



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Alexandre Sales Cabral Arlota

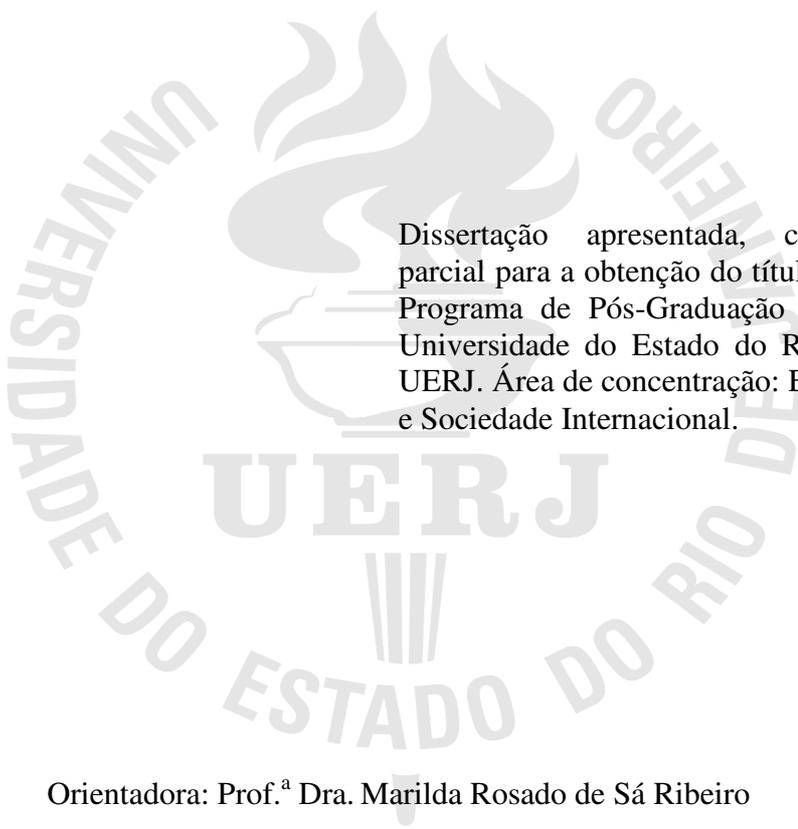
**A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC - *Silver*
Book para contratos EPC**

Rio de Janeiro

2013

Alexandre Sales Cabral Arlota

A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC – *Silver Book* para contratos EPC



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

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

Rio de Janeiro

2013

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

A725 Arlota, Alexandre Sales Cabral.

A estandardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC -
Silver Book para contratos EPC / Alexandre Sales Cabral Arlota. – 2013.
113 f.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

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

CDU 341

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

Assinatura

Data

Alexandre Sales Cabral Arlota

A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC – *Silver Book* para contratos EPC

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

Aprovada em 12 de agosto de 2013.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Daniel Gruenbaum

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Bruno Rodrigues de Almeida

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

À Luana, pelo amor e apoio incondicionais. Sem você, nada teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe - a certeza do seu amor sempre foi a fortaleza para seguir adiante.

Ao meu pai, exemplo de coragem, empreendedorismo e tantas outras virtudes.

À minha irmã, a quem prometo não mais usar a desculpa da distância física para fugir à dor que é pouco vê-la, e à alegria que é vê-la, apesar de pouco.

À Professora Doutora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, cuja vocação apaixonada com que exerce o sacerdócio universitário acalentou em mim o sonho acadêmico.

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pelas pessoas que formam essa instituição, e pelo que tenho vivido aqui, há 10 anos...

A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.

Sérgio Buarque de Holanda

RESUMO

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A estandardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC - *Silver Book para contratos EPC***. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

No presente trabalho acadêmico se apresentarão as principais características do processo de globalização, passando-se à exposição da relevância do Direito Comparado, até se chegar à análise da adoção de modelos internacionais de contratos como esforço uniformizador, de modo a reduzir riscos e a minorar custos de transação. Na sequência, investigar-se-á o modelo contratual EPC (acrônimo das palavras inglesas *Engineering, Procurement and Construction* - Engenharia, Gestão de Compra e Construção), originário da prática anglo-saxã, focando-se na análise e na qualificação tipológica do Contrato EPC, comparando-o com institutos existentes na legislação brasileira. Delinear-se-á o contexto de disseminação do Contrato EPC no exterior e sua consolidação no Brasil, amparadas, em larga medida, na necessidade de que - em vultosos projetos de infraestrutura, sobretudo em áreas de investimento em relação às quais os empreendedores desconheçam o ambiente regulatório e a realidade socioeconômica - se tenha estatuto privado a transladar ao construtor a maior parte dos riscos atinentes a serviços complexos de engenharia. Enfrentar-se-ão as características essenciais deste modelo contratual, tomando-se como padrão o *Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - general conditions, guidance for the preparation of particular conditions, forms of letter of tender, contract agreement and dispute adjudication agreement*, recomendado pela *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* - FIDIC. Apresentar-se-á como o direito estrangeiro equilibra a assunção dos riscos pelo construtor (*Contractor* ou *Builder*), inclusive aqueles, referentes a eventos não antecipáveis (*unforeseen risks*), inobstante a preservação pelo contratante (*Owner*) de lato poder de monitoramento e fiscalização (*overseeing attributions, key personnel and contract manager approval, step-in rights*).

Palavras-chave: Globalização. Harmonização. Estandarização contratual. Contratos internacionais. Contrato EPC. Tipologia. Riscos.

ABSTRACT

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **The standardization of international contracts and the FIDIC – Silver Book model for EPC contracts**. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

In this scholarly work the main features of the globalization process will be outlined, inasmuch as the relevance of Comparative Law. The adoption of international standardized models of contracts will be addressed as part of a harmonization effort, in order to reduce risks and minimize transaction costs.

Further, the EPC contract model (acronym for *Engineering, Procurement and Construction*), originated in the Anglo-Saxon practice, will be analyzed, with focus on the typological classification of the EPC Contract, comparing it with existing institutes in the Brazilian Law. Also comprising the present study is the contextualization of the EPC Contract's dissemination abroad and its consolidation in Brazil, supported - to a large extent - by the need to clearly allocating risks in complex construction and infrastructure projects, especially in those areas in which entrepreneurs are unaware of the regulatory environment and the surrounding socioeconomic reality.

The main features of the EPC contract will be addressed, in consideration of the *Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - General Conditions, Guidance for The Preparation of Particular Conditions, Forms of Letter of Tender, Contract Agreement and Dispute Adjudication Agreement*, recommended by the *Fédération Internationale des Conseils Ingénieurs - FIDIC*.

It will also be highlighted the balancing by the foreign law between the assumption of risks by the Contractor (or Builder), including those referring to unforeseen risks, and the keeping by the Owner of broad monitoring and supervision prerogatives (such as overseeing attributions, key personnel and contract manager approval, step-in rights).

Keywords: Globalization. Harmonization. Contractual standardization. International contracts. EPC model. Typology. Risks.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 A GLOBALIZAÇÃO | 13 |
| 1.1 Contextualização | 13 |
| 1.2 Desconcentração Concentrada e a Criação de Novas Diferenças | 16 |
| 1.3 Características da Contemporaneidade e o Direito | 19 |
| 2 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO COMPARADO | 23 |
| 2.1 Desparoquialização | 23 |
| 2.2 Espectro da Análise – Superando o Direito Positivo | 24 |
| 2.3 Manifestações Tradicionais do Direito Comparado e a Tendência Atual | 27 |
| 3 ESTANDARDIZAÇÃO CONTRATUAL | 34 |
| 3.1 Enquadramento do Contrato Internacional | 34 |
| 3.2 Definição do Contrato Internacional e Elementos de Conexão - a Internacionalidade Empiricamente Verificada | 37 |
| 3.3 O Contrato Internacional como Fato Social | 44 |
| 3.4 Ordem Pública - Paradigma de Controle | 47 |
| 3.5 A Standardização dos Contratos Internacionais e a Atuação da FIDIC | 49 |
| 4 O CONTRATO EPC | 56 |
| 4.1 Apresentação | 56 |
| 4.2 Riscos | 64 |
| 4.3 Natureza Jurídica Segundo o Direito Brasileiro | 67 |
| 4.4 Tipologia | 70 |
| 4.5 Aproximação e Distinção de Outros Contratos Típicos do Direito Brasileiro | 72 |
| 4.6 Empreitada | 76 |
| 4.7 Empreitada de Obra Pública | 82 |
| 5 VEDAÇÃO AO ABUSO DE DIREITO E AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO; E APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO | 86 |
| 5.1 Afastando-se a Simplificação | 86 |
| 5.2 Abuso de Direito e Comportamento Contraditório | 86 |
| 5.2.1 <u>Arguição do abuso de direito e do comportamento contraditório para a mitigação de disposições do contrato EPC</u> | 91 |

| | |
|---|------------|
| 5.3 Teoria da Imprevisão..... | 93 |
| 5.3.1 <u>Aplicação da teoria da imprevisão aos contratos EPC.....</u> | 99 |
| CONCLUSÃO..... | 103 |
| REFERÊNCIAS..... | 106 |

INTRODUÇÃO

O adensamento do processo de internacionalização, experimentado nas últimas décadas, marcado pelo aumento do comércio e pelo incremento dos fluxos de investimento, implicou no aprofundamento da interdependência entre os diferentes povos.

Este processo, ao qual se convencionou chamar de *globalização*, traduz-se na difusão de elementos de *estranheidade*, a permear as relações interpessoais. Com maior frequência, observam-se relações atípicas – situações da vida privada que apresentam alguma característica estrangeira; rompendo, assim, com a ficção de tipicidade ou de normalidade associada a vínculo exclusivo com dado Estado. A pluralidade se assevera, então, como corolário da internacionalização contemporânea, sobretudo a multiplicidade de vínculos obrigacionais, a ligar uma mesma pessoa (física ou jurídica) a ordenamentos jurídicos diferentes.¹

Os contratos são, essencialmente, o regime a que os particulares recorrem para estabilizar o relacionamento privado, regulando condutas e omissões, direitos e obrigações.² A internacionalização, ao contaminar todos os aspectos da vida humana, afeta, também, os contratos.³ Não raro, adota-se modelo que incorpore institutos de mais de um ordenamento, para que se acomode o interesse de cada parte.⁴

O uso de *standards* contratuais, cunhados por instituições internacionais especializadas, é uma das muitas manifestações do processo de uniformização do Direito. A

¹ MARQUES, Cláudia Lima, *Ensaio para uma Introdução ao Direito Internacional Privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 331.

² Caio Mário da Silva Pereira insere os contratos no contexto civilizatório, de superação das diferenças: "Paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato uma outra civilizadora em si, e educativa. Aproxima ele os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admitiu a possibilidade de obter o necessário pela violência, não pode apurar o senso ético, que somente veio a ganhar maior amplitude quando o contrato convenceu das excelências de observar normas de comportamento na consecução do desejado. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 13. Esse pensamento é a própria base da teoria social de Hobbes, e outros autores, a quem não por acaso, convencionou-se chamar *contratualistas*, com a diferença de que, nas teorias políticas contratualistas, o contrato é o modelo de representação da própria vivência gregária do ser humano, optando ele pela sociedade, e não pelo caos.

³ "Autores brasileiros e estrangeiros têm, efetivamente, envidado esforços visando à conceituação do contrato internacional em virtude de sua inegável importância para o comércio exterior, considerando que o traço que o diferencia de um contrato de Direito interno é um elemento de estraneidade [...] que pode ligá-lo a mais de um sistema jurídico." NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 8.

⁴ "Os contratos internacionais apresentam em relação aos contratos do Direito Interno a característica de estar submetidos a mais de um direito." BASSO, Maristela. *Comércio Internacional. A boa-fé na execução dos contratos internacionais*. In CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista. p. 91.

partir de tal patamar se busca conferir um mesmo conjunto de normas genéricas a feixe de obrigações similar. Embora esse método suporte críticas, como aquelas atinentes à desconsideração das particularidades dos diferentes sistemas jurídicos e das bases sociais que os sustentam⁵, a padronização contratual oferece conforto às partes estrangeiras, as quais encontram, nos países hospedeiros, realidade normativa substancialmente distinta.

A linha que permeará todo o trabalho será a da análise crítica, sempre amparada na percepção de que a globalização é impulsionada por forças homogeneizantes - isto é, movimentos de mitigação ou, mesmo, de desconsideração de diferenças; e, simultaneamente, por forças heterogeneizantes, a impor novas distinções.

Ao longo da dissertação, espasar-se-á o entendimento de que é salutar o esforço convergente, representado pela construção de rol mínimo de normas comuns, outorgando-se segurança jurídica às relações privadas. Não obstante, traçar-se-ão as consequências negativas resultantes do comportamento meramente mimético, destituído de investigação em relação ao significado que determinado instituto tenha em diferentes realidades normativas e sociais.

Incluindo este capítulo introdutório, a presente dissertação será composta por 7 (sete) capítulos: na sequência da contextualização, aqui apresentada; o segundo capítulo discorrerá sobre a globalização, interpretando-a como manifestação presente de fenômeno imemorial de internacionalização da atividade humana. Serão analisados, entre outros, os conceitos de contemporaneidade e estraneidade. O terceiro capítulo ocupará da importância do Direito Comparado, diferenciando a micro e a macrocomparação, além de discorrer sobre a necessidade de que o espectro da análise comparativa seja amplo, para que transborde o direito positivo e alcance o estudo da realidade em que os conceitos e as normas são cunhados e aplicados. No quarto capítulo, apresentar-se-á a standardização contratual como tendência reforçada hodiernamente, isto é, a adoção de modelos-padrão de contratos, desenvolvidos por instituições internacionais, de modo a mitigar riscos em países hospedeiros. A ordem pública será, então, definida como paradigma de controle em relação ao acolhimento e à aplicação de institutos estrangeiros. Ainda no quarto capítulo, contextualizar-se-á a adoção do Contrato EPC, explicitando sua relevância atual como modelo preferencial a construções complexas e

⁵ "Essa diversidade cultural é que fez com que os contratos de efeitos internacionais tivessem uma redação e cláusulas típicas que os tiram do contexto de um sistema jurídico. Mesmo quando os contratos contêm a referência a determinado direito - por exemplo quando há cláusula de escolha de lei - isto não quer dizer que o contrato se tornou igual a qualquer contrato de efeitos internos naquele país. Não, o contrato conserva a sua originalidade que lhe é dada pela internacionalidade de seus efeitos e que obriga a interpretá-lo segundo usos e costumes que devem ser integrados ou coordenados com o direito escolhido entre as partes. Dessa forma a interpretação pode divergir daquela dada a outro contrato similar, mas de efeitos puramente locais. E não só a interpretação será diferente como a conduta das partes, mas também porque elas estão agindo em outro contexto." Idem. p. 93.

obras de infraestrutura. No quinto capítulo analisar-se-á o enquadramento tipológico do Contrato EPC, comparando o tratamento dado alhures, com aquele dispensado pelo direito nacional. A tese de que o Contrato EPC possa se classificado no Direito Brasileiro como contrato atípico, assemelhado ao *contrato de empreitada*, será o mote central do referido capítulo. O sexto capítulo debruçar-se-á sobre o controle dispensado pela ordem pública nacional e a eventual relativização de características do Contrato EPC, notadamente: (i) a transferência dos riscos da obra ao construtor, em face das inúmeras prerrogativas de controle e fiscalização atribuíveis ao contratante, sobretudo em face de eventual arguição de comportamento contraditório e/ou abuso de direito por parte do contratante; e (ii) a aplicação da teoria da imprevisão, como moduladora da assunção, pelo construtor, dos riscos não antecipáveis. O sétimo capítulo será destinado às conclusões do trabalho.

