação subjetiva de termos cunhados sob diferentes sistemas, ou ainda da possibilidade de resolução de conflitos por meios alternativos a jurisdição estatal quando esta pode ser ainda uma cultura emergente em um país judicializado, demonstra de forma prática e ilustrativa que esse entrave é um resultado natural do início de uma cultura de internacionalização das relações jurídicas, e que a adaptação, ainda que necessária, deve inevitavelmente ocorrer de forma orgânica, ante a necessidade de observação das normas vigentes de cada nação.

Por fim, reitera-se ser esta uma análise mais substancial acerca da aplicação prática dos termos dos modelos internacionais de contratos de construção, uma vez que as questões debatidas nesse capítulo circundam a própria possibilidade de adoção dos modelos, ou seu descarte. Dessa forma, no capítulo seguinte se discorrerá sobre questões mais particulares de cada nação em relação aos ordenamentos que se entendem mais relevantes para este estudo, incluindo novamente o Brasil, para que se tenha maior dimensão dos entraves multifacetados para adoção dos modelos *Silver Book* da FIDIC para contratos na modalidade EPC/*Turkey* na Indústria do Petróleo.

5. A UTILIZAÇÃO DO STANDARD SILVER BOOK NO BRASIL, ESTADOS UNIDOS E FRANÇA

Conforme já apresentado no presente trabalho, os modelos FIDIC buscam a padronização de contratos praticados no âmbito da Engenharia ao redor do mundo. Para tanto, são divulgadas conjuntamente as minutas propriamente dos referidos contratos, bem como as boas práticas para colocá-los em execução, de forma que as soluções apresentadas por aquela instituição para as necessidades identificadas nas negociações encontrem eco ao redor do mundo e a standardização se torne, assim, possível.

Reitera-se que tal necessidade de unificação de procedimentos e normas ao redor do mundo se intensificou sobretudo a partir do advento da Globalização no século XX, a qual possibilitou a contratação de empresas de diversas nacionalidades e, em um segundo momento, o custeio de projetos de alta complexidade por instituições financeiras também internacionais. Nesse contexto, a utilização em larga escala dos modelos da FIDIC encontra um segundo entrave, para além da necessidade de concordância das partes acerca dos termos dos contratos, qual seja, a aceitação das legislações ao redor do mundo de todas as disposições ali contidas.

Isso porque, ainda que aquela organização tenha sede na Europa e sua comissão conte com representantes de diversas nacionalidades, o sistema legislativo e judiciário de um país pode ser muito diverso de outro, não só na existência ou não de normas acolhendo disposições internacionais, mas na própria constituição dos conceitos e princípios jurídicos, de forma que um preceito traduzido para outro idioma possa significar diversas coisas ou, ainda, não significar nada.

A soberania dos Estados pressupõe que as normas de um país são vigentes em todo aquele território, que, por sua vez, são formuladas por um processo histórico, cultural, político e social peculiar de cada região. Assim, a execução de qualquer ato comercial, e, em verdade, de todo ato da vida civil em geral, dentro do respectivo território de uma nação, deve estar de acordo com o seu regramento.

Com a execução de contratos não é diferente: Cada país dispõe de um ou vários diplomas para regular a forma como esses serão executados. No que tange especificamente aos contratos de construção e, sobretudo, aos EPC/*Turnkey*, objeto específico de estudo deste trabalho, essa questão é ainda maior.

Os contratos de construção, e aí incluídos os de infraestrutura, tem relação direta com o desenvolvimento econômico, político e social de uma grande parcela da sociedade, quiçá de todo o país de uma só vez. Assim, pensando nos empreendimentos petrolíferos, a construção de forma exitosa de uma estrutura dessa magnitude aumenta em muito a capacidade econômica do país, trazendo consigo mudanças drásticas para o cenário em que foi construído.

É por essa razão que, em muitos países, tais contratos estão intimamente ligados à Administração Pública, uma vez que, comumente, o interesse em celebrá-los é inerente àquela ou, ainda, porque somente o Poder Público tem condições econômicas de prover um empreendimento desse porte para alavancar a geração de recursos financeiros em determinada região e garantir o desenvolvimento do Estado.

Nesse contexto, a standardização dos contratos de construção, conforme pretendido pela FIDIC, pode significar um entrave, na medida em que as normas reguladoras das contratações, sobretudo com o Poder público, variam de nação para nação. Admitir uma minuta única para regular contratações ao redor do mundo todo pode soar um tanto quanto ambicioso.

Neste capítulo, pretende-se, assim, considerar essas disparidades e entender de que forma a aplicação dos modelos FIDIC ocorre no Brasil, Estados Unidos e França, por meio da contraposição das determinações exaradas pelas legislações relevantes de cada país, ou, ainda, que impedem a recepção dos ditames da FIDIC por aquela nacionalidade.

A relação com o Brasil é fundamental para entender o contexto específico do país em que o estudo é realizado, sem necessidade de maior detalhamento sobre a questão. No que tange à França, essa ocupa no cenário internacional espaço de notoriedade no que se refere à tradição comercial e da liberdade de contratar, tendo sido nesse país o início do processo de liberação econômica da população civil e a ascensão social da camada geradora de renda, a burguesia do século XVIII. Aquela, ao lado dos Estados Unidos, é também o país com maior número de arbitragens no mundo, o que demonstra a experiência e interesse no desenvolvimento da prática comercial internacional na nação.

Não por outra razão, a França tem tradição e cultura na composição de governos que buscam a democracia e que, de fato, priorizam o benefício da sociedade como um todo a partir da formulação de suas leis. Dessa forma, o entendimento francês acerca do que é ou não razoável no que se refere aos contratos comerciais e,

por que não? Internacionais é exemplo antigo e bastante completo para análise dos países em desenvolvimento.

Por fim, no que se refere aos Estados Unidos, é esse hoje o país mais forte economicamente do planeta, sendo ponto chave para melhor compreensão do presente e futuro das relações comerciais internacionais, uma vez que a maior parte das receitas circulantes pelo mundo tem alguma relação com a nação americana.

5.1 Brasil

Primeiramente, tem-se que a aplicabilidade no Brasil de algumas das principais regulamentações para exercício de cláusulas importantes do modelo *Silver Book* da FIDIC já foram discutidas no Capítulo 4 do presente trabalho, como a controversa receptividade da cláusula *Knock for Knock*, ou a inexistência de consonância no Direito Brasileiro dos conceitos de *gross negligence* ou *willfull misconduct* ou, ainda, *consequential and indirect damages*. Assim, no presente capítulo pretende-se discutir de forma mais ontológica os limites dessa aplicação, identificando os dispositivos brasileiros que recepcionam ou não as cláusulas propostas pela FIDIC, bem como eventuais entraves para o devido processamento dos *drafts* internacionais em território brasileiro.

Nesse sentido, cabe introduzir a questão a partir de um breve histórico da evolução do Direito da construção em território brasileiro, sendo mister, para esse fim, citar a promulgação da Lei de Licitações em 1993 (Lei 8.666/93), que regulamentou a contratação entre entes públicos e privados, uma vez que até então os grandes contratos de construção compreendiam obras de infraestrutura, cuja realização partia inteiramente do poder público.²⁵⁵

A Lei de Licitações é uma lei bastante rígida, com normas cogentes, e a qual deixa os contratantes com pouca flexibilidade para qualquer mudança. Isso porque em sua redação impera a noção de supremacia do interesse público, emanada a partir de cláusulas exorbitantes nas quais a administração pode alterar o contrato

²⁵⁵ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC- Silver Book para contratos EPC. Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013.

independentemente da vontade da outra parte. Essa estrutura tem origem no modelo francês, anterior à formação da União Europeia²⁵⁶.

Além disso, a lei não prevê meios alternativos de solução de controvérsias, entretanto, a partir da alteração na lei de arbitragem de 2015, passou-se a permitir a utilização de arbitragem em contratos assinados com órgãos públicos. Porém, a legislação brasileira permanece silente acerca dos dispute boards.

No mais, a Lei de Licitações regulamenta licitações nacionais e internacionais. Em seu artigo 42, § 5º, ela deixa uma pequena brecha dizendo que em licitações financiadas com recursos externos pode-se utilizar normas contidas em atos estrangeiros. Apesar dessa exceção, os órgãos fiscalizadores não admitem de forma *latto sensu* isso, pois alguns entendem que fere o princípio da isonomia, uma vez que em decisões já proferidas esse preceito não teria vigorado. O contexto fica ainda mais hermético quando considerados os tribunais de contas, que possuem um papel fiscalizador, no qual podem aplicar multas às pessoas físicas dos referidos agentes públicos.²⁵⁷

Portanto, tratar de contrato de construção até 1990, especialmente, era lidar com Direito Administrativo²⁵⁸. Assim, não fazia sentido pensar na possibilidade da adoção de um padrão internacional, como o FIDIC, pois havia regras frequentes e inflexíveis no contexto brasileiro, de forma que as inovações advindas desses contratos teriam que se submeter ao Direito Administrativo pátrio, e eventuais disputas levadas ao judiciário apenas porque à época não havia a Lei da Arbitragem. Nesse contexto, era bastante utilizado o modelo básico contratual de preço por unidade e havia pouco incentivo à adoção de regras internacionais nesses contratos.

Isso mudou um pouco a partir dos anos 90 devido a diversos fatores, quais sejam: (i) em 1993 a edição da nova Lei de Licitações e contratos administrativos; (ii) um modelo de privatização que começa em 1994 e se estende de forma mais intensa até, possivelmente, 2003/2004; (iii) nova lei de concessões em 1995 (Lei 8.987/1995) e; (iv) a partir de 1996 com a pressão do afluxo de investimento internacional, passou

²⁵⁶ GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engeneering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

²⁵⁷ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC- Silver Book para contratos EPC. Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013.

²⁵⁸SCHWIND, Rafael Wallbach. **LICITAÇÕES INTERNACIONAIS Participação de Estrangeiros e Licitações realizadas com Financiamento Externo**, Fórum, São Paulo, 2017.

a haver a exigência de um novo modelo de solução de controvérsias, o que resultou na Lei de Arbitragem em 1996, ainda que até 2001 ela tenha ficado em suspenso na questão da sua constitucionalidade.²⁵⁹

Diante do acima exposto, há a entrada de grandes investidores internacionais no Brasil que passam a adotar e a trazer um modelo diferente de contratação, na sua maioria inspirados em um modelo internacional que até então era desconhecido no ambiente jurídico pátrio da FIDIC. Esses contratos chegam ao Brasil não necessariamente adaptados às necessidades do contexto nacional, com investidores que não tinham um grupo técnico forte à sua disposição e tampouco tinham experiência em trabalhar no local.