1 A GLOBALIZAÇÃO

1.1 Contextualização

Ao contrário do que uma percepção superficial possa indicar, a globalização não se constitui como fenômeno recente; sendo, em verdade, o desdobramento de processo imemorial de internacionalização da atividade humana.⁶

A introdução de novos meios de comunicação e transporte, bem como o incremento da dinamicidade daqueles já existentes, durante a transição do século XIX para o XX, permitiu a intensificação dos fluxos de bens, pessoas e informações. Após a segunda metade do século XX, o aprofundamento do desenvolvimento tecnológico levou ao paroxismo a tendência historicamente observada de interconexão entre os povos.⁷

Inclui-se, nas principais repercussões da aceleração do contato entre diferentes nações e territórios, o forjar de uma nova divisão internacional do trabalho: se, no passado, as economias de aglomeração foram preponderantes para o sucesso da onda industrializante,

⁶Para Rudolph Dolzer e Christoph Schreuer, a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais marcaram o refluxo de intensa onda de internacionalização da economia, a qual seria retomada apenas em 1945: Tradução livre do autor. "Generalizando-se, o papel e a importância dos investimentos internacionais aumentaram, na modernidade, em duas grandes ondas. Na primeira, de 1870 a 1914, uma nova dimensão de mobilidade internacional levou ao crescimento dos investimentos internacionais. Em uma perspectiva legal, essa profunda alteração foi acompanhada por leis internas, que abriram as fronteiras econômicas, sobretudo em face da ausência de acordos internacionais, os quais se limitavam às telecomunicações e à facilitação do transporte, essa primeira onda fundou-se na mudança da dinâmica de relacionamento entre as economias nacionais. Esse primeiro período moderno de internacionalização econômica foi suspenso em 1914, pela I Guerra Mundial e os subsequentes problemas econômicos da década de 1920; e, depois, pela II Guerra Mundial. Após 1945, o ritmo de investimentos estrangeiros se acelerou lentamente e chegou a um primeiro pico nos anos de 1990, quadruplicando entre 1990 e 2000, novamente estimulados pelo desenvolvimento tecnológico e pela redução dos custos de transporte." DOLZER, Rudolph e SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. p. 01. Outros autores identificam as décadas de 1910 a 1950 como um interlúdio protecionista no processo de internacionalização, o qual remeteria a séculos anteriores: "Globalists regard the forty-year interlude of protectionism (c. 1910-1950) as a temporary detour from a longer historical trend towards the construction of a single integrated world economy [...]. From this perspective [...] contemporary economic globalization continues the universalizing project of modernity launched several centuries ago." BAYLIS, John; SMITH, Steve e OWENS, Patricia. *The Globalization of World Politics*. p. 455. Também para Franz Benda-Beckman, Keebet Von Benda-Beckman e Anne Griffiths, o atual incremento dos laços internacionais é resultado de longa trajetória, que remonta à Antiguidade Clássica. Para os autores, a leitura histórica permite entender a globalização como o desdobramento de um processo que, embora marcado por influxos, não constitui fenômeno singular da contemporaneidade. BENDA-BECKMAN, Franz; VON BENDA-BECKMAN, Keebet Von e GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. In. Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World.

⁷ "A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista." SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 17.

amplamente dependente da proximidade a mercados consumidores, a centros produtores de energia e a locais concentradores de mão de obra disponível; na atual fase de internacionalização, tornou-se possível a descentralização espacial da produção – a qual se orienta, precipuamente, pela busca de maior flexibilidade trabalhista, ambiental e fiscal.⁸

Além de promover uma frouxidão regulatória, os Estados se lançam ao oferecimento de vantagens locais. Nessa busca ativa por se tornar o destino preferencial de dada parcela de capital, promove-se ferrenha competição, e desestruturam-se os laços de solidariedade que, antes, ligavam diferentes territórios e/ou unidades políticas a um Estado ou comunidade.

Ao Estado caberá conceber arranjos institucionais e socializar os custos de infraestrutura e de segurança necessários ao funcionamento de setores inseridos na economia globalizada. Uma prova disso é a promoção por Estados nacionais da 'guerra dos lugares'. É hoje algo comum, com governos a oferecerem vantagens fiscais e locais diversas para a implantação de investimentos e capitais externos às cidades, regiões e países.⁹

Se, por um lado, esse novo arranjo, denominado de *pós-fordista*, permite a produção maciça de bens industriais nos países periféricos, não se mostrou o mesmo capaz de estimular o equilíbrio entre os povos. Inobstante o vetor homogeneizante que se propõe a revelar áreas distantes¹⁰, evidenciando suas potencialidades de produção, incluindo-as no mercado global, a inserção da periferia se dá, com frequência, de forma subordinada e hierarquizada, conforme acurada crítica de Milton Santos.

Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas.¹¹

O meio técnico-científico-informacional não se impõe igualmente sobre o território [...] cada ponto do território modernizado é chamado a oferecer aptidões específicas

⁸ "Countless discussions of globalization have highlighted its economic aspects. For example, Milton Friedman, a Nobel-Prize-winning economist, remarks that it has become possible to produce a product anywhere, using resources from anywhere, by a company located anywhere". BAYLIS, John; SMITH, Steve e OWENS, Patricia. *The Globalization of World Politics*. p. 452.

⁹ PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 872 e 873.

¹⁰ "A cognoscibilidade do planeta constitui dado essencial à operação das empresas e à produção do sistema histórico atual." SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 33. Em trecho seguinte da mesma obra, o autor retoma essa ideia: "A vida assim realizada por meio dessas técnicas é, pois, cada vez menos subordinada ao aleatório e cada vez mais exige dos homens comportamentos previsíveis." Idem. p. 63.

¹¹ Idem. p. 19.

à produção. É uma nova divisão territorial, fundada na ocupação de áreas até então periféricas e na remodelação de regiões já ocupadas.¹²

Por concentrarem a produção de conhecimento técnico e científico, os países centrais mantêm-se como os mais relevantes pontos de conexão na estrutura internacional. Descentraliza-se a produção; mas, não, a riqueza. Similarmente, o poder de mando continua a ser irradiado do centro – ou sede – do ator econômico, e não de suas filiais, espalhadas pelo mundo. Assim, subsiste a diferença entre os “locais que mandam e aqueles que obedecem”.¹³

Não obstante os reiterados esforços dos países hospedeiros em refinar sua legislação interna e desenvolver novas modalidades de atração do capital estrangeiro – inclusive a partir do aporte direto de capital público para o estabelecimento da infraestrutura necessária à ação do ente estrangeiro - há dificuldades na ruptura do caráter circunstancial e na permanência dos investimentos vindos do exterior. A seletividade das fronteiras nacionais, porosas aos voláteis fluxos financeiros, e rígidas aos demais, promove uma ação disruptiva e privilegia a especulação improdutiva.¹⁴

Mais que isso, há subversão do papel do Estado, o qual, como defende João Eduardo de Alves Pereira, pretere o bem-estar da população local e dedica-se à criação de aptidões no território para as transnacionais.

A economia atual necessita de áreas contínuas, dotadas de infraestrutura coletivas, unitárias, realmente indissociáveis quanto ao seu uso produtivo. Mas esse equipamento chamado coletivo é, na verdade, feito para serviço de empresas hegemônicas. Construídas com dinheiro público, essas infraestruturas aprofundam o uso seletivo do território, deixando excluída ou depreciada a maior parte da economia e da população.¹⁵

¹² SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. *O Brasil, Território e Sociedade no Início do Século XXI*. p. 105.

¹³ “Se a produção se fragmenta tecnicamente, há, de outro lado, uma unidade política de comando. Essa unidade política de comando funciona no interior das firmas, mas não há propriamente uma unidade de comando no mercado global. Cada empresa comanda as respectivas operações dentro da sua respectiva topologia, isto é, do conjunto de lugares de sua ação, enquanto a ação dos Estados e das instituições supranacionais não basta para impor uma ordem global.” Idem. p. 27. Em outro trecho da mesma obra: “Levando-se em consideração o acúmulo de funções diretoras em certos lugares e a sua falta na maioria dos demais, será lícito admitir que há espaços que comandam e espaços que obedecem? [...] pode-se dizer que há espaços que comandam e espaços que obedecem, mas o comando e a obediência resultam de um conjunto de condições [...]” Idem. p. 264 e 265.

¹⁴ SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 83 e 84.

¹⁵ PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 884.

Habitualmente, o capital não se fideliza ao território, e segue obedecendo às diretrizes emanadas dos centros. As transnacionais¹⁶, destituídas de lealdade aos locais em que atuam, emergem, então, como um dos principais veículos desta onda de desconcentração espacial da produção.

Os lucros, por sua vez, revertem-se da periferia ao centro tradicional (Estados Unidos, Europa e Japão), com a admissão de alguns poucos membros (China, Coréia do Sul, Cingapura e outras economias emergentes do Sudeste Asiático).

1.2 Desconcentração Concentrada e a Criação de Novas Diferenças

Se o desejo homogeneizante das forças econômicas expande, com sucesso, a sociedade de consumo, implicando na reprodução de modelos comportamentais cunhados nos países centrais, a que se associa a desconstrução de formas sociais tradicionais, esse processo não se dá na mão única da uniformização. Paralelamente, aprofundam-se diferenças pré-existentes e criam-se outras, amparadas, sobretudo, na difusão assimétrica das técnicas.¹⁷

Não se pode deixar de reconhecer que dos centros de onde partem os principais vetores de uniformização - ao mesmo tempo em que transformam o mundo à sua imagem e semelhança - são também moldados por influências que lhe são alienígenas. Tampouco se

¹⁶ Seguimos a linha capitaneada por Celso D. de Albuquerque Mello, também eleita por outros ilustres autores, para quem a adoção do termo *transnacional* justifica-se, porquanto há uma nacionalidade da sede controladora. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. p. 105 e RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 465.

¹⁷ Apesar de reconhecer a potencialidade de homogeneização, Milton Santos defende que a difusão seletiva de técnicas pelo território resulta no aprofundamento de diferenças já existentes e no estabelecimento de novas: "Os homens não são igualmente atores desse tempo real. Fisicamente, isto é, potencialmente, ele existe para todos. Mas efetivamente, isto é, socialmente, ele é excludente e assegura exclusividades, ou, pelo menos, privilégios de uso. Como ele é utilizado por um número reduzido de atores, devemos distinguir entre a noção de fluidez potencial e a noção de fluidez efetiva. Se a técnica cria aparentemente para todos a possibilidade da fluidez, quem, todavia, é fluido realmente?" SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 28 e 29. Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Bruno Almeida também tratam da globalização como estimuladora de novas diferenças: "Outro aspecto corriqueiramente atribuído a esta conjuntura é a chamada 'eliminação das fronteiras', pressupondo a criação de um novo cenário mundial onde os indivíduos estariam cada vez mais próximos. Os valores imbuídos em expressões amplamente utilizadas tais como 'aldeia global' ou 'comunidade internacional' podem levar à conclusão equivocada de que este processo seja natural ou de que não tenha contribuído para o agravamento dos problemas existentes na ordem mundial hodierna." RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; e ALMEIDA, Bruno. de. *Do Conflito Aparente de Normas no Espaço à Cinemática Jurídica Global: Conteúdo do Direito Internacional Privado Contemporâneo*. p. 5.

pode dizer que toda e qualquer área periférica habilitar-se-á à integração, ainda que subordinada, na ordem econômica internacional: apenas as regiões em que se difundem os meios técnicos tornar-se-ão aptas a receber os investimentos estrangeiros, criando, a partir de um processo de *desconcentração-concentrada*, macroáreas receptoras de investimento. Isto é, apesar de as novas técnicas se espalharem pelo território de forma mais ampla que no passado, persiste uma tendência de concentração nas regiões tradicionais, pois lá é o território mais apto a responder às demandas dos atores externos. Sobre essa dinâmica, posicionam-se Milton Santos e Maria Laura Silveira.

Como em todos os períodos, o novo não é completamente difundido no território. Todavia os objetos técnico-informacionais conhecem uma difusão mais generalizada e mais rápida do que os objetos técnicos de pretéritas divisões territoriais do trabalho. A área de abrangência dos objetos atuais e das ações associadas é mais ampla. Isso não impede que tantos objetos como ações modernas tendam a concentrar-se em certos pontos e áreas do país. Eis uma das interpretações possíveis da existência, de um lado, de uma Região Concentrada, de apenas manchas e pontos desse meio técnico-científico-informacional, mais ou menos superposto a outras divisões territoriais do trabalho [...].¹⁸

A interconexão entre os diferentes pontos espaciais se dá por meio de redes sobrepostas (ligação reticular), que se conectam aos centros.¹⁹ Assim, a admissão de pontos esparsos de dado território à ordem global pode, ao mesmo tempo, aprofundar o alijamento dos demais – aos quais as modernas técnicas não alcançaram. Conseqüentemente, a globalização suscita e se manifesta por tendências contraditórias, permitindo a conexão de diferentes áreas e a virtual supressão das distâncias; mas, alienando outros tantos territórios.²⁰

Com a globalização são instalados numerosos nexos extravertidos, na medida em que, havendo a política econômica deixado de privilegiar o mercado interno, a necessidade de exportar conduz a uma lógica competitiva que vai privilegiar relações externas comandadas pelas empresas globais responsáveis pela demanda.

¹⁸ SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 140.

¹⁹ OLIVEIRA, Henrique Altemani e LESSA, Antônio Carlos. *Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação*. p. 5.

²⁰ “Essas técnicas da informação (por enquanto) são apropriadas por alguns Estados e por algumas empresas, aprofundando assim os processos de criação de desigualdades.” SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 39. “Em nossa época, o que é representativo do sistema de técnicas atual é a chegada da técnica da informação, por meio da cibernética, da informática, da eletrônica. Ela vai permitir duas grandes coisas: a primeira é que as diversas técnicas existentes passam a se comunicar entre elas. A técnica da informação assegura esse comércio, que antes não era possível. Por outro lado, ela tem um papel determinante sobre o uso do tempo, permitindo, em todos os lugares, a convergência dos momentos, assegurando a simultaneidade das ações e, por conseguinte, acelerando o processo histórico. [...] Quando um determinado ator não tem condições para mobilizar as técnicas consideradas mais avançadas, torna-se, por isso mesmo, um ator de menor importância no período atual.” Idem. p. 25

Na medida em que, com o mercado chamado global, cada empresa busca satisfazer-se nos lugares onde as respostas aos seus clamores é mais adequada, tal demanda é errática e o território passa a ter, nas áreas atingidas por esse tipo de relações, uma dinâmica [...] que é também alienada, já que não precisa ter correspondência com os interesses da sociedade local ou nacional. Novas formas de compartimentação do território ganham relevo e são capazes de impor distorções ao seu comportamento: são as novas caras da fragmentação territorial.²¹

O fato de que aqueles pontos, que se ligam às redes internacionais, obedeçam, quase que instantaneamente, aos interesses externos - funcionando a partir de motivações exógenas - implica na ruptura da integração no seio social.²²

Não por acaso, recrudesceram, nas últimas décadas, movimentos emancipacionistas como o Separatista Basco, dirigido à formação de um Estado Catalão. Em apertada simplificação, observa-se a superveniente incapacidade de determinadas áreas identificarem-se com outras que compõem um mesmo território.²³ O próprio terrorismo poderia ser interpretado, sob essa ótica, como movimento de reação à tendência uniformizadora contemporânea de imposição dos valores ocidentais e, por conseguinte, da dissolução de tradições históricas.²⁴

Há, portanto, umbilicalmente associada ao movimento de unificação de mercado a fragmentação territorial. Nesse sentido, contrapõem-se aos vetores homogeneizantes

²¹ SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. *O Brasil, Território e Sociedade no Início do Século XXI*. p. 254.

²² "A globalização traz uma tendência de fragmentação territorial, segregando áreas, cidades e regiões ricas e modernizadas daquelas que vão se tornando cada vez mais pobres e incapazes de acompanhar um mundo marcado, entre outros aspectos, pelo crescente poder da mídia internacional. Isto atinge diretamente o Estado nacional, que pode assistir ao surgimento de forças centrífugas que põem em risco sua integridade." PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 872 e 873.

²³ O impulso a racionalidades externas, em detrimento de uma visão localista, é, com extrema propriedade, denominado por Milton Santos de *esquizofrenia do território*: "O território tanto quanto o lugar são esquizofrênicos, porque de um lado acolhem os vetores da globalização, que neles se instalam para impor sua nova ordem, e, de outro lado, neles se produz uma contra-ordem [...]." SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 114.

²⁴ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. p. 94 a 96. Especificamente sobre a Revolução Iraniana e o aprofundamento do fundamentalismo religioso, Henrique Altemani de Oliveira e Antônio Carlos Lessa expõem: "O Irã significou um desafio para o Ocidente sobretudo pela sua capacidade de congregar grande número de pessoas identificadas com o fundamentalismo islâmico e por ter assumido um caráter declaradamente antiocidental. Isso se deve ao fato de que por muito tempo o destino do Irã e de todo o Oriente Médio foi determinado a partir de fora, sob influência europeia e norte-americana. Ademais, a Revolução foi francamente uma reação associada a uma profunda rejeição aos valores relacionados ao Ocidente. Mas não é só isso. O objetivo dos aiatolás era também purificar o próprio mundo islâmico." In. OLIVEIRA, Henrique Altemani e LESSA, Antônio Carlos. *Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação*. p. 112.

manifestações de rejeição e resistência, irredentas à desestabilização das formas de vida tradicionais.²⁵

1.3 Características da Contemporaneidade e o Direito

O primeiro elemento da sociedade pós-moderna que afeta o Direito é a pluralidade ou o pluralismo: pluralidade de sujeitos, pluralidade de agentes no mercado, pluralidade de vínculos obrigacionais.²⁶

Neste sentido, mesmo uma família, descrita como *típica* - aquela formada por pessoas de uma só nacionalidade, domicílio em um só país, adeptas de uma só religião, criadas em uma só cultura, a manter contato aparente com um só Estado soberano – seria, na visão atual, uma pluralidade, face aos diferentes sujeitos que a integram e aos interesses e direitos que ali coexistem e, por vezes, colidem. Há, ainda, relações outras, as quais apresentam elementos de internacionalidade, a romper a ficção de tipicidade ou normalidade do vínculo com um único Estado ou dado ordenamento jurídico. De fato, o incremento da internacionalidade traduz-se na difusão desses elementos de *estranheidade* a permearem as relações interpessoais; sendo que, com maior frequência, observam-se as chamadas relações atípicas.²⁷

Em adição à aplicação de regras de diferentes ordenamentos jurídicos, justificável, e até recomendável; ressalta-se, em meio a relações que crescentemente comportam elementos internacionais, outra característica: a emergência de novos atores, capazes de contrair obrigações e de titularizar direitos no plano internacional, sendo – portanto – reconhecidos como sujeitos de Direito Internacional.²⁸

²⁵ “Com a globalização, todo e qualquer pedaço da superfície da Terra se torna funcional às necessidades, usos e apetites de Estados nesta fase da história. [...] Redefinida em função das características de uma época, a compartimentação atual distingue-se daquela do passado e frequentemente se dá como fragmentação. [...] Já a fragmentação revela um cotidiano em que há parâmetros exógenos, sem referência ao meio.” SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 81.

²⁶ JAYME, Erik. *Curso de Haia de 1995 - Identité Culturelle et Intégration: Le Droit Internationale Privé Postmoderne*.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *Ensaio para uma Introdução ao Direito Internacional Privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 319-350.

²⁸ “A sociedade internacional [...] ilustra a dimensão internacional das normas jurídicas do direito interno, e abriga inter-relações entre empresas e diferentes Estados”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Parecer sobre a*

O resgate de concepção *privatista*, em oposição a uma teorização meramente estatal, passa pela readoção sistemática da expressão *Direito das Gentes*, a qual remonta à designação romana *Ius Gentium*²⁹ - usada para tratar dos temas atinentes ao Direito Internacional. Frise-se, ainda na Antiguidade Romana, em uma realidade em que não havia Estados, as normas internacionais referiam-se essencialmente a questões individuais. Após a enunciação da soberania estatal como postulado básico, na Paz de Westfália³⁰, e o subsequente nascimento dos Estados nacionais no pós-Revolução Francesa, o Direito Internacional passou a tratar fundamentalmente das questões estatais, reconhecendo-se apenas o Estado como destinatário de normas no plano internacional. Na transição do século XIX para o XX e, em especial, após a derrota dos regimes nazifascistas, em 1945, a partir de quando se difundiram os Direitos Humanos, passou-se a reconhecer a voluntariedade e o poder de outros atores, a exemplo dos indivíduos, a moldar o plano internacional.³¹⁻³²⁻³³

Oitava Rodada de Licitações. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). Novos Rumos do Direito do Petróleo. p. 24.

²⁹ “Os romanos tinham um profundo respeito pela organização e pelas leis. O direito unia todo o império e era um ponto de referência essencial para todos os habitantes desse gigantesco domínio. O direito romano primitivo (o *jus civile*) aplicava-se somente aos cidadãos romanos. [...] O *jus civile* era totalmente incapaz de fornecer uma estrutura adequada a uma nação em expansão e desenvolvimento. Essa necessidade foi atendida pela criação e progressiva ampliação do *jus gentium*, que fornecia normas simplificadas para governar as relações dos cidadãos romanos com os estrangeiros e destes entre si.” SHAW, Michael N. *Direito Internacional*, trad. Br., Marcelo Bandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antonio de Oliveira Sette-Câmara, rev. Marcelo Brandão Cipolla. p. 205.

³⁰ A Paz de Westfália pôs fim, em 1648, à Guerra dos Trinta Anos, lançando as bases para o moderno sistema estatal europeu.

³¹ “[...] a perda de exclusividade da ação internacional do Estado, o desafio que este passou a enfrentar com a emergência de outros atores políticos, como as ONGs, os grupos de interesses internacionais, as internacionais religiosas e as grandes corporações internacionais, bem com de outros sujeitos de direito na ordem pública mundial, como o ser humano individualmente e as organizações internacionais, acentuando que a compreensão desse quadro pós-Westfália só se daria numa perspectiva multidisciplinar.” PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 884.

³² “[...] os indivíduos compõem o conceito contemporâneo de Direito Internacional Público, ao lado dos Estados e das Organizações Internacionais intergovernamentais. A condição dos indivíduos como detentores de personalidade jurídica internacional é uma das mais notáveis conquistas do Direito Internacional Público do século XX, lograda em decorrência do processo de desenvolvimento e solidificação dos Direitos Humanos. [...] Não vemos como pode ser negada a personalidade jurídica internacional dos indivíduos atualmente, principalmente levando-se em conta o ocorrido após a eclosão da Segunda Guerra quando os indivíduos passaram a ter direitos próprios, estranhos às normas endereçadas aos Estados, tendo sido dotados, inclusive, de instrumentos processuais para vindicar e fazer valer seus direitos no plano internacional.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 343.

³³ Embora exista uma redefinição do papel estatal, a exemplo da flexibilização da soberania – definida por Celso D. de Albuquerque Mello como um feixe de competências que o Estado possui e lhe é dado pela ordem jurídica internacional, o Estado subsiste como ator decisivo; não se podendo concordar com a concepção de *morte do Estado*. Entre outros, Samuel Pinheiro Guimarães rechaça a concepção do ocaso estatal: “A despeito dos argumentos sobre o gradual desaparecimento do Estado e de sua substituição por organizações não-

Não foram, porém, os indivíduos os únicos atores a se destacar internacionalmente nesta *globalização*: em relação às empresas transnacionais, faz-se imperioso chamá-las à responsabilização³⁴, porquanto funcionam e obedecem a uma ótica própria - desterritorializada e desconexa da racionalidade dos locais em que agem.

Atuam, a partir de uma política externa própria, cunhada pelos interesses do centro de comando, onde se localiza a matriz, lançando-se aos demais mercados e segmentam a instância de tomada de decisão (na sede) do restante do mundo:

[...] como principal característica das empresas transnacionais, a capacidade de orientar, centralizadamente, as suas operações em diversos pontos do mundo, através de um planejamento global, inclusive no que diz respeito aos programas de pesquisa e de desenvolvimento e às metas financeiras, na busca pela mitigação dos custos, aumento de sua influência e expansão dos seus mercados consumidores. Nesse contexto, a referida empresa atua como se existisse um mercado mundial, no qual ela possa operar em várias localidades, de modo que os mercados nacionais são menos importantes que o mundial, no que diz respeito à tomada de decisão das empresas, sendo certo que as mesmas relativizam a preocupação com os interesses locais. O controle das filiais ou subsidiárias, em todos os aspectos, é pressuposto da coordenação de seus objetivos globais.³⁵

Essa responsabilização, na esfera internacional, pressupõe o enquadramento desses agentes como sujeitos de Direito Internacional, titulares de direitos e vinculados a obrigações no plano supraestatal.³⁶

A economia global, para seu melhor funcionamento, requer uma sociedade, que, por sua vez, se fundamente em sistema efetivo de Direito. As transações devem ser baseadas em instrumentos legais que propiciem confiança, e os Estados devem organizar suas competências segundo a boa governança; mediante a promoção de controle legal do poder econômico, público ou privado, e da coibição a distorções à competição.³⁷

governamentais ou pelas grandes empresas transnacionais, o fato é que o Estado foi, é e continuará a ser o principal ator do sistema internacional." GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos anos de periferia*. p. 53.

³⁴ "Celso Mello soube identificar a relevância das empresas transnacionais na vida internacional, reconhecendo-as como sujeitos de direito internacional, com normas de DIP a elas dirigidas." RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações*. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos Rumos do Direito do Petróleo*. p. 26.

³⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. p. 463.

³⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. p. 103.

³⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações*. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos Rumos do Direito do Petróleo*. p. 39. Em sentido distinto, dispõem, contudo, Michael J. Trebilcock e Robert Howse: "In a world where (apart from background rules of contracting) government action does not influence the allocation of productive resources, markets themselves should generate optimal levels of foreign investment. In such a world, government intervention would, almost by definition,

A complexidade jacente assevera a necessidade da cooperação e da coordenação, conduzidas preferencialmente por órgãos e mecanismos multilaterais. A ação concertada – balizada pelas regras de conduta de órgãos efetivamente multilaterais – outorga a legitimidade necessária à ação internacional, inclusive no plano do Direito.³⁸

Para Ricardo Lobo Torres, a ideia racional de uma comunidade pacífica e perpétua, formada por todos os povos da terra (mesmo quando não sejam amigos), entre os quais podem se estabelecer relações, não é um princípio filantrópico (ético), mas um princípio jurídico. Este direito, como a união de todos os povos e com relação a certas leis universais, poderia ser chamado de *direito cosmopolita*. Ricardo Lobo Torres vai além, e faz a defesa enfática de que o direito cosmopolita abranja os direitos humanos no espaço supranacional. A integração regional e, no caso europeu, seu corolário – a cidadania comunitária; a proteção ao meio ambiente (somente eficaz se articulada no plano transcendente aos Estados); o controle dos conflitos armados; a defesa da construção de espaços decisórios democráticos e multilaterais; o reconhecimento de fontes não estatais, e até as não governamentais, como legítimas e válidas normas internacionais; todas essas manifestações são apontadas como vetores, a impulsionar o direito cosmopolita.³⁹

A urgência em se responder satisfatoriamente aos desafios contemporâneos guia o Direito na atualidade. Não pode, contudo, a legitimidade das críticas às assimetrias do comércio internacional turvar a percepção de que os investimentos abarcam uma dimensão concreta, e que servem de irrenunciável estímulo econômico ao local que os recebe. E é também em relação a esse aspecto prático – associado à busca de estabilidade nas relações privadas – que o Direito Internacional oferecerá ferramentas, antecipando eventos, mitigando riscos, reduzindo a aleatoriedade das circunstâncias e estabelecendo uma previsibilidade mínima das condutas.

distort the allocation of productive resources". TREBILCOCK, Michael J. e HOWSE, Robert. *Regulation of International Trade*. p. 443.

³⁸ “O interesse particular, quando se projeta multilateralmente, deve estar amparado pela demonstração de que serve ao coletivo.” FONSECA JR, Gelson. *O Interesse e a Regra – Ensaio sobre o Multilateralismo*. p. 24. “Outro princípio essencial na sociedade contemporânea é o da cooperação internacional. A própria lei de coexistência entre os Estados foi substituída por uma lei internacional da cooperação.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações*. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). Novos Rumos do Direito do Petróleo. p. 29.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *A Afirmação do Direito Cosmopolita*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 919-940.

2 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO COMPARADO

2.1 Desparouquialização

O aprofundamento da internacionalidade, estimulado, nas últimas décadas, pelo incremento do comércio e dos fluxos de investimento, reforçou a percepção de que o isolacionismo, de matiz econômica, política ou social penaliza o agente que quer se excluir da ordem internacional e impacta negativamente na própria estrutura do sistema.

Politicamente, houve significativa mudança: os anos de uma ordem bipolar, em que alguns poucos Estados decidiam, sem constrangimento, os rumos da sociedade internacional cederam em face de emergente multilateralismo.⁴⁰

Mesmo rígidas organizações internacionais, a exemplo do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional⁴¹, moldadas em Bretton Woods e "congeladas" durante a Guerra Fria, tiveram composição acionária e corpo burocrático alterados; e ainda que reproduzam desequilíbrios e anacronismos - outorgando às economias norte-americana e europeia poder decisório desproporcional à dimensão que de fato exercem - as recentes mudanças indicam, com clareza, uma direção, cada vez mais difícil de se voltar atrás.⁴²

Em especial, a crise econômico-financeira observada ao longo dos últimos anos reforça a imperiosa necessidade de se reformular os tradicionais papéis desempenhados no cenário macroeconômico mundial.⁴³

⁴⁰ "A queda do muro de Berlim, o desaparecimento da URSS e o fim do conflito Leste/Oeste trouxeram uma mudança no paradigma de funcionamento do sistema internacional. Propiciaram a criação de novo quadro político, com impacto no Direito, pois com a transformação do paradigma, esses eventos levaram a um mundo de 'polaridades indefinidas'." LAFER, Celso. *O impacto de um mundo em transformação no Direito Internacional*. In. DUPAS, Gilberto; LAFER, Celso e DA SILVA, Carlos Eduardo Lins. A Nova Configuração do Poder Mundial. p. 92.

⁴¹ OLIVEIRA, Henrique Altemani e LESSA, Antônio Carlos. *Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação*. p. 11.

⁴² Em maio de 2013, foi anunciada a eleição do brasileiro Roberto Carvalho de Azevêdo para o cargo de Diretor-Geral da Organização Mundial do Comércio. Sobre o objetivo estratégico de que as grandes nações periféricas passem a ter papel de maior destaque em organizações internacionais relevantes ao sistema internacional, posiciona-se Samuel Pinheiro Guimarães: "[...] os grandes Estados periféricos teriam como objetivos finais, estratégicos, participar dessas estruturas hegemônicas - de forma soberana e não-subordinada - ou reduzir seu grau de vulnerabilidade diante da ação dessas estruturas." GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos anos de periferia*. p. 161.

⁴³ "O direito internacional poderia e deveria integrar a agenda de cooperação e de diálogo [...] sul-sul entre países como o Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, como estes e os demais países. [...] A concepção desse espaço de cooperação, na perspectiva BRIC, deverá integrar o núcleo do direito internacional pós-moderno: a preocupação e a necessidade de atentar para o seu conteúdo humano, a proteção internacional dos direitos fundamentais, bem como de se observarem os pressupostos da sustentabilidade, são dados que vieram para se

Sobretudo em um contexto, cuja dinamicidade do crescimento econômico se vincula a mercados emergentes, furtar-se, por exemplo, à análise dos marcos regulatórios e concorrenciais de países como Brasil, China, Índia, Rússia, África do Sul, entre outros, resultaria na perda de oportunidades de negócio potencialmente lucrativas. A própria investigação dos fatores que têm permitido a esses países experimentar acelerado ritmo de crescimento revela, para os observadores mais atentos, soluções jurídicas criativas, as quais, em algum grau, poderiam ser adaptadas e reproduzidas com sucesso no “velho mundo”.

Essa mudança, hodiernamente observada nas organizações multilaterais, apesar de incipiente, decorre do reconhecimento da importância que economias “menos tradicionais”⁴⁴ têm em um mundo crescentemente internacionalizado e complexo, o que, por sua vez, torna evidente a necessidade de se abandonar uma visão paroquialista do Direito.

Essa *desparoquialização*⁴⁵, em suas diferentes manifestações, estimula o Direito Comparado: irrefutavelmente, o desejo de que o conhecimento jurídico se amplie e acompanhe a revelação de novas áreas de investimento, associado à percepção de que o aporte de recursos pressupõe uma avaliação cada vez mais criteriosa do ambiente normativo do local de investimento, tornou indispensável a análise dos marcos legais de diferentes países.⁴⁶

2.2 Espectro da Análise – Superando o Direito Positivo

Hein Kötz e Konrad Zweigert, na obra fundamental *“Introduction to Comparative Law”*, apresentam a essência, a função e os objetivos do Direito Comparado, alertando para a conotação doméstica que a disciplina poderia comportar, já que o sentido literal sugestionaria tratar-se de um processo em que os operadores do direito constantemente têm de justapor e

integrar duradouramente ao sistema institucional e normativo internacional." CASELLA, Paulo Borba. *BRIC - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação internacional*. p. 116.

⁴⁴ "Países como a China e a Índia, com um terço da população mundial e uma presença internacional cada vez mais ativa, dificilmente aceitarão, uma ou outra, assim como a Rússia, jogar o papel passivo de nação-mercado para os blocos economicamente hegemônicos." SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*. p. 152.

⁴⁵ "One of the main tasks of comparative law is to make us aware of legal systems other than our own; in future comparative law must extend this de-parochialising role to reducing our ignorance of non-western legal cultures and traditions." TWINING, William. *Globalization and Comparative Law*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*. p. 71.

⁴⁶ "The most elementary role of comparative law [...] is [...] informational, i.e., to supply knowledge about legal systems." REIMANN, Mathias. *Parochialism in American Conflicts of Law*. In *American Journal of Comparative Law*. p 02.

harmonizar regras de seu próprio ordenamento, comparando-as para alcançar a decisão prática ou a solução teórica para o caso. Propõem, então, duas abordagens - a macrocomparação e a microcomparação. Naquela, a análise dos diferentes ordenamentos pode ser feita em maior ou menor escala, concentrando-se em casos concretos e suas soluções. Este *approach* permite o entendimento da técnica legislativa, dos estilos de codificação e dos métodos de interpretação, bem como das distintas soluções alcançadas por meio da aplicação de um ou de outro ordenamento jurídico, e o quanto efetiva é cada uma dessas soluções. Na microcomparação, o objetivo precípua refere-se à solução de questões particulares, para tanto, segmentando-se e reduzindo-se o fenômeno jurídico a suas parcelas elementares.