Assim, começa a haver um modelo de contratação diferente: o Estado não mais detém o monopólio dos projetos de construção e o investidor particular passa a ter, gradativamente, mais voz na escolha do método de construção, bem como do contrato. A partir de 2000 esse cenário muda de forma ainda mais radical: há uma ênfase bastante forte na adoção de modelos Project Finance²⁶⁰ e a necessidade financeira que exige que este seja uma alternativa importante, viável e eficaz para o país. Em paralelo, há uma grande demanda por obras em vários setores da economia, especialmente na área energia, por meio de donos de projetos que, mais uma vez, eram internacionais e não detinham experiência local.²⁶¹

Surge então uma segunda onda de contratos que chegam ao Brasil, observando-se uma grande influência da experiência Internacional, principalmente no que se refere ao tratamento da Inglaterra nas disputas relacionadas à construção. Em 1999 a FIDIC lança o modelo Silver Book que consolida o conceito EPC e esse modelo passa a ser adotado como algo não só inovador mas também relevante, importante e

²⁵⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. **LICITAÇÕES INTERNACIONAIS Participação de Estrangeiros e Licitações realizadas com Financiamento Externo**, Fórum, São Paulo, 2017.

²⁶⁰ “Modalidade de estruturação financeira para a realização de projetos de grande porte, onde a principal fonte de receita para o pagamento do serviço da dívida de seu financiamento e do produto ou serviço resultante vem do fluxo de caixa gerado pela sua própria operação. Quando 100% dos recursos para o pagamento da dívida vem do fluxo do projeto, é chamado project finance non recourse, ou project finance puro. Esta característica de autofinanciamento permite a realização de projetos cujo porte seja superior ao de seu patrocinador.” Conforme: TREVISAN, Ricardo. O que é Project Finance. **Blog do Trevisan**, [S. l., s. n.], 2016. Disponível em: <https://ricardotrevisan.com/2016/09/21/o-que-e-project-finance/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁶¹ Dessa forma, salienta-se que as negociações e as contratações no setor energético são feitas através de estruturas contratuais complexas, cuja intenção é criar uma estrutura financeira operacional baseada no modelo do project finance, que é um modelo que permite a captação de recursos necessários para a concretização de investimentos muito altos, mas que pressupõe a mitigação dos riscos econômicos e políticos dos mesmos investimentos. (CORE, 2012, p. 04)

recomendado em um contexto de *project finance* para os principais projetos do Brasil, surgindo assim algo totalmente novo no contexto brasileiro²⁶².

Assim, no caso do Brasil, saiu-se de um modelo focado na noção de gerenciamento e implementação pelo Estado, passando para um sistema misto, mais voltado para o investidor privado e o contratante estatal, culminando em uma verdadeira revolução na escolha do método de construção, que até os anos 90 era um método clássico *design-bid-build*²⁶³, em que o agente estatal desenvolve o projeto, faz a licitação e depois contrata alguém no modelo adequado para a sua construção.

A partir de 1990 dá-se início a uma transição para o modelo semelhante ao clássico design-build (EPC), e a partir de 2000 há a prevalência do modelo Silver Book como uma recomendação dos bancos de fomento e das empresas internacionais. O Brasil desde 2000 tem um número enorme de contratos FIDIC adotados devido ao cenário supra mencionado, sobretudo por (i) a arbitragem a pleno vapor, (ii) a ICC com uma presença fortíssima no Brasil e em toda América Latina, (iii) um reconhecimento da importância das tradições e da experiência Internacional, e, por fim, (iv) forte peso dos bancos internacionais para adoção de um modelo forte como é o FIDIC *Silver Book*²⁶⁴.

Entretanto, nesse momento há uma demanda enorme por infraestrutura e um consequente fortalecimento dos contratados nacionais (epcistas) especialmente que não querem se submeter a um modelo Internacional e tampouco ao tradicional de administração pública. O *Silver Book* pelas suas características, principalmente, enfrentava a dificuldade de ser implementado na sua integralidade.

O resultado desse invólucro de situações favoráveis ao crescimento da construção brasileira revela-se nesse momento crucial em que os contratados brasileiros, fortalecidos pela sua presença em projetos importantes no Brasil, alçam voos internacionais e passam a executar projetos em outros países como México,

²⁶² GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

²⁶³ “Modalidade em que o proprietário assume o gerenciamento integral e contrata separadamente os serviços de engenharia, a aquisição de equipamentos e materiais e a construção propriamente dita. As Empresas, Projetista e Construtora não agem de maneira integrada. Após a conclusão da obra, a operação e manutenção são responsabilidade exclusiva do proprietário.” Conforme: CALIXTO, Delano Cavalcanti. DBB (Design Bid Built). **Delano Cavalcanti Calixto Engenharia Consultiva**, [S. l., s. n.], 2021. Disponível em <http://www.delanocalixto.com.br/index.php/negocios/negocios-design>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁶⁴ GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

Colômbia, Peru, dentre outros, oportunidade em que a mesma experiência de rejeição à adoção de modelos FIDIC padrão acontece.

A partir de 2014, no entanto, há uma grande onda com a Lava-Jato e todo o conjunto de fatores políticos e sociais ali envolvidos que enfraquece radicalmente as empresas de construção brasileiras e as levam a não terem mais projetos ou a possibilidade de rejeitar um modelo FIDIC ou qualquer outro *standard* internacional. Essa onda teve seu ápice em 2015/2016, e culminou na maior disponibilidade das empresas em aceitarem a utilização dos padrões em comento.

Atualmente, as agências de fomento, especialmente o BNDES²⁶⁵, não tem demonstrado a disponibilidade de participar ativamente no financiamento da execução de grandes obras de infraestrutura. Além disso, há uma preocupação e um fortalecimento das questões de “Compliance”²⁶⁶, seguindo um padrão internacional que finalmente chegou ao Brasil, aliada à chegada de novos players asiáticos ao mercado nacional, os quais possuem bastante força e costumam ter uma predileção pela arbitragem regida pela lei da Inglaterra, quando não familiarizados com a legislação local, o que leva à uma expectativa de maior utilização dos padrões FIDIC para a execução de projetos EPC.

Uma vez traçado o panorama geral da construção no Brasil, passa-se a análise dos principais entraves da aplicação dos preceitos da FIDIC no modelo *Silver Book* em território nacional.

Conforme demonstrado, as soluções trazidas pelo modelo FIDIC para apontar a responsabilidade de uma ou outra parte no caso da ocorrência de sinistros na obra encontram dificuldades para operar, uma vez que os termos usados não são comuns para regular esse tipo de relação no Brasil. Os desfechos propostos por vezes são, pode-se dizer, diametralmente opostos aos comumente determinados pelos magistrados, quando as partes buscam o apoio jurisdicional para solução de controvérsias.

²⁶⁵Banco Nacional do Desenvolvimento.

²⁶⁶ “O *compliance* tem a função de monitorar e assegurar que todos os envolvidos com uma empresa estejam de acordo com suas práticas de conduta. Essas práticas devem ser orientadas pelo Código de Conduta e pelas Políticas da Companhia, cujas ações estão especialmente voltadas para o combate à corrupção. No âmbito corporativo, uma Organização “em *compliance*” é aquela que, por cumprir e observar rigorosamente a legislação à qual se submete e aplicar princípios éticos nas suas tomadas de decisões, preserva ilesa sua integridade e resiliência, assim como de seus colaboradores e da Alta Administração.” Conforme: EDITORA FÓRUM. **Entenda o que é Compliance e descubra os principais benefícios para as empresas.** [S. l.], Editora Fórum, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/entenda-o-que-e-compliance-e-descubra-os-principais-beneficios-para-as-empresas/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

Isso porque, os magistrados, seguindo uma linha de raciocínio que condiz com a atividade jurisdicional de sopesamento de interesses, entendem que conflitos devem ser dirimidos tomando em conta o equilíbrio contratual e, portanto, a função social do contrato enquanto elemento pacificador e de promoção da justiça para a sociedade como um todo, e não apenas para dirimir controvérsias daquela relação contratual específica.

Esta é uma das questões que mais influencia para que as partes em contratos que envolvam grandes obras, e negócios faraônicos em geral, quando possível, optem pela instauração de procedimentos arbitrais na hipótese de divergências, uma vez que os árbitros, por elas mesmo estabelecidos, consideram absolutamente a visão do interesse pela execução do objeto do contrato e, investidos de autoridade pela lei brasileira, podem decidir em conformidade com esses pressupostos mais “práticos” da questão negocial²⁶⁷.

Esta é, pois, uma questão fundamental no que se refere ao acolhimento dos contratos FIDIC para execução em território brasileiro, na medida em que essa possibilidade se revela intrinsecamente ligada à admissão da Lei de Arbitragem de 1996 (Lei n.9.307/1996) não só no ordenamento, mas sobretudo na cultura jurisdicional do país.

Nesse contexto, ainda que a Lei da Arbitragem seja relativamente recente (1996, com edição em 2015), o país engendrou em sua prática o procedimento de forma intensa e duradoura, de forma que, ainda que as decisões dos magistrados jurisdicionados não se coadunem com o entendimento dos árbitros via de regra, não se contesta a legitimidade das decisões proferidas em sede de tribunal arbitral.

Não obstante, a promulgação do novo CPC (Lei 13.105/2015) consolidou de uma vez por todas a legalidade da arbitragem em território nacional²⁶⁸, que, portanto, se caracteriza como jurisdição paralela, regida por lei extravagante, e reconhecida constitucionalmente.

A observância de alguns dispositivos da Legislação Brasileira, contudo, são indispensáveis, para a operação de qualquer contrato em território brasileiro.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ BRASIL, 2015: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.”

O primeiro deles diz respeito à validade do negócio jurídico, e vem preconizado pelo art. 104 do Código Civil. Referido dispositivo determina que, para o negócio jurídico ser válido em território brasileiro, sob pena de nulidade, é preciso que goze de (i) agentes capazes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Outra questão de vital importância diz respeito às dificuldades burocráticas para obtenção de todas as licenças exigidas para a realização de uma grande obra de construção²⁶⁹.