Kötz e Zweigert destacam, ainda, que - em face da indefinição dos limites desses métodos - ambas as análises asseveram-se indissociavelmente complementares. A microcomparação não funcionaria sem a consideração do contexto geral, assim como a macrocomparação tornar-se-ia inócua, se desvinculada de uma razão prática.

O Direito não é apenas a norma escrita, o direito posto. O direito é muito mais; ele inclui as relações sociais, indissociavelmente permeadas pela norma jurídica. Nesse sentido, a norma - como fenômeno jurídico - transcende ao seu texto formal, permeando aquilo que dele se extrai.⁴⁷

O *transplante*⁴⁸ de uma norma para outro contexto não garante que haja harmonia. Não raro, quando isolada da realidade que a motivou e cunhou, a norma se torna artificial, *unsuitable*⁴⁹. Sem bases sociais e institucionais para assentar o conteúdo normativo e imprimir-lhe coerência e aplicabilidade, o que se observa é a desvirtuação da norma reproduzida.

⁴⁷ Conforme o entendimento de John W. Head, mesmo no plano contratual, as diferenças históricas e socioculturais influenciam estratégias de negociação: "For many Americans, the purpose of a business negotiation, first and foremost, is to arrive at a signed contract between the parties. Americans view a signed contract as a definitive set of rights and duties that strictly binds the two sides, an attitude succinctly summed up in the declaration that a 'deal is a deal'. Japanese and certain other cultural groups consider that the goal of negotiation is not a signed contract, but a relationship between the two sides. Although the written contract expresses the relationship, the essence of their deal is the relationship itself. For the Americans, signing the contract is closing a deal; for the Japanese, signing a contract might more appropriately be called opening a relationship. [...] To understand the other side's interest you need to know something about its history and culture. For instance, Mexico's history of domination by the United States invariably leads Mexican corporations to pursue both profits and prestige in their negotiations with American companies. A lucrative deal that places a Mexican corporation in a visible second-class position will probably fail." HEAD, John W. *Finding your way in a foreign legal and cultural landscape*. In: Global business law: principles and practice for international commerce and investment. p. 68 e 69.

⁴⁸ Tradução livre do autor. "[...] uma jurisdição, imitando regras ou conceitos de outras jurisdição, o que é, por vezes, referido como *transplantes* [...]." OGUS, Anthony. In.: *Competition Between Legal Systems*. In: ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. p. 162.

⁴⁹ FOSTER, Nicholas HD. *Comparative Commercial Law of Rules or Context?* In: ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. p 276.

Uma percepção restrita do Direito Comparado e a instrumentalização⁵⁰ deste para a artificiosa uniformização legal foram marcantes na década de 1990. Preceituava-se, então, a disseminação de fórmulas supostamente universais, as quais ignoravam os particularismos de cada local. Esses “consensos” propugnavam o abandono automático e acrítico de modelos históricos, como contrapartida para que os Estados periféricos, endividados, pudessem se credenciar a receber empréstimos internacionais.⁵¹ Essas proposições, a buscar uniformização autoritária, denunciadas como “quimeras” por René David⁵², além de superficiais e ineficazes, trouxeram, muitas vezes, o agravamento da crise.

A crítica a este modelo não afasta a importância do estudo das normas alienígenas ou, tampouco, torna a reprodução de soluções estrangeiras desaconselhável. Ao contrário, o que se propõe é que o estudo do Direito Comparado não se circunscreva à análise normativa, mas que acolha uma análise sociocultural e que se proponha a investigar as relações de causalidade que levaram à criação de dada norma e à sua aplicação. Propõe-se, também, que o estudo do Direito Comparado não seja encarado como mera ferramenta para a automática reprodução normativa.⁵³ O comportamento puramente mimético não considera, na análise, os fatores que tornam a norma coerente, legítima e eficaz em dado ordenamento jurídico. Nesse sentido, apenas uma análise contextual⁵⁴ e ampla pode revelar se a solução aplicada internamente em um Estado seria reproduzida em outro local com sucesso, e quais adaptações seriam necessárias para compatibilizá-la com uma nova e distinta realidade.

Como exemplo de transplante normativo a redundar em artificialismo, Andrew Harding e Peter Leyland citam a constituição nigeriana que reproduziu, mesmo sem ter qualquer lastro institucional, o modelo do *checks and balance* norte-americano, estabelecendo uma corte constitucional, a que se outorgou a proteção de um extenso rol de direitos individuais transcritos da Convenção Europeia – cujos princípios não se harmonizam com os tradicionalmente aplicados naquele país, de forte inspiração islâmica.⁵⁵

⁵⁰ Idem. p. 278.

⁵¹ SIEMS, Mathias. *Comparative Law: Who Is the Elephant in the Room?* In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*, p. 15.

⁵² DAVID, René. *Les Grands Systems de Droit Contemporains: Droit Comparé*. p. 12.

⁵³ COTTERRELL, Roger. *Is It So Bad To Be Different?* In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*, p. 147.

⁵⁴ FOSTER, Nicholas HD. *Comparative Commercial Law of Rules or Context?* In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*, p. 279.

⁵⁵ HARDING, Andrew e LEYLAND, Peter. *Comparative Law in Constitutional Contexts*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*, p. 316.

Sobre os riscos desse mimetismo, o teórico das Relações Internacionais Amado Luiz Cervo chama atenção para o fato de que conceitos trazem, dentro de si, o interesse de quem os cunhou, e que a reprodução acrítica assevera-se, não raro, como a desvirtuação insidiosa do interesse de quem as reproduz: "As teorias carregam consigo valores e veiculam interesses das nações cujos intelectuais as concebem, por mais isentas e objetivas que se apresentem."⁵⁶ Para Cervo, os conceitos se fundam em valores e interesses, sempre derivados de seu núcleo formulador, e aqueles países ou grupos de países que se furtam a olhar criticamente os conceitos que importam estão inclinados a incorporar valores alheios à sua cultura e a sobrepor a seus próprios os interesses de terceiros.⁵⁷

2.3 Manifestações Tradicionais do Direito Comparado e a Tendência Atual

A harmonização normativa internacional e, no limite, o direito uniforme, desempenham papel fundamental na sustentabilidade do processo de internacionalização. A instituição de rol mínimo de regras reduz os riscos inerentes ao desconhecimento e minora os custos de transação.⁵⁸ Também nesta manifestação, revela-se a importância do Direito Comparado, porquanto não se poderia proceder a uma enunciação de normas comuns, se não fosse, primeiro, analisado cada direito nacional em jogo.⁵⁹

O entendimento de que a harmonização e o direito uniforme, mesmo que nivelem diferenças, podem, quando a incorporação do direito estrangeiro é artificial ou resultante de *transplante* acrítico, redundar em novas distinções, denota a importância da análise comparativa. Considerando-se que o Direito não se esgota na regra escrita e inclui a cultura jurídica, indissociavelmente permeada pela norma; as condições sociais constituem-se como o fundamento em que se assenta o conteúdo normativo, imprimindo coerência e evitando a inadequação da norma reproduzida.⁶⁰ Apenas uma análise contextual⁶¹, esteio da verdadeira

⁵⁶ CERVO, Amado Luiz. *Inserção Internacional - Formação dos Conceitos Brasileiros*. p. 13.

⁵⁷ Idem. p. 215.

⁵⁸ ERP, Sief Van. *Comparative Private Law in Practice: The Process of Law Reform*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*. p. 400.

⁵⁹ MERRYMAN, John Henry e CLARK, David. *Objectives and Methods of Comparative Law*. In. *Comparative Law in Western European and Latin American Legal Systems*. p. 21.

⁶⁰ FOSTER, Nicholas HD. *Comparative commercial law of rules or context?* In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David (eds). *Comparative law: a handbook*. Portland, OR.: Hart Publish, 2007. p 276.

comparação, mostra-se, portanto, capaz de revelar se a solução aplicada internamente em um Estado seria reproduzida em outro local com sucesso, e quais adaptações seriam necessárias para compatibilizá-la com uma nova e distinta realidade.

A percepção de que o comparativista é, essencialmente, um crítico – tanto do seu Direito, quanto dos alienígenas – decorre do constante estudo dos problemas já enfrentados alhures, bem como do reconhecimento das soluções eventualmente alcançadas e das fracassadas tentativas; residindo na capacidade de relativizar aquilo que o Direito, interno ou estrangeiro, apresenta como certeza o processo de renovação da práxis legal.⁶² O exercício da comparação afasta, assim, a concepção xenófoba que reputa o direito pátrio superior a todos os demais.⁶³

Tampouco, a teia de inter-relações entre os diferentes ordenamentos jurídicos respeita preconceitos; ao contrário, influencia indiscriminadamente a todos. Embora se insista em uma segmentação dos ordenamentos jurídicos em diferentes famílias, das quais a *Common Law* e a *Civil Law* seriam os mais proeminentes membros, cada ordenamento jurídico possui características que foram absorvidas no contato com outros sistemas.⁶⁴ Não raro, mesmo aquelas características reputadas como típicas de um local, resultaram de algum tipo de interação.

⁶¹ Idem. p. 279.

⁶² "It is well-known that, alongside the scholarly, comparative law may also fulfill a role in national legal practice. The most obvious example of this use of comparative law by national legislatures and courts in creating, reforming and interpreting national law. This practical use of comparative law by national institutions has increased considerably over the past decades." SMITHS, Jan M. *Comparative Law and its Influence on National Legal Systems*. In. REIMANN, Mathias and ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). The Oxford Handbook of Comparative Law. p. 514 e 515.

⁶³ "La considération des droits étrangers est en toute hypothèse instructive. En révélant au juriste des modèles différent de celui de son droit national, elle l'arrache à la routine qui tend à lui faire regarder comme justes et comme incontestables [...]" DAVID, René. *Droit Comparé et Praticiens du Droit*. In. Le Droit Comparé: Droit d'Hier, Droit de Demain. p. 80.

⁶⁴ "[...] little legislation is enacted in Europe and elsewhere, without at least some comparative research, and every legal system contains imported elements. [...] The wholesale importation of civil codes into other countries is also well known phenomenon. Thus, not only the French Civil Code serve as model for many countries in Europe and South America, the Swiss Civil Code of 1907 was taken over in Turkey (1926), and the drafts of the 1900 German Civil Code, together with French Law, played a large role in the drafting of the Civil Code of Japan (1896). The new Civil Code of Netherlands (1992) and Québec (1994), and the new German law of obligations of 2002, were also based upon extensive comparative reasoning. [...] Of special importance is the influence of Western law on the former communist countries of Central and Eastern Europe: the new codes in the areas of civil, commercial and criminal law were usually based upon extensive comparative considerations. The same is true for China, which also based its new contract code of 1999 on comparative research." SMITHS, Jan M. *Comparative Law and its Influence on National Legal Systems*. In. REIMANN, Mathias and ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). The Oxford Handbook of Comparative Law. p. 517 a 519.

O mecanismo de solução de controvérsias holandês, por exemplo, decorreu da imposição alemã durante a ocupação, já tendo sido abandonado na própria Alemanha.⁶⁵

As interconexões entre os distintos ordenamentos, manifestadas em competição, imitação, sobreposição e incorporação⁶⁶, se dão de modo cada vez mais intrincado, o que resulta na impossibilidade de se identificar sistema legal que seja puramente tributário de uma única tradição. Ao interagir com os sistemas de diferentes Estados, cada ordenamento jurídico se sujeita, também, a interferências – vendo modulada sua tradição legal.

Esin Özücü, em seu já clássico ensaio “*Legal Families and Mixing Systems*”, é categórico ao afirmar que não há qualquer sistema jurídico nacional que tenha permanecido imune a influências externas. Defende ele que o hibridismo permeou todos os ordenamentos jurídicos; diferindo-se apenas o modo e a extensão em que a interação se deu. Combate, assim, a concepção valorativa que emprega o conceito de *pureza*.

The conclusion, then, is that all legal systems are mixed. There are no exceptions. Only the way of mixing and the character of the ensuing mixtures are different. The level of combination and therefore the extent of the mix varies.⁶⁷

Em oposição a Vernon Palmer, para quem as jurisdições híbridas comporiam um terceiro ramo, dissociado dos da *Civil Law* e da *Common Law*, os quais permaneceriam *puros*, Esin Özücü filia-se à ideia, também defendida por Pierre Giuseppe Monateri, de que a contaminação é a base para o entendimento de todos os sistemas jurídicos. Somente a partir da assunção de que todos foram *contaminados*, dá-se o necessário passo para o reconhecimento da influência recíproca que os ordenamentos jurídicos estabelecem entre si. Renova-se, assim, o estímulo ao Direito Comparado, passando este a ser interessante a todos os países, e não apenas àqueles que já reconheciam em si a incorporação de elementos estrangeiros.

Recently there has been increased interest in mixed or hybrid systems. Vernon Palmer calls 'mixed jurisdiction' the 'third family' – the first and the second being for him, civil law and common law [...]. To talk of a new family with the name 'mixed jurisdictions', however, would not be satisfactory, as clearly, not all *mixes* can be pooled together and not all the existing members of a family would have the same or

⁶⁵ NELKEN, David. *Defining and Using the Concept of Legal Culture*. In. ÖZÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*. p. 114.

⁶⁶ "These encounters lead to overlaps, interrelationships, mixed and mixing systems and systems in transition." ÖZÜCÜ, Esin. *A General View of Legal Families and of Mixing Systems*. In. ÖZÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*. p. 172.

⁶⁷ Tradução livre do autor: "A conclusão é, então, de que todos os sistemas são mistos. Não há exceções. Apenas a maneira em que se tornam mistos, e o caráter que assumem esses hibridismos são diferentes. O nível de combinação e, conseqüentemente, a extensão do hibridismo também variam." Idem. p. 172.

similar ingredients. [...] Pierre Giuseppe Monateri has suggested 'contamination' as the basis for understanding the world of legal systems: the actual legal world is more to be seen as a world of contamination than a world split up into different families.⁶⁸

A hermética classificação dos ordenamentos jurídicos em famílias - metáfora asfixiante que pressupõe relações hierarquizadas de parentesco, como os pais originam os filhos, de forma que apenas o ordenamento jurídico anterior poderia determinar as características do posterior - rejeita a bilateralidade das inter-relações e o fluxo de mão dupla que estas estabelecem. Ao contrário, uma classificação amparada em conceitos como polinização, sementeira e fertilização denota mais adequadamente a aleatoriedade em que os contatos se estabelecem e a amplitude de suas repercussões.

Today what is needed is an entirely fresh approach within which legal systems can be classified accordingly to parentage, constituent elements and the resulting blend, and then be re-grouped on the principles of predominance [...]. Existing classifications rely on private law, are Euro-centric and therefore heavily weighted towards the civil law and the common law families [...]. Considering legal systems as overlaps, combinations, marriages and off-spring lead to terminology such as fertilization, pollination, grafting, intertwining, osmosis and pruning, which paves the way to an understanding of developments in our days. [...] Sometimes seeds are scattered even more widely. For example, Turkey is a cross between Swiss, German, Italian, French and Roman laws, a covert Islamic law and other customary law, as well as more recently, American and European law.⁶⁹

Como enquadrar, na rígida classificação de famílias legais, o sistema chinês, historicamente influenciado pelas doze tábuas romanas, princípios religiosos cristãos, tradições mongol, confuciana, e de uma miríade de dinastias, como Ming, Xing, Qing, Han - todas com princípios familiares e locais próprios - e, recentemente, por disposições

⁶⁸ Tradução livre do autor: "Recentemente, tem havido interesse crescente em relação a sistemas mistos e híbridos. Vernon Palmer chama as *jurisdições mistas* de 'terceira família' - a primeira e a segunda sendo, para ele, respectivamente, a *civil law* e a *common law*. Falar em uma *terceira* família com o nome de 'jurisdições mistas', não é, contudo, satisfatório; uma vez que, claramente, as *jurisdições mistas* não podem ser, todas, enquadradas em uma única classificação. [...] Pierre Giuseppe Monateri sugere a 'contaminação' como base para se entender os sistemas legais: o mundo legal aproxima-se mais dessa noção de *contaminação* do que da segmentação em *famílias*." Idem. p. 171.