A título de exemplo, apenas no âmbito do meio ambiente, ao qual inevitavelmente uma obra de grande porte, sobretudo na seara petroquímica, deverá se adequar, são sete órgãos de competências diversas para cujas regras as obras de estrutura devem estar em consonância, quais sejam, Conselho do Governo, Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Ministério do Meio Ambiente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), secretarias estaduais do meio ambiente, e conselhos municipais de meio ambiente²⁷⁰.

Ou seja, no Brasil os mecanismos para regularização de grandes obras perante a administração são extremamente intrincados, sobretudo para quem sequer fala a Língua Portuguesa, que é o caso de muitas das partes contratantes envolvidas nesse tipo de negociação. Não obstante, o modelo FIDIC não é muito claro acerca da imputação da responsabilidade para esse entrave, o que, na prática, dificulta em muito a execução no caso específico do Brasil.

Ainda nessa questão burocrática/legislativa, é necessário citar também as questões fiscal e trabalhista, sobretudo porque suas consequências geralmente se revelam após a conclusão da obra, dando início a processos custosos e arrastados em um segundo momento, quando o interesse maior é no início das operações e fim das tratativas²⁷¹.

Outra questão que pode vir a encontrar entraves pela aplicação do modelo *Silver Book* no Brasil diz respeito à limitação de responsabilidade que o contrato EPC pressupõe para as partes.

²⁶⁹ GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engeneering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

²⁷⁰ GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engeneering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

²⁷¹ GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engeneering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

Ocorre que, na legislação brasileira, mais precisamente por meio do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, é garantido amplo acesso ao judiciário na hipótese de lesão a direito²⁷².

A despeito da discussão acerca da opção por tribunal arbitral, ou até da adoção de lei estrangeira pelas partes para dirimir divergências, cujas possibilidades já foram demonstradas, por ser o preceito constitucional e, mais ainda, estar inserto no art. 5º do diploma, que dispõe sobre os direitos fundamentais, tem-se que a garantia é inafastável.

No mais, parte-se à interpretação e, mais ainda, à adequação de todos os potenciais direitos que poder-se-ia interpretar estarem sendo lesados a partir da contratação na modalidade EPC/*Turnkey*, com destaque para o suposto desequilíbrio contratual no sentido de desvantagem para o contratado que, no entanto, caracteriza essencialmente esse tipo de contrato e é, na prática, legitimamente ou não na visão internacionalista, compensado pelo preço acordado.

Nesse ponto, importa mencionar também a discussão sobre a tipicidade do contrato, uma vez que, quanto mais perto de um tipo específico do ordenamento brasileiro se enquadrar o acordo firmado, mais fácil será apontar a lesão a direito in casu, assim, faz-se importante salientar que a doutrina pátria não é pacífica quanto à caracterização do EPC/*Turnkey* como empreitada. Há uma primeira corrente, mais tradicionalista, que sustenta tal caracterização, assim, Fábio Ulhoa Coelho entende que o contrato de *engineering* equivale à uma empreitada de grande porte, envolvendo desde o desenvolvimento do projeto até a sua execução, associada a obrigação do empreiteiro em obter financiamento da obra e prestar serviços de assessoria técnica referente à implantação do projeto²⁷³, já nas palavras de José Virgílio Enei²⁷⁴: *“trata-se de um contrato de empreitada global em que a firma contratada, normalmente um consórcio liderado por uma empreiteira de renome, assume a obrigação de realizar o projeto de engenharia, executar todas as atividades de construção civil, fornecer por fontes próprias ou de terceiros todos os materiais e equipamentos integrantes do empreendimento e, ainda, instalar, montar, testar e*

²⁷² “Art. 5º [...] Inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Conforme: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil* v. 3. Saraiva, São Paulo, 2005.

²⁷⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. São Paulo, Saraiva, 2007.

comissionar esses equipamentos de forma que a obra seja concluída num prazo determinado e entregue à operação. Daí por que a expressão ‘chave-na-mão’ ou turn-key. Uma vez entregue a obra, resta à sociedade financiada tão-somente girar as chaves do empreendimento para que ele comece a operar.”

Ocorre que, e conforme também já defendido, tal tipificação enquanto empreitada não seria suficiente, na medida em que o contrato de EPC supera em muito as necessidades legais de um contrato daquele²⁷⁵. Destarte, no presente estudo entende-se o mesmo que a corrente sustentada pela professora Lie Uema do Carmo²⁷⁶ e por José Emílio Nunes Pinto, o qual preceitua o seguinte: “Ocorre que, na realidade, os EPCs contemplam diversas relações jurídicas entre o contratante e o epcista. O epcista é empreiteiro na medida em que se obriga a construir uma obra de grande porte, o epcista será montador sempre e quando deva proceder à montagem e comissionamento da obra em si, o epcista será tratado como fornecedor de equipamentos em razão de ter o contrato como objeto o desenho, projeto, construção, fornecimento e montagem de equipamentos, comissionamento da obra e teste de desempenho, sendo que o contratante a receberá na modalidade chave na mão, ou seja, pronta para operá-la.”²⁷⁷

Transposta a questão da tipicidade, necessário trazer à discussão a aplicabilidade da teoria da imprevisão, largamente aplicada no Direito Brasileiro aos contratos de execução continuada, conforme o art. 478 do Código Civil²⁷⁸ que prevê a possibilidade de resolução de contrato na hipótese de onerosidade excessiva, e o artigo 317 do mesmo diploma²⁷⁹, por sua vez, consubstancia a referida teoria, em que o juiz corrige “desproporção manifesta” a pedido da parte, “por motivos imprevisíveis”.

Esses dois dispositivos vão de encontro a essência do contrato EPC/*Turnkey* traduzido pelo modelo *Silver Book*, qual seja, novamente, a alocação de riscos e

²⁷⁵ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC- Silver Book para contratos EPC. Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013.

²⁷⁶ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, Almedina, São Paulo, 2019

²⁷⁷ Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil> acesso em 23/04/2021.

²⁷⁸ BRASIL, 2002: “Art. 478. 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.”

²⁷⁹ BRASIL, 2002: “Art. 317. 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.”

responsabilidades da obra ao contratado pela contrapartida de um preço elevado, se se considerar que o alto preço não é uma forma de reequilíbrio de prestações²⁸⁰.

Essa questão, contudo, já foi parcialmente resolvida com a edição do *Silver Book* de 2017, que tende para o reequilíbrio do contrato no sentido de dar mais espaço ao contratado para objeções intercorrentes, incluindo preços e prazos, para uma eventual readequação das disposições diante de uma situação inesperada, o que na edição anterior poderia ser tido como um contrassenso.

De qualquer modo, subsiste a discussão do equilíbrio contratual na visão do poder público, que conta com dispositivos legais específicos e claros para eventualmente interromper e reorganizar as prestações, caso se entenda haver lesão a direito.

É possível citar, ainda, como potencial entrave o art. 17 da LICC²⁸¹, que dispõe que decisões estrangeiras não terão eficácia no Brasil se ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Aqui a dificuldade brasileira a ser destacada não seria a aceitação da arbitragem, propriamente dita, mas a real impossibilidade de julgamento pelo judiciário brasileiro, ante a inexperiência dos magistrados para lidar com as questões, fazendo com que o desempenho nesse sentido seja considerado ruim pelas empresas internacionais, e até as brasileiras, muitas vezes

Assim, no Brasil, as dificuldades residem na experiência prática da condução do procedimento arbitral concomitantemente às exigências burocráticas da legislação local, bem como a completude do aparato legal disponível para contestar eventuais decisões que venham a ser proferidas priorizando o interesse público, e não o interesse das partes, como propõe o *Silver Book* da FIDIC.

4.2 França

Inicialmente, faz-se importante destacar que a França é um país regido pelo *Civil Law*, ou seja, seu regramento está disposto em códigos e regulamentos, de forma que os magistrados e o poder jurisdicional se baseiam na interpretação dessas

²⁸⁰ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC- *Silver Book* para contratos EPC. Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013.

²⁸¹ BRASIL, 1942: "Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes."

normas para verificar os limites da legalidade de uma situação de fato e lhe atribuir valores para julgamento.

Além disso, é um país cujo fórum é favorável à arbitragem, o que faz com que o estabelecimento da jurisdição arbitral nas minutas dos contratos no modelo *Silver Book* se deem de forma plena, não havendo maiores obstáculos para eleição dos árbitros, idioma adotado no procedimento ou, ainda, por faculdade das partes, a utilização de legislação estrangeira para regular o procedimento.²⁸²

Essa discussão sobre a receptividade da arbitragem no país em que o contrato será redigido sob o modelo FIDIC é imprescindível para este estudo, na medida em que a instituição de um tribunal arbitral para a resolução de disputas no âmbito da contratação retira do poder público, em maior ou menor grau, a autoridade para decidir sobre as controvérsias que vierem a surgir, e possibilita a aplicação das disposições do modelo mencionado de forma mais contundente²⁸³.

Por sua vez, o *Silver Book* prevê cláusula arbitral por definição (Cláusula 20, na edição de 1999, e cláusulas 20 e 21, na edição de 2017), o que significa que as partes terão maior ou menor dificuldade em executar as decisões a depender da aceitação daquela nação por uma jurisdição paralela. Isso porque, no que se refere ao conteúdo das decisões, essas serão proferidas por árbitros instituídos pelas partes, que observam precipuamente seus interesses exclusivos, e não da Sociedade genericamente, como deve fazer o Poder Público.

Assim, cumpre analisar as peculiaridades de cada país no que se refere ao entendimento no âmbito da legalidade sobre o que é tido por princípio geral, bem como eventuais mecanismos interpretativos que demandem atenção especial das partes ao contratar naquele país, ainda que seguindo o modelo internacional.

De uma forma geral, a Lei Francesa exige boa-fé das partes na resolução de eventuais conflitos e sobretudo no momento da elaboração do contrato, possuindo, aí sim, algumas prerrogativas gerais sobre o que deve constar na minuta, bem como alguns mecanismos de interpretação para solucionar dúvidas advindas da ausência de previsão²⁸⁴.