⁶⁹ Tradução livre do autor: "O que se precisa hoje é de um inteiramente novo *approach*, por meio do qual os sistemas possam ser classificados de acordo com parentesco, elementos de constituição e mistura resultante, e que, então, sejam reagrupados em princípios de predominância. [...] As classificações existentes fundam-se no Direito Privado, e são eurocentristas, dando excessivo peso às famílias da *civil law* e da *common law*. [...] Considerando as sobreposições nos sistemas legais, combinações, casamentos, fecundação, recomenda-se uma terminologia tal qual *fertilização*, *polinização*, *enxerto*, *entrelaçamento*, *osmose* e *poda*, o que leva a um entendimento dos acontecimentos de nossos dias. [...] Algumas vezes, sementes são espalhadas ainda mais esparsamente. Por exemplo, o sistema turco é um cruzamento entre o suíço, o alemão, o italiano, o francês e o romano, além de princípios da lei islâmica e costumes locais, bem como, mais recentemente, a tradição norte-americana e a europeia". Idem. p. 169-172.

tipicamente ocidentais?⁷⁰ Tampouco os sistemas indiano e paquistanês, resultados de cruzamentos da *Common Law* com tradições religiosas e costumes locais, poderiam sofrer enquadramento igualmente simplificado. Mesmo os sistemas continentais europeus, a exemplo do holandês, fruto da combinação do direito romano com galês, germânico e costumes nativos; ou o direito italiano, oriundo da contaminação do direito romano com canônico, francês e austríaco não se conformam a uma “família” específica.⁷¹⁻⁷²

David Nelken alerta para outra armadilha – a de restringir-se o multifacetado espectro de ordenamentos jurídicos em dois blocos, o oriental e o ocidental. Ao recorrer-se a essa artificiosa divisão, novamente ignoram-se diferenças e criam-se forçosas semelhanças.⁷³

Se, por um lado, não se pode furtar ao reconhecimento dos particularismos de cada ordenamento jurídico; por outro, a afirmação de que não existem pontos comuns ou coincidências é errada, e nega, igualmente, a inter-relação que se observa em diferentes sistemas legais. A interação pode tanto redundar na confluência de dado tratamento, quanto na sua diferenciação – a depender de como se deu o contato entre as diferentes normas.

A exemplo da desconsideração dos aspectos peculiares, a hipervalorização destes, de modo a se criar uma reserva de mercado, afugentando estrangeiros, contribui para aprofundar o distanciamento entre os povos, dificultar o entendimento mútuo, aumentar os riscos e

⁷⁰ HEAD, John W. *Finding your way in a foreign legal and cultural landscape*. In. Global business law: principles and practice for international commerce and investment. p. 59 a 63.

⁷¹ "Some continental systems, such as the Dutch, are combinations of Roman, French, German and indigenous law, some are combinations of Canon, Roman, French, Austrian and German laws and *ius commune*, such as the Italian. There are other combinations such as common law, religious law and indigenous customary laws, as in countries such as India and Pakistan. Another example of a combination is the Algerian law, combining French law with Islamic and indigenous customary tribal laws [...]. Thailand, which was never a colony, has had in its modern texture a real mixture of sources such as English law, German law, French law, Swiss law, Japanese law and American law [...]. There are, of course, even more extreme and unexpected crosses. [...] So where could this legal system be placed in the traditional classification of legal families?" Idem. p. 172.

⁷² Na obra *Comparative Legal Traditions*, parece, porém, ignorar-se que a criação de complexos e fragmentados ordenamentos jurídicos, nos diferentes territórios ocupados na África e Ásia, não resultou apenas da expansão do Império Inglês, sob os auspícios da Rainha Vitória, e que - de fato - mesmo quando havia certa unidade política, a multiplicidade jurídica já estava presente. "The Characterization of certain jurisdictions as mixed can probably be dated to the end of the long reign of Queen Victoria. In a sense, indeed, it was a product of British Imperialism. To British eyes the legal map of the world in 1900 presented a picture of stark simplicity. Within the British Empire the law was the common law of England. The common law was also in force in the country in which had been allowed to slip the imperial net, the United States of America, and in her colonies. Everywhere else there was the civil law, carried beyond the shores of Europe by means of the empires of rival powers. Eventually, of course, the Russian Revolution would give rise to socialist law, and legal empires would crumble to a bewildering variety of indigenous laws barely capable of classification. But that lay in the unknowable future. In 1900, a simple division was still possible." GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions*. p. 951."

⁷³ "It is easy to fall into the opposed vices of 'Occidentalism' or 'Orientalism', making other cultures seem either necessarily similar or intrinsically 'other' [...]." NELKEN, David. *Defining and Using the Concept of Legal Culture*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. p. 114.

desestimular os negócios.⁷⁴ Não podem os operadores do direito deixar-se ameaçar pela internacionalização do exercício do Direito, devendo rechaçar, decididamente, o reforço das dificuldades como estratégia. Mais do que a emergência de risco predatório à prática local do Direito, a internacionalização da atuação jurídica oferece oportunidades. Assertivamente, Nelken afirma que, com relativa frequência, advogados que atuam em áreas específicas do Direito têm mais em comum com seus congêneres no exterior, que com seus pares locais.⁷⁵

A percepção de que fatores locais podem afetar todo o sistema internacional também reforça a necessidade de que o campo de pesquisa não mais se restrinja às economias centrais e ao estudo dos ordenamentos jurídicos adotados apenas por esses países. O conceito de *community of shared risks*, como preceitua Habermas⁷⁶, espraia-se, portanto, como um dos principais fatores para que se incorporem outros Estados no esforço de prevenção e combate de crises na esfera internacional.

Em meio a uma realidade complexa e sempre cambiante, a observância à lei localmente aplicável assevera-se indispensável à estabilidade das relações. Apenas mediante uma cuidadosa análise dos riscos legais associados a determinado país, o investidor fará o aporte de seus recursos.

Inobstante a importância de que o campo temático do Direito Comparado não se limite à comparação do texto legal; muitos advogados, magistrados, estudantes e acadêmicos, orientados por um desvirtuado pragmatismo, focam-se, contudo, apenas na análise das normas jurídicas. Nicholas Foster critica, por exemplo, a falta de percepção de que também questões objetivas, como as referentes ao comércio internacional, são diretamente afetadas pelo contexto em que se inserem.⁷⁷

Especial relevância ganha o estudo comparativo dos *princípios* que orientam e modulam a aplicação das normas. Como estudar as relações privadas em qualquer

⁷⁴ "There is, nevertheless, a possibility that the profit motivation of lawyers who benefit from the demand on legal work in a particular jurisdiction can lead them to exaggerate the peculiarities of the law in that jurisdiction, in order to resist competition from those practicing in other jurisdictions. Economists use the expression 'artificial product differentiation' to describe a situation in which a supplier draws attention to unreal or irrelevant differences between a product supplied and those, otherwise available in the market, in order to secure a monopolistic position and enhance profits [...]. By parity of reasoning, it is possible to argue that lawyers will be tempted to emphasize the characteristics of their own legal system that are not easily grasped by lawyers from other jurisdictions, in order to create a barrier for competition from those lawyers." OGUS, Anthony. In: *Competition Between Legal Systems*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. p. 160.

⁷⁵ NELKEN, David. *Defining and Using the Concept of Legal Culture*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. p. 120.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Learning by Disaster? A Diagnostic Look back on The Short Twentieth Century*. p. 317.

⁷⁷ FOSTER, Nicholas HD. *Comparative Commercial Law of Rules or Context?* In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. p. 27.

ordenamento jurídico, desconsiderando-se a reflexão de quais contornos assumem princípios como a boa-fé e a ordem pública? Como analisar a legislação comercial da Arábia Saudita, ignorando-se o histórico conceito de “riba” – que proscree o ganho ilegítimo?⁷⁸

O Direito Comparado aumenta a percepção que se tem de outros povos, além daquela relativa ao próprio Direito pátrio. Nesse sentido, o Direito Comparado, além de estimular a cooperação internacional⁷⁹, serve à revelação do direito nacional – isto é, ao se analisar o ordenamento jurídico alienígena, seu contexto de produção e aplicação normativa, bem como eventuais acertos e erros, o comparativista aprofunda a compreensão do seu próprio direito.⁸⁰

Nesse sentido, a fim de assistir seus clientes em dado país ou fora dele, os advogados devem se familiarizar com outras jurisdições.⁸¹ Certamente, a análise de todas as particularidades de um ordenamento estrangeiro é improvável; buscar-se, contudo, uma abordagem menos fechada e algum grau de flexibilidade para entender conceitos que não aqueles tipicamente nacionais é imperativo. Adicionalmente à clarificação de riscos, estimula-se a cooperação internacional, mitigando-se a desconfiança que resulta do desconhecimento.

Resta evidente que o Direito Comparado nos ajuda a compreender por que diversos sistemas jurídicos terminam por reproduzir soluções análogas em direção ao Direito Uniforme Espontâneo. Ao situarmos o papel do Direito Comparado na busca de soluções jurídicas mais felizes, que tenham sido encontradas por outras sociedades, pode-se vislumbrar mais precisamente a afirmação de que o comparativismo alimenta a cultura jurídica no plano espacial, ampliando seu espectro de análise.

⁷⁸ Idem. p. 274.

⁷⁹ "Where does the word [comparison] comes from? It is not a construction of recent, modern thought. It comes [...] from Latin, and is a composite of two words: 'com', a version of 'cum' or 'with'; and 'pare' or 'peer'. So comparing is bringing together with a peer, with that which is prima facie equal for purposes of consideration. [...] Com-paring thus involve bringing together, and keeping together, of equals, which are presumed to endure, throughout and beyond the process of com-paring. Some have spoken of *convivencia* or living together in harmony and in a way respectful of difference [...]. Com-paring thus involves an enduring process of peaceful coexistence (in spite of difference, in spite of potential conflict) [...]." GLENN, H. Patrick. *Com-paring*. American University International Law Review. p. 26.

⁸⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *A Importância do Direito Comparado*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 691.

⁸¹ Em dura crítica ao paroquialismo norte-americano, Frierich K. Juenger trata-o como uma inescusável negligência de acadêmicos e advogados: "[...] American conflicts writers have failed to pay attention to what is going on in international commercial practice. [...] Such neglect as noted elsewhere, comes close to educational malpractice. After all, the students we teach today are bound to encounter the new law merchant in practice. The failure to discuss an emerging trend of considerable importance further impoverishes American conflicts teaching, which has already ceded much ground to courses on international business transactions." JUENGER, Frierich K. *The need for a comparative approach to choice-of-law problems*. Tulane Law Review. p. 12

3 ESTANDARDIZAÇÃO CONTRATUAL

3.1 Enquadramento do Contrato Internacional

Antes de passarmos à análise dos contratos internacionais e à caracterização do esforço uniformizador em que consiste a standardização, a qual se dá mediante a eleição de minutas-padrão por associações especializadas, cumpre delimitar o campo em que esse estudo se enquadra.

Para Pommier, os contratos internacionais são ramo do Direito Internacional Privado Convencional: "O conjunto de regras originadas de instrumentos convencionais internacionais aplicáveis às pessoas privadas implicadas nas relações contratuais internacionais."⁸²

Embora os tratados internacionais sejam, de fato, impulsores da uniformização contratual, não se pode, contudo, olvidar a indispensabilidade do costume como formador de uma *lex mercatoria*, a estabelecer os contornos em que se assenta a prática contratual no plano internacional.

Dessa forma - embora salutar o esforço de Pommier em reconhecer certa autonomia aos contratos internacionais - a contratação internacional, como atividade essencialmente privada, associa-se, em maior medida, ao ente particular, desejoso de expandir sua atuação além das fronteiras em que se encontra.

Em relação aos contratos internacionais, mais do que os Estados, foram os empreendedores privados pioneiros. Não por acaso, as convenções internacionais dedicaram-se à positivação de costumes já adotados internacionalmente, os quais se constituíam, antes mesmo de seu tratamento convencional, como regras entre os particulares.⁸³

⁸² ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 25. A autora propõe, todavia, classificação distinta da de Pommier: "Trata-se de disciplina [Direito do Comércio Internacional] autônoma que tangencia, ao mesmo tempo, princípios e normas comerciais e industriais do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, exigindo uma regulamentação autenticamente internacional. Muitas dessas normas são soluções forjadas na própria comunidade internacional e não emanam de autoridades estatais. Tal disciplina tampouco compreende, exclusiva e necessariamente, regras jurídicas, mas se forma da experiência obtida na solução dos litígios internacionais e em respeito a princípios de índole universal, como a boa-fé e a proibição do enriquecimento sem causa, procurando-se sempre chegar ao equilíbrio entre as partes na relação contratual. Uma área muito conhecida do DCI [Direito do Comércio Internacional] é a dos contratos internacionais [...]". Idem, p. 309.

⁸³ Entre outros tratados, citamos a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Convenção de Viena de 1980; a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1986; e a Convenção do México sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais.

Assim, entendemos como apropriada a conexão estabelecida por Luiz Olavo Baptista entre a expansão contratual internacional e o cunhar de uma ordem, com princípios⁸⁴ próprios, enraizados na prática reiterada, a que seguiram o reconhecimento e a proteção estatal, por meio do direito convencional.⁸⁵

Funcionaram os princípios como epicentro de onde irradiaram os primeiros esforços uniformizadores e os mais fortes; isto porque têm os princípios alcance normativo mais amplo e maleável, podendo ser aplicados de forma gradual e temperados, em sintonia com a flexibilidade contemporânea.

Em acurada definição, Baptista conceitua a *lex mercatoria* como:

o conjunto de princípios, instituições e regras com origem em diversos focos, e que se caracterizam por serem inspiradas e voltadas aos relacionamentos dos operadores do comércio internacional.⁸⁶

Para o autor, compreendem-se na *lex mercatoria* os princípios gerais do Direito em matéria obrigacional, extraídos dos usos e costumes, tal como aquilo que se revela a partir da adoção de contratos típicos do comércio internacional e das decisões dos tribunais pátrios sobre o tema, e especialmente das decisões arbitrais, posto que é a arbitragem o mecanismo preferencial de solução de controvérsias no plano contratual internacional; estruturada a referida *lex mercatoria* como um sistema reticular, adaptável aos requisitos da sociedade pós-moderna.⁸⁷ Não se revela a *lex mercatoria* em oposição aos ordenamentos nacionais, mas em complementação a eles.

⁸⁴ "A expressão 'princípio' é polissêmica. Seu significado mais usual é o de início, começo, sendo fiel à sua origem, pois a palavra vem do latim *principium*, que significa o que vem em primeiro lugar, o que está na origem (da mesma raiz vem, também, príncipe, principal, etc.). No âmbito do direito, essa expressão refere-se a normas gerais sem a positividade formal das leis, mas das quais se deduzem e aplicam normas jurídicas - por exemplo, o princípio da não interferência, o princípio *pacta sunt servanda*, dentre outros. Não obstante, muitas vezes, eles podem ser positivados, como ocorreu com o princípio da boa-fé entre os contratantes. [...] A despeito da falta de definição de que geralmente padecem, juristas e operadores do direito dos mais ilustres buscaram sua cristalização através de compilações. Um exemplo é o que se faz na Unidroit, com os princípios aplicáveis aos contratos internacionais, ou na União Europeia, com os Princípios Europeus aplicáveis aos contratos internacionais." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 61 e 62.

⁸⁵ "O costume, mesmo positivado em tratado, continua a existir para aqueles Estados que desse tratado não são parte ou, ainda, para aqueles Estados que se retiraram desse mesmo instrumento pela denúncia unilateral." MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 88.

⁸⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 63.

⁸⁷ "A complexidade da sociedade atual e sua organização em rede não admitem mais estruturas hierarquizadas e rígidas. [...] Na rede mercantil, característica dos nossos dias, o caráter evolutivo e adaptável da *lex mercatoria* encontrou seu *terroir* ideal, e com sua tendência globalizante, acompanha o rumo da economia de nossos dias." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 64 e 65. Também para Nadia de Araujo, são os contratos internacionais manifestação da *lex mercatoria*: "Apresenta-se [a *lex mercatoria*] através de várias manifestações: usos e costumes do comércio internacional; contratos-tipo, como os definidos pela Câmara de Comércio Internacional; condições gerais de venda; princípios gerais do direito em matéria contratual (v.g. autonomia da

A *lex mercatoria* é um conjunto de normas de conduta e de estrutura, ou competência, e compõe um ordenamento jurídico. [...] Outra característica do ordenamento jurídico que é a *lex mercatoria* é o fato de que é composto por usos, costumes, modelos jurídicos e princípios gerais de direito, ao invés de regras como as dos ordenamentos estatais.

Os modelos jurídicos aparecem, sobretudo, na criação dos contratos, e os usos e costumes codificaram-se, na maior parte das vezes, setorialmente.