²⁸² Disponível em <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/02e4f9bd/france-relief-provisions-in-construction-contract-suites>

²⁸³ Disponível em <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/02e4f9bd/france-relief-provisions-in-construction-contract-suites>

²⁸⁴ Disponível em: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/02e4f9bd/france-relief-provisions-in-construction-contract-suites>

Assim, tal qual como no Brasil, a França não pressiona as partes a recorrer à jurisdição do Poder Público na hipótese de divergência e tampouco estabelece normas rígidas para exercício da faculdade de contratar, contudo, institui alguns padrões para garantir o processo legal e requisitos mínimos de legalidade, para que não haja abusividade ou irregularidades conceituais em relação a lei maior nos contratos celebrados em solo francês.

4.2.1 Imprevisión

Nesse contexto, a noção de imprevisão é recente no Direito Francês no que se refere aos contratos privados. Historicamente, a mudança de circunstâncias ou impossibilidade superveniente para o cumprimento daquilo que fora avençado não era admitida pelos tribunais. Apenas após recentes reformas constitucionais é que se inseriu a noção de *Imprevisión*, antes restrita aos contratos de obras públicas.²⁸⁵

Assim, por meio do artigo 1195 do Código Civil francês, passou a ser possível a renegociação do contrato na hipótese de ocorrência de situações que (i) não eram previsíveis no momento da celebração do contrato, (ii) tornassem a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes; e (iii) o risco de tal desempenho oneroso não foi assumido por essa parte²⁸⁶.

Neste ponto, é possível fazer um paralelo com a Legislação Brasileira no que se refere à teoria da imprevisão, e recuperar a discussão sobre o reequilíbrio econômico do contrato na hipótese de fato superveniente imprevisto em contraposição ao cerne do contrato EPC/*Turnkey* de alocação de riscos ao contratado. Ainda, relembra-se que a edição de 2017 do modelo *Silver Book* pretende mitigar essa controvérsia, na medida em que ela própria estabelece o reequilíbrio contratual relativizando as hipóteses de contestação por parte do contratado no curso do contrato para rediscussão das condições, incluindo preço e prazo.

No caso francês, no entanto, há uma peculiaridade. Apesar da reedição dos modelos FIDIC em 2017, com tais abrandamentos no que se refere a

²⁸⁵ Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

²⁸⁶ Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

responsabilidade do contratado, o modelo mais usado, efetivamente, naquele país continua sendo o de 1999²⁸⁷, demonstrando, assim, que essa tentativa de equilíbrio daquela Instituição não reverberou positivamente na comunidade jurídica francesa²⁸⁸.

Em verdade, a despeito da reedição do modelo, a contratação ainda é uma faculdade das partes e a FIDIC não tem força cogente, de forma que se aquelas entendem que o modelo antigo abriga melhor suas pretensões, passam a ignorar absolutamente a nova versão, mesmo que esses novos ditames tenham origem na observação sensata dos problemas que se repetem ao longos dos anos pela prática antiga.

Dito isso, é possível destacar a recente reforma no Código Civil francês também do conceito de Força Maior, e que vem expresso no modelo da FIDIC enquanto hipótese de exclusão de responsabilidade mas, na prática, pode ter seus limites alterados de acordo com a legislação vigente do país, a depender do entendimento da nação acerca do conceito.

O artigo 1218 do Código Civil francês dispõe:

There is force majeure in matters relating to a contract when an event beyond the control of the debtor, which could not reasonably have been foreseen at the time of conclusion of the contract and the effects of which cannot be avoided by appropriate measures, prevents performance of the obligation by the debtor. If the impediment is temporary, performance of the obligation shall be suspended unless the resulting delay justifies termination of the contract. If the impediment is permanent, the contract is terminated by operation of law and the parties are discharged from their obligations under the conditions set out in articles 1351 and 1351-1.²⁸⁹

²⁸⁷ “In France, the most common standard form construction contracts are the International Federation of Consulting Engineers (“FIDIC”) forms of contract. The predominant forms are the first editions (published in 1999).” Conforme: BELISAIRE, Arnaud. France: construction force majeure and alternative relief. **Norton Rose Fulbright**, France, [s. n.], 2020. Disponível em: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/02e4f9bd/france-relief-provisions-in-construction-contract-suites>. Acesso em: 28 mai. 2020.

²⁸⁸ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

²⁸⁹ O trecho correspondente na tradução é: “Há força maior em questões relacionadas a um contrato quando um evento fora do controle do devedor, que não poderia ser razoavelmente previsto no momento da celebração do contrato e cujos efeitos não podem ser evitados por medidas adequadas, impedindo o cumprimento da obrigação do devedor. Se o impedimento for temporário, o cumprimento da obrigação será suspenso, a menos que o atraso resultante justifique a rescisão do contrato. Se o impedimento for permanente, o contrato é rescindido de pleno direito e as partes são exoneradas de suas obrigações nas condições estabelecidas nos artigos 1351 e 1351-1.” Disponível em <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/02e4f9bd/france-relief-provisions-in-construction-contract-suites>

Na versão anterior, o evento de Força Maior deveria ocorrer externamente à parte que o invocava, ou seja, ser absolutamente alheio à atividade. Na nova redação, pelo uso do termo “*beyond the control of the debtor*”, tem-se que o referido evento foge ao controle do devedor, tendo, portanto, uma conotação mais ampla que, em princípio, favorece os contratantes²⁹⁰.

Outra particularidade do Direito Francês, sob a ótica deste estudo, seria a possibilidade de as partes definirem em contrato o que entendem por Força Maior, de forma que a prescrição legal é acessada apenas na hipótese de ausência dessa definição em contrato. Por óbvio que a definição da Força Maior em instrumentos de contrato é uma prática contratual comum, no entanto, no Direito Francês, a forma como é redigida faz crer que o instrumento possui mais autoridade do que o conceito legal, que o atende de forma subsidiária²⁹¹.

No Brasil, parece que a carga de autoridade das disposições legais é muito maior, observando-se uma tendência inversa, em que os contratos buscam atender a legislação incluindo em suas cláusulas os conceitos codificados na exata medida, sob pena de nulidade.

Essa realidade reflete bem a questão da liberdade contratual francesa e a autonomia que as relações contratuais gozam em relação ao Poder Público, que por sua vez trabalha para que elas se efetivem. Assim, parece que o Estado entende e valoriza as comentadas relações contratuais comerciais autônomas e cria mecanismos para que se efetivem.

Nesse sentido, cumpre destacar as duas principais doutrinas seguidas pelos tribunais franceses para avaliar responsabilidade contratual, na hipótese de divergência, para determinar relação de causalidade, quais sejam, a doutrina das causas equivalentes (“*la théorie de l'équivalence des conditions*”), e a doutrina da causalidade adequada (“*la théorie de la causalité adequada*”)²⁹².

²⁹⁰ Disponível em <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/02e4f9bd/france-relief-provisions-in-construction-contract-suites>

²⁹¹ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

²⁹² Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

Primeiramente, a *doutrina das causas equivalentes* preleciona que devem ser consideradas todas as circunstâncias que afetaram a situação e resultaram no prejuízo pontual que se discute como se tivessem causado o resultado igualmente²⁹³.

Assim, a responsabilidade pode ser imputada a ambas as partes, contratante e contratado, e eventual alteração de prazo, ou preço, ou que quer que se esteja requerendo, pode ser concedida na exata medida da responsabilidade de quem está requerendo, uma vez reconhecido que outras causas influenciaram aquele resultado e que, portanto, deve haver um provimento proporcional.

Por sua vez, a *doutrina da causalidade adequada* diz que deve se considerar para conceder um provimento, apenas a causa-raiz do problema investigado. Assim, ainda que se identifique uma gama de situações que culminaram no prejuízo apontado, só é observada uma conduta principal, e de que parte ela derivou, contratante ou contratado, para que todo o provimento recomponha o prejuízo em benefício da parte que não lhe deu causa²⁹⁴.

Por fim, destacam-se as leis francesas que não podem ser excluídas ou modificadas por acordo, de forma que na hipótese de eventual contradição entre a minuta contratual e as disposições da lei, prevalece a lei em território francês.

São elas: (i) a Lei de 1975; (ii) Lei nº 71-584, de 16 de julho de 1971, que regulamenta a garantia de retenção do empregador; (iii) o artigo 1799-1 do Código Civil, que rege as garantias de pagamento do empregador; e (iv) o regime legal de garantia nos termos dos artigos 1792 e segs. do Código Civil²⁹⁵.

Além disso, a rescisão pelo empreendedor por falência, insolvência ou liquidação do contratante nos termos da cláusula 15.2 (edição de 1999) é inoperante, visto que tal rescisão violaria as disposições obrigatórias em processos de insolvência²⁹⁶.

²⁹³ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

²⁹⁴ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

²⁹⁵ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

²⁹⁶ ²⁹⁶ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france>

4.3 Estados Unidos

Os Estados Unidos da América, por sua vez, têm o sistema *Common Law*, baseado em um Direito Consuetudinário, em que as leis gerais da nação são formuladas a partir do conglomerado de decisões proferidas pelas cortes. Além disso, o país funciona sob o sistema federativo, em que a legislação ocorre em dois níveis, estadual e federal, em que ambos têm seu conjunto próprio de leis e eventualmente o que é permitido ou proibido em um estado, ou unidade federativa, não o é nos demais.

Nesse contexto, os contratos de construção (privados) são geralmente regulados por normas estaduais, enquanto que contratos com os governos, federais ou estaduais, são regidos por normas federais. Assim, embora o Direito Contratual seja muito semelhante de uma forma geral entre os estados, há particularidades que variam de estado para estado²⁹⁷.

No mais, antes de iniciar essa análise sobre a lei americana, é importante frisar que o contrato FIDIC não é comumente utilizado nesse país, note-se:

FIDIC is not a commonly used form of construction contract in the United States and, therefore, has not been regularly interpreted by state or federal courts. However, none of the material provisions of the FIDIC Silver Book 1999 appear to run afoul of US laws.^{298 299}

De qualquer forma, a análise importa pela razão precípua previamente apresentada, qual seja, ser a nação americana detentora de boa parte do capital e das negociações de construção ao redor do mundo, de forma que entender seus mecanismos importa para um estudo sólido da questão em voga no âmbito internacional. No mais, conforme destacado acima, as cláusulas-padrão da FIDIC não contrapõem a Lei Americana de uma maneira geral, de forma que é perfeitamente possível analisar as questões controversas do presente estudo, já suscitadas nas análises referentes a Brasil e França, também em relação a essa importante nação.

²⁹⁷ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

²⁹⁸ O trecho correspondente na tradução é: “FIDIC não é uma forma comumente usada de contrato de construção nos Estados Unidos e, portanto, não tem sido regularmente interpretada por tribunais estaduais ou federais. No entanto, nenhuma das disposições materiais do FIDIC Silver Book 1999 parece entrar em conflito com as leis dos Estados Unidos.”

²⁹⁹ BATES JUNIOR, Albert; TORRES-FOWLER, R. Zachary. Construction arbitration: USA. **Global Arbitration Review**, [S. l., s. n.], 2020. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>. Acesso em: 20 set. 2020.

No mais, a regra geral nos Estados Unidos é de observação das leis obrigatórias dos estados, que em geral dizem respeito a políticas públicas que não podem ser dispensadas ou modificadas. Assim, nota-se esse padrão de respeito a normas cogentes dos países, podendo o contrato regular livremente o negócio nas demais questões³⁰⁰.

Nesse contexto, os Estados Unidos também são um país que recepciona a arbitragem plenamente, de forma que é possível, da mesma forma que na França e Brasil, a adoção dos entendimentos dos árbitros de forma livre, bem como de eventual lei estrangeira para regular o procedimento. O limite se encontra, novamente, na necessidade de se respeitar ditames estatais inflexíveis que dizem respeito ao interesse público da nação.

Assim, nos Estados Unidos o contrato, geralmente, estabelece as normas da negociação, sendo bastante abrangente o espaço que as partes têm para determinar suas pretensões pelos preceitos a serem inseridos em contrato. Além disso, apesar de as normas variarem muito de estado para estado, o consenso é de que, no âmbito privado, é o contrato que determina os limites das responsabilidades das partes, inclusive de outros mecanismos de igual importância para o seu devido cumprimento, como será a seguir disposto³⁰¹.

Primeiramente, no que se refere a onerosidade excessiva, também verificada nos ordenamentos anteriores, a disciplina americana admite adoção de duas teorias para analisar o destino da contratação, quais sejam, teoria da impraticabilidade (“impracticability”), e teoria da frustração de propósito (“frustration of purpose”)³⁰².

A primeira determina que se o custo da execução do contrato se revelar excessivo e incoerente, o contratado pode ser dispensado da execução, por ter se tornado impraticável a execução do objeto do contrato. Essa não é ainda, contudo, equivalente à Teoria da Imprevisão do Direito Brasileiro, pois que não fala em fato superveniente. Seria o caso apenas de, por previsão errônea das possibilidades de execução, se redigir um contrato que, com o tempo, se revela impraticável³⁰³.

³⁰⁰ Disponível em Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³⁰¹ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³⁰² Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³⁰³ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

Em seguida, tem-se a teoria da frustração de propósito, essa sim, que considera uma excepcionalidade que culmina na perda da possibilidade de execução do objeto do contrato, por ter se tornado a prestação excessivamente onerosa³⁰⁴.

Assim, se verifica que, da mesma forma, o Direito Americano possui mecanismos para reequilibrar a relação contratual, ou até dissolvê-la, na hipótese de superveniência de fato imprevisível e excepcional, ou ainda da simples percepção de impraticabilidade do contrato de forma equânime. A lógica operacional do contrato EPC/*Turnkey* aqui é igualmente relativizada, de forma que, ainda que haja um tribunal arbitral instaurado, se for de interesse de qualquer uma das partes, haverá substrato legal para apoiar eventual tutela jurisdicional requerida ao estado americano no sentido de reequilibrar a relação contratual³⁰⁵.

Em continuidade a análise da legislação americana, outro ponto a ser destacado diz respeito a doutrina *Spearin*, a qual estabelece limite para a responsabilidade do contratado em relação a inexecução de contratos em razão da má apresentação do projeto por parte do contratante. Assim, na hipótese de o contratado despender recursos para execução de um projeto mal formulado, que em nada resulta, e que a princípio foi ordenado pelo contratante, a doutrina determina a resolução do contrato sem imputação de responsabilidade ao contratado, bem como que seja este indenizado pelos eventuais prejuízos que tenha tido pela tentativa de cumprir com o determinado³⁰⁶.

Ainda, chega-se à discussão do conceito de “*force majeure*”, ou força-maior, no Direito Americano, que também funciona como excludente de responsabilidade³⁰⁷.

Pelo ordenamento americano, a força-maior acontece quando algum evento alheio à contratação torna a prestação impossível, ou praticamente impossível, de forma que a parte fica isenta do cumprimento da obrigação. Aqui destaca-se que o fato de a dita prestação ter se tornado apenas mais difícil, não é suficiente para excluir a responsabilidade, é preciso que o fato tenha de fato afetado as possibilidades de cumprimento pelas partes.

³⁰⁴ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³⁰⁵ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³⁰⁶ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³⁰⁷ GLOVER, Jeremy. Force Majeure Under Common Law and the Civil Codes - The FIDIC Form And NEC Contract Compared. Fenwick Elliott LLP, Aldwych House, p. 71-91 Aldwych, Londres, 2006.

Ainda na hipótese de descumprimento por uma das partes, vale mencionar a questão dos danos liquidados, que seriam a quantidade máxima de indenização que um empreendedor pode reaver por danos relacionados ao tempo, ou seja, pela demora na entrega por parte do contratado³⁰⁸.

Isso porque é principalmente nesse assunto, e em alguns outros de forma auxiliar, que aparecem os conceitos de “*wilful misconduct*” e “*gross negligence*”, termos usados nas minutas FIDIC, que não necessariamente encontram consonância em outros diplomas, por traduzirem conceitos subjetivos acerca da má-conduta praticada por uma das partes no cumprimento da obrigação³⁰⁹.

Assim, para tratar do tema, o ordenamento americano usa os termos (i) “*fraud*”, para fraude, (ii) “*wilful misconduct*”, para má conduta intencional; (iii) “*recklessness*”, para imprudência, e (iv) “*gross negligence*”, para negligência grave. Essas constituem, assim, as quatro possibilidades de exclusão do teto de limite para indenização liquidada.

Percebe-se que os termos constituem uma escala gradativa da combinação entre falta de zelo e má-fé, servindo a ocorrência em maior ou menor grau de uma ou de outra para apontar o limite de responsabilidade na verificação de um prejuízo.

Os mesmos conceitos se repetem no ordenamento dos Estados Unidos para determinar se há exclusão da responsabilidade por “*indirect or consequential loss*”, ou seja, responsabilidade por perdas indiretas ou emergentes, sendo, igualmente, o entendimento que, na hipótese de o contrato eximir as partes dessa indenização, tal não ocorre se houver alguma dessas classificações pela conduta da parte que culmina no dano³¹⁰.

Assim, observa-se que, pelo fato de FIDIC adotar o inglês como idioma oficial nas minutas, o que também decorre do volume de negociações dos Estados Unidos no mundo de uma forma geral, abraça, por consequência, conceitos que exprimem lógicas daquele ordenamento. Isso porque, ao fazer uma análise de forma deslocada para cada um desses conceitos, sobretudo se comparando com os termos usados no Brasil, é possível haver confusão em relação ao nível de subjetividade, não só pela

³⁰⁸ GLOVER, Jeremy. Force Majeure Under Common Law and the Civil Codes - The FIDIC Form And NEC Contract Compared. Fenwick Elliott LLP, Aldwych House, p. 71-91 Aldwych, Londres, 2006.

³⁰⁹ GLOVER, Jeremy. Force Majeure Under Common Law and the Civil Codes - The FIDIC Form And NEC Contract Compared. Fenwick Elliott LLP, Aldwych House, p. 71-91 Aldwych, Londres, 2006.

³¹⁰ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

escolha das palavras em si, mas principalmente pela questão cultural, uma vez que um mesmo termo pode exprimir ideias diferentes de acordo com o idioma.

Outro ponto de interessante análise do Direito Americano tange à aplicabilidade das cláusulas de notificação, que, no modelo *Silver Book* da FIDIC apontam para as “*time-bars*”, ou seja, os avisos enviados à parte contra a qual se pretende instaurar uma controvérsia. Essa é uma questão que suscita grandes disputas nos tribunais dos Estados Unidos e sua solução depende das regras do contrato, bem como dos fatos peculiares do caso a caso³¹¹.

Isso porque pretende-se julgar se o conteúdo da notificação deve ser não apenas suficiente, mas absoluto para promover uma controvérsia, de forma que eventual notificação fora dos padrões desejados deve ser causa de impedimento para a instauração da disputa. Assim, a discussão paira sobre a forma e conteúdo, na medida em que alguns tribunais aceitam que uma versão mais branda da mencionada notificação é suficiente para manifestar o interesse na disputa, mas, em verdade, se está discutindo a garantia do direito à informação e, no limite, a defesa, uma vez que, não pode o notificado ser prejudicado em sua referida defesa por eventual falta de diligência do notificante, o que, nos tribunais mais rígidos, pode vir a impedir uma reclamação³¹².

Por fim, destaca-se como peculiaridade da Lei Americana a possibilidade de o contrato estabelecer os prazos prescricionais a serem observados pelas partes, servindo a lei de forma subsidiária, na hipótese de inexistência de tal determinação.

Neste ponto, cumpre salientar que a Lei Estadual determina prazos diversos para os estados da federação, que em regra variam de 4 a 6 anos, mas modificam-se amplamente de uma corte para outra. Sobre isso, não só os referidos prazos variam, mas também o próprio conceito de “ação”, ou seja, onde se daria seu início, seus requisitos para arquivamento, etc, de forma que a contagem dos prazos processuais, nesse âmbito, também varia de um estado para o outro, sendo possíveis os mais diversos desenhos temporais dos procedimentos³¹³.

³¹¹ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³¹² Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

³¹³ Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa>

Assim, essa é mais uma demonstração da força do contrato na legislação americana, na qual essa serve de forma subsidiária em hipóteses nas quais a redação do instrumento privado tenha sido insuficiente.

Pelo tanto analisado da comparação entre as legislações do Brasil, França e Estados Unidos para acolhimentos de alguns princípios da FIDIC no ordenamento, para execução de forma favorável da minuta do *Silver Book*, percebe-se que, de uma forma geral, há três pontos principais a serem observados.