A interpretação dos contratos é feita a partir de princípios gerais como a boa-fé, o *pacta sunt servanda*, a força maior e outros. Estes princípios, como bem explica Eric Loquin, não se distinguem daqueles admitidos nos direitos nacionais, mas são fruto da convergência das interpretações e aplicações que recebem nesses sistemas e da sua aceitação pela comunidade mercante internacional. Nisto assemelham-se à mecânica ou processo de criação dos modelos jurídicos, usos e costumes.⁸⁸

Acerca do processo de codificação dos costumes, esteira do esforço convergente, apresenta-se, como exemplo, a criação pela *International Chamber of Commerce* (ICC), em 1933, das Regras e Usos Uniformes sobre Créditos Documentários; e dos INCOTERMS, em 1953.⁸⁹ Nesse caminho de positivação do direito costumeiro, passando a *prática reiterada aceita como direito*⁹⁰ a comando textual, tem atuação destacada o UNIDROIT.⁹¹⁻⁹²

vontade das partes, boa-fé, e *pacta sunt servanda*); decisões arbitrais. Os usos e costumes internacionais consistem na repetição, de maneira constante e uniforme, de atos idênticos - comissivos ou omissivos - com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram a sua força como norma a seguir na prática de tais atos. São a lei que o uso estabeleceu, e que se conserva, sem ser escrita, por força de uma longa tradição. Na prática comercial, revelam-se, sobretudo, na interpretação de contratos, a práxis dos comerciantes. Com o tempo, esses usos desenvolveram-se e cristalizaram-se em contratos-tipo: fórmulas contratuais padrão elaboradas por organismos que lidam com o comércio internacional, e que, embora facultativas, pelo seu alto grau de especialidade, constituem verdadeiro formulário, contendo regras materiais claras e também normas sobre a sua interpretação. [...] A prática arbitral também contribui para esclarecer os delineamentos dessa *lex mercatoria*, assumindo o papel de uma jurisprudência quase vinculante. Além disso, o recurso à arbitragem é a fórmula mais usada para resolver os litígios decorrentes de uma relação comercial transnacional, sendo a cláusula arbitral uma das mais usuais nesses contratos. Os contratos internacionais são o instrumento por excelência do fluxo comercial internacional. Por regularem situações jurídicas multiconectadas, poderão estar ligados a mais de um ordenamento jurídico. Isso traz grande incerteza, pois os ordenamentos não são uniformes." ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 313 a 315. H. Patrick Glenn defende que os princípios do UNIDROIT ultrapassam a acepção teórica, funcionando como consubstanciação prática da *lex mercatoria*: "The UNIDROIT principles go beyond the *lex mercatoria* in its historical sense, because they provide a general codification of contractual principles intended to be applied in all international, commercial (though not consumer) contracts. They provide a model for national legislators; a means of interpreting and supplementing international instruments; a compendium of 'neutral language' useful in drafting contracts; and a set of rules that may be used [...] in the resolution of contract disputes." GLENN, H. Patrick. *An International Private Law of Contract*. In. BORCHERS, Patrick J.; ZEKOLL, Joachim. *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. p. 59.

⁸⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 65.

⁸⁹ Idem. p. 65 e 66.

⁹⁰ Artigo 38, § 1º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

⁹¹ "O objetivo do UNIDROIT é estudar as necessidades e os métodos para a modernização, a harmonização e a coordenação do Direito Privado - em especial, o Direito Comercial - entre Estados e grupos de Estados. Fundado em 1926, como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, o Instituto foi restabelecido em 1940, após a dissolução da organização, com base em um acordo multilateral, o Estatuto Orgânico do UNIDROIT, aprovado em 15.03.1940 e emendado pela última vez em 26.03.1993." NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 77. Também para Nádia de Araujo desempenham os *Princípios* importante atribuição: "[...]

Em relação ao direito contratual internacional, vale ressaltar a elaboração pelo UNIDROIT dos *Princípios*⁹³:

Os *Princípios* versam, principalmente, normas gerais sobre contratos: normas que possuem um traço comum com a maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos e aspiram, além disso, prover as soluções mais adaptadas às exigências específicas do comércio internacional [...] Assim, quando da seleção das normas integrantes dos *Princípios*, consideram-se, entre outros elementos, a força persuasiva ou sua particular adequação à disciplina das operações internacionais, ou, em conjunto, ambos os fatores.⁹⁴

Sem embargos da crítica ao comportamento exclusivamente mimético, já apresentada nesta dissertação, é compreensível que os empreendedores privados enxerguem com alguma desconfiança a pluralidade normativa e queiram imprimir maior estabilidade ao sistema, consonante a enunciação de rol mínimo de normas aplicáveis às transações internacionais.⁹⁵ Podendo intervir apenas limitadamente nos ordenamentos jurídicos internos, privilegia-se a *lex mercatoria*, a tecer estatuto aplicável em dimensão distinta, daquela interna.

3.2 Definição do Contrato Internacional e Elementos de Conexão - A Internacionalidade Empiricamente Verificada.

os *Princípios* elaborados pelo UNIDROIT são uma das demonstrações da comunidade internacional sobre aspectos substanciais da *lex mercatoria*, sendo uma fonte de regras que pode ser usada como guia tanto para a elaboração de cláusulas, quanto no momento em que houver um litígio, ajudando juízes e árbitros a encontrar a solução que mais se coaduna com uma prática comercial harmonizada." ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 316.

⁹² "In 1980 the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) set up a working group to prepare a set of principles for international-commercial contracts. The working group reported in 1994 and its report was accepted by the Governing Council of UNIDROIT". FURMSTON, Michael. *Law of Contracts*. p. 29.

⁹³ Lauro da Gama e Souza Jr. explica acerca da ampla aceitação dos *Princípios* do UNIDROIT: "Prova eloquente de sua aceitação entre os operadores de direito é o fato de, pouco mais de dez anos a partir de sua edição, em maio de 1994, terem sido repertoriados perto de 130 casos de aplicação dos *Princípios* do UNIDROIT por tribunais judiciais e arbitrais. Sem contar os casos que, em virtude do sigilo característico das arbitragens, jamais foram publicados." SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: Uma Nova Dimensão Harmonizadora dos Contratos Internacionais*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 357.

⁹⁴ Idem. p. 361.

⁹⁵ "A pluralidade de regras e sistemas jurídicos nasce das peculiaridades de cada um desses últimos, em que o processo judicial, o modo de sentir e interpretar o direito, e a legislação também são próprios de cada local - e a aplicação se faz por meio de regras de conflitos de leis próprias ao juiz ou intérprete. Diferenças essas que conduzem inexoravelmente a certa insegurança jurídica no comércio internacional. [...] A diversificação normativa, sendo elemento de insegurança jurídica e econômica, tem sido alvo de constantes esforços para superação de seus efeitos." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 83 e 84.

A internacionalidade dos contratos internacionais se exprime, usualmente, tanto no campo jurídico, quanto no campo econômico.

Sob o viés econômico, em estreita síntese, o contrato internacional pressupõe fluxo internacional, traduzido na movimentação transfronteiriça de bens e/ou de serviços, acompanhada, nos contratos mercantis, do correspondente fluxo financeiro.⁹⁶

Tributariamente ao aspecto econômico, o qual é factual, já que a existência de um fluxo internacional é concretamente verificável, classificam-se os contratos internacionais juridicamente.⁹⁷

Segundo enunciação de Battifol:

um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua elaboração ou sua execução, ou a situação das partes quanto à nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um ordenamento jurídico.⁹⁸

Mais do que uma lista taxativa de interconexões possíveis a ligar partes contratantes a ordenamentos jurídicos alhures, a definição de Battifol reconhece as mais evidentes e tradicionais hipóteses de internacionalidade, já então admitidas como guisas das normas de conexão.⁹⁹⁻¹⁰⁰⁻¹⁰¹

Fugindo de uma claustrofóbica classificação, no Reino Unido, o *Unfair Contract Terms Act*, de 1977, abre ao intérprete a possibilidade de, a depender do caso, definir o

⁹⁶ Idem. p. 21.

⁹⁷ A autonomia da classificação econômica em relação à jurídica não significa que elementos de um campo não sirvam para a caracterização no outro, conforme aponta Jacob Dolinger: "Necessário conceituar o que é um contrato internacional, como ele se distingue do contrato interno [...]. A questão teria sido originalmente tratada pela Corte de Cassação da França. Em sua primeira manifestação, em 1927, entendeu que há de se aplicar um critério econômico para detectar o fenômeno da contratação internacional, e este se caracterizaria pelo que denominou fluxo e refluxo através das fronteiras." DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado Vol II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. p. 224.

⁹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 23

⁹⁹ "Em outras palavras, o contrato é internacional não em virtude de uma regra, porém tem essa condição de fato que se constata a partir de um feixe de elementos que não cabem numa enumeração rígida." Idem. p. 23

¹⁰⁰ Para Irineu Strenger: "são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução, ou qualquer circunstância que exprime um liame indicativo de Direito aplicável." STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. p. 81.

¹⁰¹ Sobre a dificuldade de se conceituar juricamente os contratos internacionais: "The exact meaning of the term 'international contract' is not always clear, but it generally refers to a contract that has links with more than one legal system. Relevant links usually include the residence and places of business of the parties, the place of conclusion of the contract, the places of performance of the contract, etc." KRUGER, Thalia. *Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux: aperçu et analyse des instruments existants*. In. Hague Conference on Private International Law, 08 mars 2007. p. 9.

contrato como internacional. O *Arbitration and Conciliation Act*, de 1996, adota critério similar, e admite, como vínculo de conexão, a eleição pelos contraentes de jurisdição estrangeira, distinta da inglesa.¹⁰²

Nos Estados Unidos, no caso *Bremen v. Zapata*, de 1972, o órgão constitucional norte-americano reconheceu a validade e a eficácia da cláusula de eleição do foro inglês, entendendo-a como reveladora da vontade das partes de que a regência se desse pela Lei Inglesa. Isto é, em face da ausência de cláusula específica a eleger uma lei nacional, e dados os contornos essencialmente internacionais do contrato, a Suprema Corte interpretou como jacente à vontade das partes que a lei de regência fosse a inglesa, para cuja construção contribuiu decididamente a indicação da cláusula de eleição de foro, segundo a qual as controvérsias atinentes ao contrato seriam resolvidas em Londres.

Subsequentemente, em 1974, no caso *Scherk v. Alberto Culver*, a Corte Constitucional Estadunidense fixou critérios adicionais, a balizar a interpretação das cortes inferiores, quais sejam: a nacionalidade das partes e o centro de seus interesses; o lugar das negociações; o lugar da assinatura; o lugar da celebração (*closing*); e o objeto do contrato. No tocante a esta decisão (*Scherk v. Alberto Culver*), vale destacar o *centro de interesses* como elemento de estraneidade. É exatamente nesse ponto que a teoria tradicional dos contratos internacionais parece injustificadamente tímida.

Ora, não é incomum que os contratos firmados em dado país, para a execução de serviços naquele mesmo local, por pessoas jurídicas pátrias, sejam essencialmente internacionais.

Esta aparente contradição cede em face de análise pormenorizada. De fato, é habitual que os investidores estrangeiros constituam empresas locais. Afinal, uma vez concluído o projeto, e seguindo-se a fase operacional, o ente local - e não o estrangeiro - será aquele a desenvolver as atividades.¹⁰³ Também é igualmente frequente que, mesmo em estágio preparatório à operação e ainda na fase de projeto, sobretudo nos de grande vulto, tenha-se, como requisito, a expedição de atos autorizativos internos, a exemplo do licenciamento

¹⁰² José Cretella Neto nos lembra que já constava do *Arbitration Act*, de 1959, definição negativa, a partir da qual se deduziria o que é contrato internacional. Assenta a referida lei os critérios da nacionalidade e do domicílio, comulando-os com a escolha de uma lei ou de local fora do alcance da jurisdição inglesa, distinguindo a arbitragem doméstica da internacional. NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 45.

¹⁰³ É decorrência do primado de segurança, que os órgãos jurisdicionais locais possam alcançar a sociedade operadora, bem como seus bens; o que seria de sobremaneira dificultado, caso admitida a operação por ente alienígena.

ambiental. Essas permissões não podem ser emitidas em nome do investidor estrangeiro, devendo relacionar-se à sociedade localmente estabelecida.

O capital necessário ao empreendimento é remetido, contudo, da sede da transnacional, e é admitido, quase sempre, como aporte de capital na nascente sociedade. Ganha relevo o *centro de interesses* - não o do local de execução do contrato, mas aquele de onde partiu a decisão de firmá-lo - como elemento marcante da conexão internacional.

Sobre essa concentração decisória, a caracterizar a sede das transnacionais como o *centro de interesse*, em oposição ao local da incorporação da subsidiária ou sociedade controlada, Luciano Benetti Timm afirma:

[...] a *lex mercatoria* (e os contratos comerciais por implicação) é feita essencialmente pelas empresas transnacionais (boa parte delas sediada nos Estados Unidos) e por seus enormes escritórios internacionais, igualmente sediados nos Estados Unidos.¹⁰⁴

Particularmente nos contratos internacionais de construção, ainda que inexista uma relação direta entre a remessa do exterior e a construtora localmente contratada, a transação, como um todo, é tipicamente internacional, funcionando a sociedade pátria como intermediário necessário à concretização do investimento.

É, inclusive, comum que - para otimização fiscal - a natureza triangular da relação estabelecida entre a sede da transnacional, a sociedade incorporada localmente e a construtora contratada seja mitigada, assumindo dimensão direta, pagando a sede da transnacional em contas de titularidade da contratada no exterior, sem que o capital chegue a entrar no país hospedeiro.

Como corolário dessas teias inter-relacionais, é cada vez mais recorrente que contratos assinados no Brasil, para serem aqui executados, ainda que envolvam apenas partes locais, sejam redigidos em inglês ou outro idioma estrangeiro, de modo a permitir que os centros das transnacionais possam avaliar juridicamente a transação. Em adição, o uso de *standards* contratuais internacionalmente consagrados permite maior controle pelo investidor estrangeiro.¹⁰⁵

¹⁰⁴ TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law: Uma Introdução ao Direito Contratual Norte-Americano*. p. 13.

¹⁰⁵ Na prática, os advogados internos das sociedades locais ou os escritórios que os assessoram têm autonomia limitada, dependendo da aprovação da matriz a alteração ou o ajuste de cláusulas tidas como sensíveis nos formulários-padrão internacionais.

O idioma e a eleição de *standard* contratual¹⁰⁶ seriam, assim, importantes indicativos da internacionalidade do contrato, a qual continuaria dependente da análise concreta.¹⁰⁷

No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve, em seu artigo 9º, a *lex loci contractus*, isto é, o lugar de celebração do contrato ou aquele de onde se ofertou, como definidor do ordenamento jurídico ao qual o contrato se conectará. Esse critério não desprestigia a autonomia da vontade das partes, uma vez que poderiam elas optar por firmar o contrato onde preferissem, estabelecendo, segundo a Lei Brasileira, a conexão necessária com o ordenamento pretendido. Apenas para os contratos aos quais se estabelece forma essencial, reserva-se critério mais rígido, prevalecendo o lugar da execução da obrigação - *lex loci executionis*.

Mais que uma formulação indireta, do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em interpretação harmonizada ao imperativo constitucional da liberdade, extrai-se a possibilidade de que as partes elejam expressamente a lei aplicável a dado contrato.

Não precisariam os contratantes, portanto, transpor-se fisicamente ao local eleito, ônus desnecessário, bastando que indicassem no próprio instrumento contratual o ordenamento jurídico aplicável.

Lauro da Gama e Souza Jr. defende que a inexistência de vedação no artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), designada pelo autor como uma *cláusula legislativa implícita*, a autorizar o exercício amplo da autonomia da vontade das partes, permitiria a escolha da lei aplicável ao contrato:

¹⁰⁶ "Nos contratos internacionais, há larga messe em que se recorre a fórmulas-padrão ou condições gerais, onde há sempre estipulação da lei aplicável. Os contratos da *Grain and Feef Trade Association* - Gafta, por exemplo, sujeitam as partes à arbitragem na Inglaterra, e a convenção à lei inglesa. O mesmo ocorre com os celebrados segundo as fórmulas da *London Rubber Trade Association*, da *Incorporated Oil Seed Association*, da *London Rice Brokers*, da *Liverpool Copra Association*, da *American Spice Trade Association* - Ast; referências ao direito alemão são recorrentes nos contratos de transporte de armadores teutônicos, sendo que as condições gerais da venda a países estrangeiros das indústrias Krupp (*Friedrich Krupp Germaniawerft A.G., Kiel-Garten*) também estipulam a submissão do contrato à lei germânica." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 51. Resta claro que muitos dos *standards* contratuais guardam íntima relação com dado ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, do *Americanized Welsh Coal Charter* (AMWELSH) - modelo adotado pela *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) para o afretamento de embarcações transportadoras de carvão. Esse modelo foi criado a partir da adaptação levada a efeito pela *Association of Ship Brokers & Agents in New York* do modelo indicado pela BIMCO. Ganhou tamanha relevância que a BIMCO passou a recomendar esse contrato como padrão para as cargas de carvão oriundas ou destinadas aos Estados Unidos. Parece natural que, em face da omissão das partes, o intérprete considere a lei de Nova York como aplicável a esse contrato. O AMWELSH é um exemplo, entre inúmeros resultantes de formulários-padrão empregados por associações internacionais. Para uma análise mais detalhada do modelo AMWELSH, recomenda-se a leitura das *Explanatory Notes*, cunhadas pela BIMCO, no sítio eletrônico <https://www.bimco.org/>.