Primeiramente, entende-se crucial a análise da receptividade do procedimento arbitral pelo ordenamento do país, na medida em que o tribunal arbitral funciona como uma jurisdição paralela, em que se torna possível que os interesses das partes e a realização do objeto do contrato sejam prioridades, em um primeiro momento, em relação ao interesse público, de forma que as decisões ali proferidas possam em alguma medida destoar da jurisprudência da nação em cujo território o contrato se executa, sem que isso represente uma ilegalidade.

Um segundo ponto, que se relaciona a esse primeiro diretamente, é o fato de que, nos três ordenamentos analisados, a possibilidade de estabelecer prioridades em relação a legislação vigente tem limites, que geralmente esbarram no interesse público, de forma que essa possibilidade de flexibilização das normas do país se revela relativa. Essa discussão, no entanto, tem origem em uma questão maior que é a da Soberania dos Estados, e consubstancia uma das problemáticas principais da arbitragem, e da História do mundo, em verdade, na medida que retorna a dicotomia do interesse público vs. interesse privado.

Além disso, no que se refere ao contrato *Silver Book*, e sua característica principal de alocar a responsabilidade quase que completamente para o contratado por um preço elevado, visto que trata-se de um EPC, é essencial analisar o regime particular de cada país no tocante à isenção de responsabilidade por conta de onerosidade excessiva, Força Maior ou conduta das partes, para mensurar a aplicabilidade das disposições do contrato sob a ótica da legislação do território em que o respectivo contrato opera.

O terceiro ponto a se observar é, contudo, o fato de que, ainda que a FIDIC se esforce para ser, e venha sendo de fato nas última décadas, referência em minutas de contratos de construção, suas recomendações não têm força cogente, o que resulta em uma infinidade de contratos possíveis ao redor do mundo, inclusive a utilização de minutas ultrapassadas(não sendo o modelo mais moderno editado pela

organização), como é o caso da França, ou ainda a escolha de uma nação como os Estados Unidos, que influencia diretamente na redação na Língua Inglesa das minutas pela FIDIC, por não utilizar os *drafts* em seu setor de construção.

Assim, de uma maneira geral, observa-se que a evolução da standardização pela FIDIC ocorre de forma orgânica, sendo mais ou menos aceita nas nações em que faz sentido, e isso se coaduna com a cultura local, e da forma específica que lhe couber.

CONCLUSÃO

Em sua origem, esse trabalho pretendeu possibilitar a Comunidade Acadêmica e Empresarial Jurídica à ampliar o arcabouço doutrinário disponível acerca da utilização de standards contratuais da FIDIC para contratos de construção, sobretudo do modelo *Silver Book*, modalidade EPC/*Turnkey*, uma vez que são largamente utilizados para a execução de projetos de construção de empreendimentos relacionados à Indústria do Petróleo, dada a sua complexidade.

Assim, primeiramente, para esse estudo, foi necessário entender qual a origem pela demanda de um contrato-tipo em âmbito internacional de tamanhas proporções, chegando-se à conclusão que a formação do Direito Internacional Privado, orientado pelo princípio da Autonomia da Vontade das Partes, bem como da necessidade de segurança jurídica das transações realizadas entre partes de nações diferentes, e que portanto poderiam se chocar no que se refere a normatividade a ser atendida na hipótese de divergência, fez nascer o movimento da *Soft Law*, decorrência da privatização do poder regulador desse ramo do Direito.

É nessa lógica, portanto, que surge a FIDIC, organização nascida do agrupamento de profissionais, sobretudo da construção, e não operadores jurídicos, como se pensaria em um primeiro momento, a qual se propõe a criar *drafts* capazes de acolher as pretensões existentes em contratos complexos no ramo da Engenharia, a fim de evitar desperdício de recursos e entraves sem solução por falta de destreza das partes quando do momento de tratativas.

O interesse deste trabalho, conforme mencionado, teve seu foco nos contratos de EPC/*Turnkey*, e, portanto, mais aprofundou-se no *Silver Book*, por ser esse o mais aplicado a projetos do ramo petrolífero.

Dessa forma, aponta-se ser o grande diferencial dessa modalidade de contratação a hipótese de assunção quase total dos riscos e obrigações por uma das partes, qual seja a contratada, limitando-se, assim, o contratante, em um primeiro momento, a efetuar o pagamento do preço avençado, que, por tal invólucro, é elevado ao ponto de fazer compensar àquela parte o volume de responsabilidades assumidas.

O estudo se encaminha no sentido de que o grande questionamento acerca da standardização do referido modelo tange ao equilíbrio, ou melhor, desequilíbrio econômico-financeiro que essa transação representa, e que vai de encontro à maioria

dos ordenamentos dos Estados soberanos, os quais, por meio do provimento jurisdicional, buscam a igualdade de partes contratuais.

Destaca-se, no entanto, que esse *draft* busca atender uma necessidade latente, sobretudo dos construtores e investidores, de possibilitar a execução de uma obra de grande porte em tempo razoável e sem surpresas em relação aos custos, ainda que isso represente um preço total inicial mais elevado. Isso porque os prejuízos decorrentes da ausência de um contrato nesses termos, que permite prorrogações de prazos e procedimentos intermitentes, além de não se poder ao certo estimar seus custos, pode representar um processo moroso e custoso para muitos empreendedores, e por vezes, na hipótese de sinistro, levar a verdadeira quebra de uma empresa contratante.

Nessa contraposição, há o confronto entre autonomia da vontade das partes e garantias dos direitos individuais, na medida em que alguns ordenamentos enfrentam a questão como direito personalíssimo de proteção, como é o caso do Brasil, que, em última instância, entende que essa poderia ser protegida pela Constituição Federal.

Tal óbice é, contudo, mitigado na edição de 2017 do modelo Silver Book da FIDIC. Conforme mencionado, a questão do equilíbrio contratual foi alvo de questionamentos para aplicação do referido *draft*, de forma que, no período transcorrido entre a primeira edição, em 1999, e a segunda, em 2017, as principais alterações se consubstanciam na busca pelo dito equilíbrio, de forma a não propriamente garantir essa igualdade de partes, o que desconstituiria seu caráter especial, mas no sentido de impedir abusividades e possibilitar discussões no trâmite da efetivação do contrato em sede de resolução de disputas, inclusive sobre os assuntos mais engessados, quais sejam, preço e prazo.

Em continuidade, o estudo analisa a aplicabilidade prática do modelo contratual, suscitando, para tanto, seus entraves mais substanciais. Por meio de breve comparativo entre o Sistema Brasileiro e o *Common Law*, apenas para fins de ilustração da problemática da recepção ou rejeição do conteúdo subjetivo das disposições mais expressivas do Silver Book, quais sejam, cláusula *knock for knock* e compromisso arbitral, a presente pesquisa demonstra que a mera redação do *draft* em comento, não será, necessariamente, recepcionada na íntegra pelos ordenamentos dos diversos países.

Assim, até o momento, observa-se que há um grande impulso da Comunidade Internacional em se estabelecer um modelo contratual, sobretudo de agentes econômicos que desejam a efetivação dos projetos, no entanto, tal impulso confronta-se com as leis maiores dos Estados, em alguns casos impedindo sua execução plena. Importante destacar, ainda, que a limitação não se restringe a ausência ou falta de lei no ordenamento recepcionando as disposições do contrato, mas circunda a própria subjetividade das normas de um e de outro diploma, uma vez considerado que a formação jurídica de uma nação, bem como da instituição criadora do modelo de contrato, considera aspectos individuais históricos e culturais.

Nesse cenário, confirma-se que a consolidação do princípio da Autonomia da Vontade das Partes perante os contratos privados internacionais, bem como da arbitragem enquanto método de resolução de conflitos aceito por diversos ordenamentos estatais, são os dois principais pilares da consolidação da utilização dos *drafts* contratuais internacionais, uma vez que a possibilidade de negociação das condições das partes, bem como da eleição da lei aplicável na hipótese de divergência, variáveis de acordo com o interesse das partes, portanto, é o caminho mais seguro para a efetivação das relações jurídico-econômicas ao redor do mundo.

Por fim, o estudo perpassou a análise da aplicação do modelo FIDIC em aspectos mais pontuais ao redor do mundo, com destaque para França, Estados Unidos e Brasil.

Sobre os dois primeiros, a aplicação da versão desatualizada na França, ou a quase que inexistente aplicação nos Estados Unidos, cujo Inglês é o idioma pátrio, e que, portanto, seria detentor dos principais conceitos aplicáveis, como os termos *gross negligence* e *willful misconduct*, demonstram que a aplicabilidade prática dos modelos da FIDIC ainda está longe de ser absoluta. No entanto, essa situação corrobora a autonomia da vontade presente nas instituições de Direito Internacional Privado, que confirma a livre escolha das partes em adotarem *standards* ou simplesmente não o fazerem. Destaca-se aqui que para um ou outro quadro, há forte influência cultural e política de cada nação.

Além disso, verificou-se que o panorama da infraestrutura em determinado país também afeta a possibilidade de adoção ou não do modelo. A Construção Civil comumente é um ramo incentivado pelas entidades públicas de uma nação, uma vez que, comumente, apenas a Administração tem interesse e/ou poder aquisitivo para

promover esse tipo de estrutura. Nesse caso, a adoção do modelo FIDIC é ainda mais complicada, na medida em que aquela tende a ser mais engessada nas contratações, não só por atender necessariamente uma série de normas cogentes, mas por ter por corolário fatores como as garantias individuais, e portanto a impossibilidade do mencionado equilíbrio contratual controverso que defende o *Silver Book*.

O Brasil revela-se, assim, um bom exemplo de país em que a Administração Pública por muito tempo foi responsável por esse tipo de obra e, portanto, a adoção de modelos internacionais não era viável, tendo o seu próprio modelo de contrato e inclusive uma lei para tanto (Lei de Licitações - Lei n. 8.666/1993). Aqui, destaca-se, ainda, o fato de que, para alguns juristas pátrios, há certa identificação com o tipificado contrato de empreitada, razão pela qual eventuais divergências na execução do *Silver Book* poderiam enfrentar entraves para solução perante o poder jurisdicional, que então seguiria as normas atinentes ao referido contrato de empreitada, abarcadas pelo Código Civil.