¹⁰⁷ Como elementos adicionais, e ao lado dos tradicionais, enunciados por Battifol, admitem-se o local do pagamento e o foro escolhido pelas partes. Nesse sentido, José Cretella Neto sintetiza os elementos de conexão: pessoa dos contratantes (nacionalidade ou domicílio); objeto do contrato (formação ou execução); moeda; fluxo de bens; transfronteiricidade; espécie de relação mercantil; tratados; lei uniforme. NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 45.

Em suma: a *filtragem constitucional* do artigo 9º da LICC exclui, por inconstitucional, a condição vedatória da eleição do direito aplicável ao contrato, que é incompatível com a liberdade fundamental garantida no artigo 5º, § 2º, da Constituição. E, mais que isso: assegura objetivamente a validade e eficácia da escolha das partes, feita no âmbito do sistema de DIPr, através de cláusula legislativa implícita, concretizadora da tutela constitucional da liberdade [...]. A razão desse entendimento é singela. De um lado, a proteção constitucional da liberdade impede que uma interpretação ampliativa do artigo 9º da LICC reduza o âmbito da autonomia da vontade em sede contratual, estabelecendo restrição inexistente no direito positivo. De outro, a eficácia objetiva e irradiante da cláusula constitucional de liberdade [...] erige um direito particular frente ao Estado para que este não impeça ações e omissões - um direito de autodeterminação da pessoa. Autoriza, pois, o intérprete e aplicador da lei a extrair plenos efeitos da eleição do direito aplicável feita pelos contratantes, mesmo que não exista previsão legal expressa a respeito.¹⁰⁸

Epítome da autonomia da vontade é, assim, a permissão de que as próprias partes escolham a lei de regência, o que, por sua vez, outorga maior grau de segurança à relação contratual.¹⁰⁹

Também o caminho de privilegiar a autonomia decisória privada foi o seguido pela Corte de Cassação Francesa, ao postular que a lei aplicável ao contrato é aquela adotada pelas partes; cabendo ao intérprete, tão somente nos casos de inexistência de declaração manifesta, investigar, a partir da economia da convenção e das circunstâncias da causa, qual a lei a que se subsumem as relações decorrentes de dado contrato.¹¹⁰ Na ausência de manifestação inequívoca, recorrer-se-ia, então, aos elementos apresentados (idioma, lei do foro, entre outros) como indicadores da subentendida vontade das partes.¹¹¹

¹⁰⁸ SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 620.

¹⁰⁹ "Os operadores do comércio internacional almejam certeza e segurança, que nesse ambiente imperfeito não conseguem. Uma de suas escapatórias para uma angra legislativa segura é a escolha da lei aplicável, cujas consequências podem variar, e alcançam-na pelo mecanismo chamado *autonomia da vontade*. O procedimento dos operadores experientes é o recurso a um bom contrato, cuidadosamente escrito, que esteja preso, como uma ostra ao casco, a uma ordem jurídica favorável, o que lhes permite prever as consequências jurídicas e a competência jurisdicional, sempre desejando não se servir desta." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 46.

¹¹⁰ Idem. p. 47 e 49.

¹¹¹ No tocante à eleição expressa, essa liberdade não se exerce, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, de forma irrestrita, impondo-se a comprovação de que o contrato tem, de fato, algum vínculo com o ordenamento escolhido. Busca-se, dessa forma, evitar a figura da *evasion of law*, a qual se configura, sempre quando os contratantes escolhem lei distinta daquela que se presumiria aplicável, para burlar comando imperativo de uma jurisdição. Nesse caso, a eleição da lei não seria manifestação da vontade dos contraentes de submeter o contrato a uma lei nacional específica, mas vontade de burlar ilegalmente norma imperativa, o que nenhum ordenamento pode admitir.

Nesse contexto, parece adequada a consideração de um contrato como *internacional*, quando a *lex mercatoria* reconhece-o como tipicamente internacional, dispensando àquele contrato regulação própria, fundada na prática comercial internacional.¹¹²

O efeito imediato da assunção de dado contrato como internacional seria a imposição ao juiz ou ao árbitro do dever de interpretá-lo, segundo hermenêutica própria, observando a tutela da *lex mercatoria* àquela relação.

Para Heleno Taveira Tôrres:

[...] sempre que dois contratantes, mediante exercício de vontade livre e sem violência, procuram ajustar os termos de um contrato envolvendo elementos de estraneidade correspondentes a mais de uma jurisdição, tem-se na espécie um contrato internacional. **E só isso já o torna objeto de tratamento diferente das demais modalidades contratuais, a merecer um específico modelo de hermenêutico e de regulamentação.**¹¹³ [grifado]

No Brasil, por exemplo, onde não houve ainda recepção de nenhuma das convenções de *lex mercatoria* internacional, **isso não é suficiente para afastar o dever de tratamento hermenêutico diferenciado do intérprete, pelo vínculo valorativo entre a causa do contrato e todos os elementos que o configuram juridicamente, acomodando-o em regime compatível com sua circunstância, em face dos distintos elementos de estraneidade que o envolvem.**¹¹⁴ [grifado]

Mesmo a eleição de um direito nacional como regente da relação contratual não afastaria o caráter internacional do contrato, caso a *lex mercatoria* dispensasse a ele tratamento próprio. Subsistiria, então, o mandamento conciliatório entre a vontade das partes - indicativa de um direito nacional - com os princípios extraídos da *lex mercatoria*. Essa harmonização é sintetizada por Lauro da Gama e Souza Jr. na metáfora de um *diálogo de fontes*:

Aliando a teoria à prática, no exemplo dado linhas atrás, de um contrato internacional de agência (representação comercial) no qual as partes elegeram o direito francês, o juiz não poderá deixar de respeitar a autonomia privada dos contratantes. Mas também deverá estabelecer um diálogo entre as fontes, justificando a solução alcançada através do direito nacional eleito mediante a utilização de normas internacionalmente conhecidas, como os Princípios do UNIDROIT [...]. Sem embargo do direito do respeito à liberdade de escolha das

¹¹² "Sempre que tratam de contratos internacionais, o juiz ou o intérprete leva (ou deveria levar) em conta que estes acordos, muito embora submetidos às leis de um país, têm características que não correspondem exatamente às dos contratos celebrados para produzir seus efeitos integralmente dentro do país." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 174.

¹¹³ TORRES, Heleno Taveira. *O Dever de Respeito às Qualificações como Medida de Proteção à Segurança Jurídica Internacional – Um Caso: Contratos de Produção e o Modelo Turnkey à Luz do Direito Brasileiro*. In. TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Comércio Internacional e Tributação*. p. 100.

¹¹⁴ Idem. p. 101.

partes, deve o aplicador do direito, diante do caso concreto, mitigar a ideia de exclusão, inerente ao método conflitual clássico de DIPr, e enfrentar os desafios de harmonizar e coordenar as várias normas jurídicas aplicáveis, estabelecendo, através do diálogo de fontes, uma coordenação flexível e útil entre elas, que proporcione a melhor solução possível para os casos complexos do comércio internacional.¹¹⁵

José Luis Siqueiros, ao investigar o papel do UNIDROIT, destaca que ao propor novo regramento da internacionalidade dos contratos, os *Princípios* daquela instituição não se fiam a nenhum dos critérios tradicionais, aproximando-se a natureza *internacional* dos contratos à *lex mercatoria*:

los Principios de UNIDROIT establecen reglas generales concebidas para los contratos mercantiles internacionales. Los Principios no adoptan expresamente ninguno de los criterios formulados en el ámbito del derecho convencional en torno a la internacionalidad. Para UNIDROIT existe la presunción de que dicho concepto aplicado a los contratos debe de ser interpretado en el sentido más amplio posible, para excluir de dicha calificación sólo aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad, i.e., cuando todos los elementos transcendentales de contrato tengan puntos de conexión con una sola nación.¹¹⁶

Trata-se, evidentemente, de enquadramento estabelecido em sentido negativo. Dessa forma, apenas quando o contrato possui todos os elementos (que lhe são afeitos) ligados a um único ordenamento, é ele contrato *nacional*; enquanto todos os demais, a transparecer qualquer elemento de estraneidade, considerar-se-ão *internacionais*.

Tem-se, assim, nova proposta de classificação, segundo a qual os elementos de conexão seriam facilitadores da função do intérprete em avaliar a internacionalidade de um contrato; sendo, porém, fator primordial o reconhecimento pela ordem jurídica internacional (*lex mercatoria*) daquele contrato como *internacional*.

3.3 O Contrato Internacional como Fato Social

¹¹⁵ SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 626.

¹¹⁶ Tradução livre do autor: "Os *Princípios* do UNIDROIT destinam-se a estabelecer normas gerais concebidas para os contratos comerciais internacionais. Os *Princípios* não adotam expressamente nenhum dos critérios de internacionalidade, formulados no âmbito do direito convencional. Para o UNIDROIT existe a presunção de que o referido conceito [de internacionalidade], aplicado aos contratos, deve ser interpretado no sentido mais amplo possível, para excluir desta classificação apenas as relações contratuais que não têm qualquer elemento internacional, ou seja, quando todos os elementos do contrato estabelecem conexão com uma só nação". SIQUEIROS, José Luis. *Los Nuevos Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 563.

O contrato exerce função estabilizadora, a superar o voluntarismo individual e a permitir a circulação de riquezas.¹¹⁷ Caracterizado como ato jurídico, mediante o qual as partes disciplinam as relações recíprocas, o contrato apresenta-se como manifestação da autonomia privada e verdadeiro instrumento de autodeterminação.¹¹⁸ Como resultado, o vício do consentimento, que desconfigura a essência volitiva do contrato, implica em sua nulidade.

No plano internacional, dadas as diferenças culturais, sociais, econômicas e jurídicas, o grau de desconfiança tende a ser maior que na instância interna, daí o contrato se apresentar como instrumento fundamental para a estruturação do sistema internacional.

Por sua vez, o exercício dessa liberdade contratual manifesta-se em duas dimensões principais, a liberdade de contratar com quem convier, e a liberdade de contratar nas bases que melhor lhe couberem.

Superada a concepção liberal, cunhada no pós-Revolução Francesa, de que ao Estado cabia unicamente papel negativo; assumiram as democracias ocidentais, em especial depois da derrota dos regimes nazifascistas em 1945 e como oposição à expansão comunista, a atribuição de instaurar ordens jurídicas internas, orientadas à mitigação dos desequilíbrios.¹¹⁹

Ganhou espaço a noção de que as liberdades individuais, inclusive a contratual, deveriam ser limitadas por normas imperativas de direito, de forma que se impedisse que o postulado da livre contratação redundasse na escravização do contraente mais fraco.¹²⁰⁻¹²¹

Amparou-se a ação reguladora do Estado na flexibilização do conceito primitivo de *relatividade dos contratos*; sendo certo que, a partir do reconhecimento de que o contrato significa um fato social *per se*, a afetar direta ou indiretamente terceiros que dele não participam, permitiu -se reduzir a latitude da autonomia privada.

¹¹⁷ TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. p. 55 e 59.

¹¹⁸ NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 71

¹¹⁹ Sobre o longo percurso entre o liberalismo clássico e a moderna interpretação da autonomia privada, em particular nos Estados Unidos: "For half a century ending in the late 1930s, the Supreme Court invalidated, although fitfully, a number of state and federal statutes regulating economic activity, on the ground that restrictions on liberty of contract, to be consistent with due process, must be justifiable on the basis of classical economic theory [...]" POSNER, Richard A. *Economic Analyses of Law*. p. 881.

¹²⁰ "No mundo atual, sentimos a imperante precisão de que o Estado intervenha na ordem contratual, para que a mesma não seja instrumento de escravização. Essa intervenção, por normas de ordem pública, evita o desequilíbrio." AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. p. 12.

¹²¹ Sobre a moderna leitura da autonomia privada, Fábio Ulhoa Coelho dispõe: "A noção de autonomia privada foi, então, elaborada na tentativa de compatibilizar, de um lado, o reconhecimento do poder de os sujeitos de direito disporem de seus próprios interesses de modo juridicamente válido e eficaz; e, de outro, as limitações impostas pela necessidade de tutelar o contratante débil." COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Vol III*. p. 37.

[...] a acepção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.¹²²

É essa capacidade de influenciar a realidade social - e não apenas a jurídica - que imprime uma leitura do contrato como fenômeno social. Afinal, todo ato jurídico é, antes de mais nada, um fato social, porquanto aquela dimensão não se dá em outro universo que não o das relações humanas.¹²³

Uma das balizas da flexibilização da autonomia privada é exatamente a função social do contrato. Dessa forma, imprime-se decisiva força à noção de que o contrato deve, em última instância, ser um atenuador de desequilíbrios; e, não, uma fonte de novas distorções. A exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, e que, em seu artigo 5º, Inciso XXIII, impõe a função social como limitadora da propriedade, o Código Civil determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.¹²⁴

É por uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, do Código Civil, que se vê o ímpeto do legislador de que a função social do contrato seja considerada como princípio basilar, a legitimar a liberdade contratual. Seria, nesse particular, a *função social* fundamento da ordem pública.

A função referida na lei é uma limitação da liberdade de contratar, no sentido da invalidade dos contratos que não a cumprem. Tanto assim que considera o Código, numa regra de caráter transitório, que o contrato sem função social é nulo por contrariar norma de ordem pública (artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil).¹²⁵

Tamanha é a gravidade do tema que ao contrário da boa-fé, cujo desrespeito no plano contratual afeta, precipuamente, a relação privada; a inobservância da função social do contrato deságua na própria invalidade do ato jurídico.¹²⁶

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 13.

¹²³ Sobre a indissociabilidade entre o aspecto prático, econômico, e o jurídico, Luiz Olavo Baptista expressa-se: "Em suma, o contrato internacional, sendo uma operação econômica internacional (e, logo, meio de promover a circulação de riquezas entre as nações), não deixa de ser um conceito jurídico." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 29 e 30.

¹²⁴ "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

¹²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Vol III*. p. 50.

¹²⁶ Idem. p. 51.

Definida a função social como possível manifestação da ordem pública, cabe, agora, a apresentação, ainda que superficial, desse conceito, porquanto será o mesmo indispensável à análise, em capítulo posterior, de como o ordenamento pátrio modula alguns dos efeitos do Contrato EPC.

3.4 Ordem Pública - Paradigma de Controle

No direito interno, a ordem pública funciona como princípio limitador da vontade das partes; obstando que entes privados disponham em sentido contrário a ela. No direito internacional, a ordem pública pode impedir a aplicação de leis estrangeiras; a execução de sentenças proferidas no exterior; e o reconhecimento de atos realizados em outros países. É exatamente em relação a esta última decorrência, que a ordem pública toca aos contratos internacionais.¹²⁷

Com propriedade, Jacob Dolinger ressalta que, embora a ordem pública comporte uma dimensão jurídica, não é esta a única. O princípio de ordem pública - em acepção ampla - é também filosófico e moral. Dessa forma, a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade média de dada época.¹²⁸

No Brasil, o artigo 17 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro equipara a ordem pública aos *bons costumes*. Em que pese a tautologia de se definir um conceito por outro, equivalente; ao assim proceder, o legislador brasileiro reforçou o componente moral, presente na noção de ordem pública.

Como não há estabilidade da moral, tem-se a ordem pública como relativa ao tempo e ao lugar.¹²⁹ E é essa instabilidade que Dolinger revela como característica definidora da ordem pública.

Visto que o conceito da ordem pública emana da *mens populi*, compreende-se que seja relativo, instável, variando no tempo e no espaço. Assim como a noção de ordem pública não é idêntica de um país para outro, de uma região para outra,

¹²⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. p. 385 e 386.

¹²⁸ Idem. p 386.