Ainda em relação ao Brasil, e agora citando um pouco da experiência prática brasileira, há destaque especial para a importância do instituto da arbitragem enquanto método de solução de conflitos que melhor se adequa para apartar divergências entre as partes. A possibilidade de eleger um corpo de árbitros especializado para a matéria de construção, bem como da lei estrangeira que mais se adequa ao interesse das partes para compor essa disputa, são vantagens do Direito Internacional Privado que devem ser atentadas frente ao maior desafio da contratação transnacional que é o de agregar entendimentos de agentes privados, de culturas, muitas vezes, diametralmente opostas.

Pelas conclusões apresentadas, observa-se ainda que a demanda pelos contratos *standards* no que se refere ao Direito Internacional da Construção, que se traduz especialmente pela criação da FIDIC, tenha aumentado desde a primeira edição de seus modelos, todavia, sua utilização enquanto paradigma ainda é escassa. Isso se deve, principalmente, à efetivação da teoria da Autonomia da Vontade e da liberdade de contratar das partes, que por sua vez são diretamente influenciadas por fatores culturais e políticos que variam de uma nação para outra.

De todo modo, a própria FIDIC vem acompanhando esse movimento e reeditando suas normas para previsão direito à defesa por parte do contratado e eventual renegociação de condições, incluindo preços e prazos no curso da contratação, alinha-se ao caráter publicista suscitado no início do trabalho que o

Direito Internacional vem assumindo cada vez mais fortemente nos séculos XX e XXI, pela defesa dos direitos individuais e da dignidade da pessoa humana.

Assim, em linhas gerais, conclui-se que a standardização dos contratos de construção é um movimento no sentido da instrumentalização do Direito Internacional Privado que vem tomando força nas últimas décadas, e que, no entanto, segue um ritmo quase que orgânico, tendo em vista a impossibilidade de cogência dos padrões apresentados pela FIDIC.

Tal, no entanto, não poderia deixar de ser, e, em decorrência lógica dessa falta de cogência, tem-se que sua efetivação depende da vontade de contratar das partes nos exatos termos do *draft* da FIDIC, o que só será absoluto quando de fato o esse atender as pretensões de uma maioria de grupos de empreendedores, o que necessariamente deverá se alinhar, então, com a multiplicidade de nações e estruturas culturais e jurídicas presentes no âmbito global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMAGRO, Ignacio; KLEE, Lucas. **Los Contratos Internacionales de Construcción. FIDIC**. Editora Wolters Kluwer. 2017.

AMUI, Sandoval. **Petróleo e Gás Natural para Advogados e Negociadores**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ANTRÀS, Pol. **Global Production: Firms, Contracts and Trade Structure**. 1. ed. Oxfordshire: Princeton University Press, 2016.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ARAUJO, Nádia de. “O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacional privado”, em *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1996.

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC- Silver Book para contratos EPC**. Dissertação de Mestrado, UERJ, 2013.

ARROYO, Diego P. Fernandes. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. Chia: Universidad de la Sabana, Grupo Editorial Ibañez. 2012.

ARROYO, Diego P. Fernández e Rodrigues, Rodriguez, José Antonio Moreno. **Contratos Internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)**. Biblioteca de Derecho de la Globalización: Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina.

B., Osvaldo de Rivero. **New Economic Order and International Development Law**. 1. ed. Oxford, Pergamon Press, 1980.

BAHIA, Rodrigo da Gama in “Erro Grosseiro?” O STF sobre Gross Negligence, 22/05/20. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/erro-grosseiro-o-stf-sobre-gross-negligence-rodrigo-da-gama-bahia/?articleId=6669415745820225536> acesso em 05/04/2021

BAKER E, White & Case, **International Federation of Consulting Engineers. Fidic Contracts : Law and Practice**. London: Informa; 2009.
<https://www.bartonlegal.com/site/construction/international-contracts/#:~:text=The%20best%20known%20international%20form,for%20electrical%20and%20mechanical%20works>. Acesso em 20/04/2021

BARROZO, Helena Aranda; TESHIMA, Márcia; MAZZUOLI, Velério de Oliveira. **Novos Estudos de Direito Internacional Contemporâneo**. Londrina: Eduel, v. 1, 2018.

BASEDOW, Jurgen. **El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada. ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?** Thomson Reuters, 2010

BEAUMONT B. **Fidic Red Book : A Commentary**. Abingdon, Oxon: Informa Law from Routledge; 2019.

BECKER, Howard S. **Métodos de pesquisa em ciências sociais**. 4ª ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BELUZZO, Luiz G. de Melo; FRISCHTAK Cláudio R.; LAPLANE, Mariano (Orgs). **Produção de Commodities e Crescimento Econômico**. 1. ed. Campinas: Unicamp, 2014.

BENCHENEB, Ali. **Le contrat international de construction**. in *Revue Internationale de Droit Economique*. 2018. Volume:32 Issue:1

BOGGIANO, Antonio. **Contratos Internacionales/ International Contracts**. 2ªed. Ediciones Depalma. Buenos Aires.1995

BOSE, Ujjwal Kumar. **Claim for Damages in EPC Contracts - An Overview** Disponível em https://www.academia.edu/26561284/Claim_for_Damages_in_EPC_Contracts_An_Overview Acesso em 18/02/2021.

BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm Acesso em 19 ago.2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm Acesso em 19 ago.2019.

BUDIN RP. **Guide Pratique De L'exécution Des Contrats Internationaux De Construction : Contrôle Juridique Permanent, Prévention Et Traitement Des Litiges, Aspects Contractuels, Conditions Fidic, Règles De La Banque Mondiale**. Berne: Staempfli; 1998.

BUENO, Júlio César. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: Sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da(org.) **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUNNI N, Ong Pang Huan C, O'Reilly M. **The enforcement of dispute adjudication board decisions : "persero" and the fidic standard form of contract**. *Arbitration : the journal of the chartered institute of arbitrators*. 2015;Vol. 81, No. 4.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI, Renzo; SALVATORE, Vincenzo. **An Introduction to International Contract Law. 1.** ed. Milão: G Giappichelli Editore, 2018.

CAVALLO Borgia, R. II **Contrato di Engineering.** Cedam: Pádua, 1992.

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras,** Almedina, São Paulo, 2019

CARVALHO, Getúlio. **Petrobrás: do Monopólio aos Contratos de Risco.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

CHERN C. **The Law of Construction Disputes.** Third ed. Abingdon, Oxon: Informa Law from Routledge; 2020.

CHIDI Egbochue, '**Reviewing 'knock for knock' indemnities following the Macondo Well Blowout'** (January 2013) 7 Construction Law International

CUNHA, Walter Alves. **A Validade das Cláusulas de Não Indenizar.** In Direito e Infraestrutura, São Paulo, Saraiva, 2012.

DEDEZADE T. **Mind the gap : analysis of cases and principles concerning the ability of icc arbitral tribunals to enforce binding dab decisions under the 1999 fidic conditions of contract.** *International arbitration law review.* 2012;Vol. 15, No. 4.

DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC- Engineering, Procurement and Construction.** São Paulo, Almedina. 2019.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado(Parte Especial)- Direito Civil Internacional- Vol.II- Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (Parte Geral)**. 7ª ed. amp. e atual. Renovar: 2003.

DURUEKE, George Chiagozie. **Oil and Gas Trade 101**. 2. ed. Scribd. 2017. Disponível em <https://www.scribd.com/read/344211050/Oil-and-Gas-Trade-101>. Acesso em 13 nov. 2020.

EDITORA FÓRUM. **Entenda o que é Compliance e descubra os principais benefícios para as empresas**. [S. l.], Editora Fórum, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/entenda-o-que-e-compliance-e-descubra-os-principais-beneficios-para-as-empresas/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance**. São Paulo, Saraiva, 2007

EVANS, Christopher & BUTLER, Lee. **Reciprocal Indemnification Agreements in the Oil Industry: The Good, The Bad and The Ugly**, 2010, vol. 77, Defense Counsel Journal 226. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/defcon77&div=22&id=&page=> Acesso em 13 de janeiro de 2021

FAVACHO, Frederico. A Gestão de Conflitos em Contratos Internacionais de Petróleo. **ESDC**. 2012. Disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-243-Artigo_Frederico_Favacho_\(A_Gestao_de_Conflitos_em_Contratos_Internacionais_do_Petroleo\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-243-Artigo_Frederico_Favacho_(A_Gestao_de_Conflitos_em_Contratos_Internacionais_do_Petroleo).pdf). Acesso em 16 nov. 2020.

FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodriguez. **Introducción al Derecho Comercial Internacional**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.

FERREIRA, Lier Pires. **Direito Internacional, Petróleo e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIDIC Rainbow Suite ed. 2017 - Second Edition of Red, Yellow and Silver Books - Disponível em <https://fidic.org/>

GABRIEL, Henry Deeb. **"The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been."** Michigan Journal of International Law, vol. 40, no. 3, HeinOnline, 2019.

GALA, Francisco José Serra Briosa e. **A Tipicidade das Formas Contratuais Atípicas no Comércio Internacional de Petróleo. ICJP.** [s.d.]. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/646-964.pdf> . Acesso em 14 nov. 2020.

GAO, Zhiguo. **International Petroleum Contracts: Current trends and new directions.** Londres: Graham&Trotman Limited, 1994.

GARRO, Alejandro M. **Contract Law in Latin America: Building of a "Latin America" Ius Commune on Contract Law.** in 35 years cisg and beyond- International Commerce and Arbitration. Volume 19. Eleven International Publisher

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de Engineering .** Tese de Doutorado, USP, 2006.

GLOVER, Jeremy. **Force Majeure Under Common Law and the Civil Codes - The FIDIC Form And NEC Contract Compared.** Fenwick Elliott LLP, Aldwych House, p. 71-91 Aldwych, Londres, 2006.

GODWIN, William. **International Construction Contracts: A Handbook.** Estados Unidos da América: Willey-Blackwell, 2013.

GOICOCHEA, Ignacio. **Los instrumentos de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones.** Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión. Año 3, N° 5, 2015.

GORDON, Greg. **Risk Allocation in Oil and Gas Contracts** in Greg Gordon et al (eds) *Oil and Gas law: Current Practice and Emerging Trends* 2 ed, Dundee University, 2011

GOZZI, Elcio Fagundes Marques. Contrato de EPC (Engeneering, Procurement and Construction) e o padrão FIDIC. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004

HALSON, Roger. **Liquidated Damages and Penalty Clauses**. Reino Unido: Oxford University Press, 2018.

HEWITT A. **The Fidic Contracts: Obligations of the Parties; Construction Contracts and Claims Consultant** ; *Hewitt Construction Consultancy*. Chichester, West Sussex, UK: Wiley Blackwell; 2014

HOUGHTON-EVANS, Robert Willian. **Well Built? A Forensic Approach to the prevention, diagnosis and cure of building defects**. Riba Entreprises Ltd. Londres, 2005.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. **Key World Energy Statistics IEA**. 2020. Disponível em <https://www.iea.org/reports/key-world-energy-statistics-2020>. Acesso em 14 nov. 2020.

JOHNSON, Alex. **“Indemnities in Offshore Construction Projects – Do Not Be Shocked by Knock for Knock”** disponível em <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2016/09/construction-and-engineering-update-autumn-2016/construction-and-engineering-update-autumn-2016.pdf> acesso em 22/04/2021.

KANGLES, Nick. **Risk Allocation Provision in Energy Industry Agreements: Are we getting it right?**. Disponível em

<https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/120/120> Acesso em 13 de janeiro de 2021

KATSVIELA, Marel. **Contracts : Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses ?** *Uniform Law Review*, Volume 12, Issue 1, January 2007, Pages 101–119, <https://doi.org/10.1093/ulr/12.1.101>

KLEE, Lucas. ***International Construction Contract Law***. 2nd edition. Reino Unido: Wiley-Blackweell, 2019.

KNUTSON, Robert. ***FIDIC An analysis of International Construction Contracts***. Kluwer Law. Países Baixos, 2005.

KUCINSKI, Bernardo. **Petróleo: Contratos de Risco e Dependência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAVAL, Sarah. ***A Comparative Study of Party Autonomy and Its Limitations in International Contracts***. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, no. 1, HeinOnline,2016.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; GIAZZI, Thiago Cesar. **A utilização de Contratos-Tipo para padronização de Comércio Internacional e a Dignidade da Pessoa Humana como Mitigadora da Autonomia da Vontade**. In: MENEZES, Wagner.(org.)**Direito Internacional em Expansão**. Volume XII. Anais do 15º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Editora Arraes. Belo Horizonte, 2017.

LOUIE, Levonne, **Upstream: Oil and Gas Exploration and Production: An Overview**. 1. ed. Sidney: Citrine Press, 2015.

MANFRÉ, Maurício. **Manual de Gestão do Comércio Internacional: Fundamentos, Estratégia & Ações**. Brasília: Clube dos Autores, 2009.

MARCONDES, Fernando. **O Direito da Construção no Ambiente Internacional**. Almedina, 1 edição São Paulo.2019

MARINANGELO, Rafael; KLEE, Lucas. **Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos**. Editora Pini. São Paulo. Brasil. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Privado: Curso Elementar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEOPHAM, Brian. **FIDIC Conditions of Contract- A Commercial Manual**. Londres: Waterlow Publishers, 1986

MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos Chave na Mão(Turnkey) e EPC(Engineering, Procurement and Construction)- Primeira Aproximação- Conteúdo e Qualificações**, Coleção Direito da Construção-IBDIC, São Paulo, Almedina Brasil, 2019.

MIERS, Christopher. **Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro. Since you Cannot Delay the Olympic Games**. Disponível em: <http://kluwarbitrationblog.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/>

MILLS, Alex. **Party autonomy in private international law**. Reino Unido: Cambrigde University Press, 2018.

MILLS, Alex. **Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance**. 2012.

MORALES, Hada Desiree de. **La Nueva Dinámica del Mercado de Los Commodities**. [S.I.]: Banco Central de Reserva de El Salvador. 2008. Disponível em

<https://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/611872653.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020.

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.

NAGUIB RI. **Claims, disputes and arbitration clauses under fidic red and gold books**. *The international construction law review*. 2016;Vol. 33, No. 2.

OLYAN ,Arnold H.; Taylor John K., **The EPC Contract and the Energy Lawyer**, 44 Alta. L. Rev. 539, 570 (2007) disponível em <https://heinonline.org/> acesso em 10/02/2021

ORGANIZATION OF THE PETROLEUM EXPORTING COUNTRIES. Oil and Gas: The Engine of the World Economy. **OPEC**. 2004. Disponível em: https://www.opec.org/opec_web/en/press_room/900.htm. Acesso em 12 nov. 2020.

PATTERSON, Mark R. “**Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications**” in Willian and Mary Law Review, Vol. 52, 2010 disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3364&context=wmlr> acesso em 20/04/2021

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **A Contemporaneidade dos Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano 1, Número 1, Jan/ Jun • 2000 Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16013429.pdf> acesso em [25/04/2021](https://core.ac.uk/download/pdf/16013429.pdf)

POTHIER, Robert Joseph. **Traité des obligations: selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur**. Paris: J. Scholar Select, 2018.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. e ALMEIDA, Bruno. **A cinemática jurídica global: Conteúdo do direito internacional privado contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, v.1, n.20, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Batalha das Formas e Negociação Prolongada nos Contratos Internacionais**. Em *Contratos Internacionais*, coordenação de João Grandino Rodas. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo- As Joint Ventures na Indústria do Petróleo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá.. **Novos rumos do Direito Internacional Privado. Em: Contratos Internacionais. Entre la libertad de las partes e el control de los poderes públicos**. Direção de Diego P. Fernández Arroyo e José Antonio Moreno Rodríguez. Biblioteca de Derecho de la Globalización: Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina.

RICHARDSON, Lorna. "**Good faith and the duty to co-operate in long-term contracts**". In *Research Handbook on International Commercial Contracts*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020)doi: <https://doi-org.peacepalace.idm.oclc.org/10.4337/9781788971065.00008>

ROBERTS, Peter. **Petroleum Contracts: English Law and Practice** Oxford University Press, 2013.

RODAS, João Grandino. **A Segunda Guerra Mundial Transformou o Direito Internacional** disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-27/olhar->

[economico-segunda-guerra-mundial-transformou-direito-internacional acesso em 21/04/2021](#)

RODAS, João Grandino. **Contratos Internacionais**. 3ª Edição. Revista dos Tribunais. Parte I. **Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais**.

SANTOS, Onofre António Alves Martins dos. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais de Petróleo e Gás**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2014. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Santos-Onofre-Martins-dos-Lei-aplicavel-aos-contratos-internacionais-de-petroleo-e-gas.pdf>. Acesso em 15 nov. 2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **LICITAÇÕES INTERNACIONAIS Participação de Estrangeiros e Licitações realizadas com Financiamento Externo**, Fórum, São Paulo, 2017.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2007

SEPPALA, Christopher R. **Contractor`s Claims under the FIDIC Contracts for Major Works**. Londres: Construction Law Journal, 2005.

SIMMONS, Beth A.; STEINBERG, Richard H. (Ed.). **International Law and International Relations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. Leister, Margareth Anne **em A influência da soft law na formação do direito ambiental**, Revista de Direito Internacional, Volume 12, número2, 2015.

SOYER, Baris e TETTENBORN, Andrew. **Offshore Contracts and Liabilities**. Reino Unido: InformaLaw from Routledge.,1 edição 2015.

STRONG, Cristopher B (Ed.). **The Oil & Gas Law Review**. 4. ed. Londres: Law Business Research Ltd, 2016.

TEIXEIRA, Tiago Manuel Moreira. **Mestrado Integrado em Engenharia Civil - 2012/2013 - Departamento de Engenharia Civil**, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2013

THE RAINBOW SUITE - The 1999 FIDIC suite - Disponível em <https://fidic.org/>

TIMUR Makarov, **Indemnity in the International Oil and Gas contracts: Key Features, Drafting and Interpretation** (CEPMLP, June 2009)

TOLEDO., Leonardo da Silva. (Org.) **“Os Contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual”** in **Direito e Infraestrutura**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017.

UGWUANY, Chijioke S. **‘Examining the exclusionary nature of oil and gas contract mutual indemnity hold harmless clauses’** (2012) I.E.L.R. 136

UNCITRAL. **Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works**. United Nations: Nova Iorque, 1988

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

WATT, Horatia Muir. **Private International Law Beyond the Schism** Transnational Legal Theory, Volume 2, 2011 - Issue 3

YALIM, A. (2019). **Gap Filling in the PICC, CISG, PECL and DCFR. In Interpretation and Gap Filling in International Commercial Contracts**. Intersentia. doi:10.1017/9781780689760.005

ZELLER, Bruno. *Penalty Clauses - What Has Changed*. Pace International Law Review, vol. 30, no. 1. HeinOnline, 2017.

<http://fidic.org/about-fidic> Acesso em 19.08.2019

<http://fidic.org/books/construction-contract-2nd-ed-2017-red-book> Acesso em 19.08.2019

<http://fidic.org/books/epcturnkey-contract-1st-ed-1999-silver-book9> Acesso em 19.08.2019

<http://fidic.org/books/plant-and-design-build-contract-2nd-ed-2017-yellow-book> Acesso em 19.08.2019

<http://fidic.org/books/short-form-contract-1st-ed-1999-green-book> Acesso em 19.08.2019

<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/02e4f9bd/france-relief-provisions-in-construction-contract-suites> Acesso em 19.08.2020

<https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/france> acesso em 18/04/2021

<https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/construction-arbitration/report/usa> acesso em 18/04/2021

<http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Hadley-v-Baxendale.php> acesso em 18/04/2021

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045 acesso em 18/04/2021

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788> acesso em 08/04/2021

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/11/mp-que-impede-responsabilizacao-de-agente-publico-na-pandemia-perde-validade#>. Acesso em 08/04/2021

<https://www.unidroit.org/> acesso em 20/04/2021

<https://brasil.un.org/> acesso em 20/04/2021

<https://www.bimco.org/> acesso em 20/04/21

<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/> acesso em 18/04/2021

<https://www.oecd.org/latin-america/> acesso em 20/04/2021

<https://www.hcch.net/pt/about> acesso em 20/04/2021

<https://uncitral.un.org/en/about> acesso em 20/04/2021

<https://www.iccbrasil.org/quem-somos/icc-brasil/> acesso em 18/04/2021

<https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil> acesso em 18/04/2021

[https://www.ibanet.org/About the IBA/About the IBA.aspx](https://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx) acesso em 18/04/2021.

<https://www.ibanet.org/> acesso em 18/04/2021