¹²⁹ "[...] o que se entende por ordem pública em uma determinada época, inclusive o seu significado conceitual, obedece a variações temporais e locais." MIRAGEM, Bruno. *Conteúdo da Ordem Pública e os Direitos Humanos - Elementos para um Direito Internacional Pós-Moderno*. In. MARQUES, Claudia Lima (Org.) e ARAÚJO, Nadia de (Org.). *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. p. 313.

também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região.¹³⁰

Tributariamente à marcada instabilidade, associa-se a ordem pública à *contemporaneidade*: sendo a ordem pública relativa, obriga-se o intérprete a avaliar o fato, conforme a moral aplicável à época do julgamento, e não ao tempo da ocorrência do fato. Na medida em que a ordem pública caminha em direção a uma maior liberalidade, os atos pretéritos, realizados sob a égide da moral anterior, quando o ordenamento do foro não os poderia admitir, serão reconhecidos ante a superveniência de nova concepção moral. Similarmente, caso a moral tenha se enrijecido, poderá ato - até então admissível - ser rechaçado.

A percepção de que uma mesma conduta, a depender do grau de afronta ao comando moral, possa ser classificada como atentatória à ordem pública ou não, rompe com a segmentação estreita que propunha classificar as normas como de ordem pública ou correntes.¹³¹

É o caso do didático exemplo sugerido por Dolinger, para quem norma estrangeira que atribua maioria civil a uma criança de 10 anos, por seu potencial lesivo à ordem pública brasileira, deva ser considerada inadmissível; ao passo que norma estrangeira a outorgar maioria a um adolescente 16 anos deva ser reconhecida no País, em que pese ambas contrariarem um mesmo comando jurídico - o de que a aptidão para os atos civis se obtém apenas com a completude dos 18 anos.

Torna-se, portanto, indispensável que uma conduta potencialmente violadora à ordem pública seja aferida, não de forma objetiva; mas levando-se em consideração uma gradação, a qualificar se é, de fato, inaceitável àquela sociedade.¹³² Compreende-se, assim, a dimensão moral a que Dolinger referia como indissociável à ordem pública.

¹³⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. p. 389.

¹³¹ "Valery dizia que as leis de ordem pública não são outra coisa senão as leis imperativas e proibitivas. Antoine Pillet escreveu que em Direito Internacional Privado há que se distinguir entre as leis que concernem e as leis que não concernem à ordem pública. Daí o esforço em que concorriam os autores europeus de enumerar e classificar as leis internas de natureza cogente, leis de ordem pública, insubstituíveis por leis de outras jurisdições. Foi Etienne Bartin quem divergiu da classificação das leis, assinalando que a mesma lei poderá às vezes ser caracterizada como de ordem pública e às vezes isto não ocorrerá." Idem. p. 390.

¹³² Cristalina é a exposição feita por Izabel de Albuquerque Pereira, em relação à qual, neste trabalho, não temos o que acrescentar: "Costuma-se, na doutrina, ao enfrentar o tema da conceituação da ordem pública, equiparar a expressão ordem pública à lei de ordem pública, a qual, por sua vez, confundir-se-ia com a ideia de leis imperativas. [...] Em que pesem as opiniões destes ilustres juristas, parece-nos um manifesto equívoco incidir nesta assertiva, visto que, na realidade, a autotitulação de uma norma legal como de ordem pública é destituída de boa técnica jurídica, eis que a ordem pública não é um fenômeno endógeno à norma, mas sim o princípio que inspirou o legislador a editar essas leis imperativas, e que, portanto, com elas não se confunde, uma vez que as antecede, atuando como o fundamento da ordem jurídica." PEREIRA, Isabel de Albuquerque. *A Ordem Pública*

3.5 A Estandarização dos Contratos Internacionais e a Atuação da FIDIC

A estandarização contratual consiste na elaboração de minutas para modalidades contratuais específicas. Esse processo permite maior controle na atuação das transnacionais, sobretudo quando o contrato estabelece a lei de regência e o foro arbitral ou jurisdicional no local da sede da transnacional.

Inegavelmente, a intensificação dos fluxos mercantis internacionais nas últimas décadas fortaleceu a estandarização dos contratos como tendência uniformizadora, a qual já se observava, porém, há pelo menos um século. Do ponto de vista histórico, foi a transformação do capital liberal para o monopolista, experimentada na passagem do século XIX para o XX, que levou as empresas, especialmente aquelas que atuavam em setores altamente concentrados, como o ferroviário, a cunhar os primeiros *standards* contratuais.¹³³

O fenômeno assumia, porém, contornos distintos dos de hoje: à época, o processo de estandarização fomentava-se pela tentativa de impor, não um padrão temático; mas o modelo de dada empresa às contrapartes.

Such documents are not in themselves novelties: the classical lawyer of the mid-Victorian years found himself struggling to adjust his simple conceptions of contract to demands of such powerful bodies as the rail companies.¹³⁴

Embora subsistam formulários-padrão criados e aplicados por empresas nos mais distintos setores econômicos¹³⁵; o vetor predominante, no presente, é movido pelo reconhecimento das regras já praticadas, para a estabilização da matéria em minuta contratual. Seria, nessa dimensão, a estandarização contratual positivamente privada da *lex mercatoria*.¹³⁶

nas Arbitragens Internacionais. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 511.

¹³³ FURMSTON, Michael. *Law of Contracts*. p 21.

¹³⁴ Tradução livre do autor: "Esses documentos não são, em si próprios, uma novidade: um advogado típico da época vitoriana se deparava com a batalha de ajustar disposições contratuais simples com poderosas instituições, como as empresas ferroviárias." Idem. p. 21.

¹³⁵ Como exemplo, citamos o formulário-padrão *Shellvoy 6*, que fixa as regras gerais de contratação da holandesa Shell para o afretamento de embarcações.

¹³⁶ "In any democratic society, the freedom of the individual to contract has been deemed the supreme facet of freedom since the beginning of social intercourse. The extensive growth of commercial activities in the nineteenth and twentieth century's produced some abuse of this freedom, necessitating intervention by the State in the form of legislation to prevent monopoly and its harmful effects on society. This intervention, however, has not always been by way of legislation. In some cases, it has been initiated by specific groups of people interested in preserving the concept of fair play in a certain commercial activity. Others have done the same to prevent one-sided agreement in which the strong might impose their will on the weak. The result was the *standard forms of*

A estandardização passou, então, a ser estimulada por associações independentes; e as minutas-padrão, orientadas ao equilíbrio dos desejos dos múltiplos atores engajados em dado campo econômico.¹³⁷

A ação dessas associações internacionais se dá, quase sempre, pela reunião de grupos de trabalho setoriais, dedicados - no seio de cada organização - a observar a *standard praxis* e os princípios jurídicos habitualmente aplicáveis, para que se sugira uma minuta aos agentes daquele mercado. No campo do direito marítimo, a *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) consagrou-se como prestigiosa instituição, cujas minutas são aceitas sem constrangimentos por armadores em todo o mundo. O relativo fracasso das minutas BIMCO no Brasil não se deve propriamente a uma resistência do mercado local, mas ao fato de ser ele largamente concentrado, respondendo a PETROBRAS por cerca de 95% dos afretamentos no País¹³⁸, tendo conseguido a referida empresa impor seu próprio modelo.

No campo do petróleo, Marilda Rosado de Sá Ribeiro debruçou-se, com propriedade, sobre a atuação da *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN) e da *American Association of Corporate Counsel* (ACCA) na elaboração de uma minuta-padrão para o *Joint Operating Agreement* (JOA):

A necessidade de tornar ágil a fase preparatória, e até o processo negocial, fez crescer a preferência pela uniformização, estimulando dois grupos de advogados

contract consisting of a standardized set of conditions presented in an already printed form best suited for the particular use for which it was envisaged. In construction contracts, where the obligations and responsibilities of the contracting parties can be extremely complex but to a large extent remain unchanged from one project to another, the *standard forms* were developed by the relevant professional institutions in order to help make the contracts fair, just and equitable. This development was extremely suitable for the tendering system usually adopted in construction contracts as it ensured a common basis for the comparison and evaluation of tenders." BUNNI, Nael G. *Risk and Insurance in Construction*. p. 8.

¹³⁷ A adoção de *standards* contratuais não se aproxima do contrato de adesão. Nestes, uma das partes impõe um conjunto de cláusulas, limitando-se a vontade da outra parte a aderir àquele arranjo contratual. Nos modelos-padrão de contratos, ao contrário, há uma tentativa de equilíbrio dos múltiplos interesses das partes envolvidas naquele mercado, funcionando o *standard* como ponto de partida a uma cuidadosa e lenta negociação entre os contraentes. Sobre a natureza do contrato de adesão, recorremos a Álvaro Villaça de Azevedo. "No contrato de adesão, há que se ressaltar, primeiramente, que as partes contratantes não discutem o conteúdo negocial, posto que uma organiza suas cláusulas e condições e a outra, sem qualquer possibilidade de alterá-las, concorda, aderindo a essas regras." AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. p. 77. Dispõe Orlando Gomes, em mesmo sentido: "[o contrato de adesão é] negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para construir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas. [...] o que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido". GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos*.

¹³⁸ Fonte: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, no sítio: www.antaq.org

norte-americanos a tomar, a partir de 1988, a iniciativa de preparar uma minuta básica do JOA internacional.¹³⁹

Em trecho seguinte, a autora comenta o sucesso da minuta e sua crescente internacionalização:

Foi surpreendente o grau de receptividade que a referida minuta básica logrou obter junto aos grupos de empresa não-americanas. [...] A minuta básica de 1990 foi um grande sucesso e muita usada em todo o mundo.¹⁴⁰

Independentemente do grau de aceitação que a minuta elaborada pela ACCA e a AIPN teve como base universal para negociações, ela foi o resultado de um trabalho sério, cujo propósito consistiu em dar o devido dimensionamento a diferenças entre opções nas diversas cláusulas do JOA, bem como avaliar seu valor econômico e seu impacto no restante do contrato. Com sua adoção, é possível superar o empirismo e o casuísmo que, por vezes, podem presidir a estratégia de negociação de alterações de cláusulas.¹⁴¹

Evidencia-se que a existência de uma minuta-padrão, orientada ao atendimento dos interesses dispersos dos agentes em dado campo econômico, é um importante ponto de partida para negociações, o que não impede que as partes modifiquem as disposições modelares, adaptando-as às necessidades concretas.¹⁴²⁻¹⁴³ Isto é, as partes podem concentrar-se naquilo que efetivamente as interessa, deixando de lado ajustes meramente formais.¹⁴⁴

Comunga a doutrina inglesa de percepção semelhante: "Standardizing contract terms enables parties to reduce the emphasis on specific contractual terms during bargaining process."¹⁴⁵

Outra vantagem resultante do emprego de minutas-padrão é a progressiva familiaridade que se vai obtendo, tanto das partes, quanto dos intérpretes, em relação a um

¹³⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. p. 202

¹⁴⁰ Idem. p. 203.

¹⁴¹ Idem. p. 206.

¹⁴² "A diversidade de configurações dos contratos é imensa, segundo o estilo dos advogados ou dos escritórios de advocacia que assessoram as empresas. Podem criar modelos próprios, adaptar, para cada caso concreto, modelos e contratos elaborados por sociedades profissionais - tais como a *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* - FIDIC, a *Grain & Feed Trade Association* - GAFTA, a *European Engineering Industries Association* - ORGALIME e o Centro de Comércio da CNUCDI, ou adotar esses modelos como base para redação de cláusulas." NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 74.

¹⁴³ "When drafting international construction contracts, practitioners often use standard form contracts as a basis for their documents. The form contract provides a familiar starting point to ease the drafting burden and facilitate negotiation." HUSE, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey EPC Contracts*. Introdução. p. ix.

¹⁴⁴ Sobre a dificuldade de se negociar contratos de construção: "Civil engineering contracts tend to involve complex technical specifications and logistical arrangements. Frequently, the parties embark upon lengthy and detailed negotiations. It is not uncommon for the negotiations to appear inconclusive." O' REILLY, Michael. *Civil Engineering Construction Contracts*. p. 09.

¹⁴⁵ MURDOCH, John; HUGHES Will. *Construction Contracts: Law and Management*. p. 103.

modelo contratual específico. Além disso, os trabalhos preparatórios a uma minuta-padrão oferecem esteio analítico sobre o tratamento do tema em diferentes jurisdições, podendo auxiliar, de forma complementar, a atuação dos intérpretes, mesmo quando não tenham as partes optado por recorrer ao correspondente *standard* contratual.

No âmbito da uniformização dos contratos de construção, o órgão de principal destaque é a *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), cuja origem remonta ao ano de 1913, quando - durante a Exibição Mundial, realizada na Bélgica - delegados de Dinamarca, França, Alemanha, Holanda, Suíça, Inglaterra e Bélgica, acordaram a reunião, no plano internacional, dos órgãos nacionais de representação dos engenheiros. A entrada de Estados Unidos, Austrália, Canadá e África do Sul, nos 1950, seguida da admissão de países emergentes como Colômbia e Zâmbia, nos anos 1960, imprimiu caráter efetivamente internacional à FIDIC.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

O primeiro modelo contratual elaborado pela FIDIC, o *Conditions for Works of Civil Engineering Construction*, também conhecido como *Red Book*, foi publicado em 1957. Frise-se, o *Red Book* já se propunha uma minuta internacional.¹⁴⁸

Ao longo dos anos, a FIDIC aprofundou a especialidade e o rigor sistemático na elaboração de suas minutas, disponibilizando diferentes modelos, a depender da complexidade dos projetos de engenharia. Dessa forma, enquanto o *Short Form of Contract*, de 1999, é o modelo preferencial para contratos de construção de menor relevo técnico; estabeleceu-se o *Silver Book* como minuta para os contratos na modalidade EPC.

Sem propor avançar no tema, cumpre, desde logo, ressaltar que a clara alocação de riscos é o princípio norteador dos contratos de construção, notadamente do modelo EPC (*Silver Book*) propugnado pela FIDIC.

[...] the main concern of consulting engineers is the successful execution of the projects with which they are involved. Hence we see the principal task of the Contracts Committee to prepare documents which form a basis for good project management. Underlying all FIDIC contract documents has been a fair allocation of risks between the parties to a contract. It has been a principle in FIDIC documents that risks should be borne by the party best able to control those risks.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Para o histórico detalhado da criação da FIDIC e a lista de seus membros, recomenda-se BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony. *FIDIC Contracts: Law and Practice*. p. 1 e 2.

¹⁴⁷ Tem a FIDIC atuação análoga àquela desenvolvida pela *International BAR Association* (IBA), como entidade gregária e fomentadora do debate entre advogados do mundo todo.

¹⁴⁸ BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony. *FIDIC Contracts: Law and Practice*. p. 4.

¹⁴⁹ Tradução livre do autor: "[...] a principal preocupação dos engenheiros consultores é a execução adequada de projetos em que estejam envolvidos. Dessa forma, tem-se que a principal função do Comitê de Contratos é elaborar documentos que formem a base de um bom projeto de engenharia. A permear todos os formulários

For many years now it seems that the most desired way for an Owner to procure a major construction project, particularly one being project financed, was via a fixed price, lump sum turnkey route; the so called engineering, procurement and construction contract ('EPC contract'). By this route, funders and Owners expect to get the degree of certainty as to time and costs that they require. Such has been the popularity of this method of procurement that organizations such as FIDIC responded to the need for appropriate standard forms that more closely reflected market conditions by, for example, the introduction of its Conditions of Contract for EPC/Turnkey Contracts (the Silver Book).¹⁵⁰

Tamanho foi a popularização dos modelos FIDIC que muitos daqueles que os adotam ignoram tratar-se de minuta desenvolvida por uma organização independente, e creem que a expressão *FIDIC* designa apenas o nome das minutas, e não a instituição que as desenvolveu.¹⁵¹

Contribuiu para o sucesso da FIDIC em sua missão institucional e na aceitação global de seus formulários a parceria com importantes instituições.¹⁵² O alto índice de contratos de construção que - em função da complexidade e dos altos valores envolvidos - foram submetidos à câmara arbitral do centro da ICC¹⁵³, estimulou uma íntima cooperação dessa instituição com a FIDIC. Recorrentemente, ambas as organizações promovem, em conjunto, conferências sobre a solução de controvérsias internacional em contratos de construção.¹⁵⁴

A pressão dos financiadores internacionais para que os projetos de infraestrutura sejam contratados mediante instrumento em que se atribuam os riscos, na maior amplitude possível,

FIDIC está a justa alocação de riscos entre as partes contratantes. Tem sido o princípio desses documentos FIDIC que o risco seja assumido pela parte mais apta a controlá-lo." Idem. p. 1.

¹⁵⁰ Tradução livre do autor: "Há muitos anos, a forma de contratação mais desejada em projetos de grande monta, particularmente aqueles financiados, é via uma estrutura de preço fixo e global, o chamado *engineering, procurement and construction contract ('EPC contract')*. Nesta trilha, financiadores e contratantes tentam conseguir o necessário grau de certeza quanto a tempo e custos. Tamanho foi a popularidade desse modelo de contratação que organizações como a FIDIC responderam à demanda por modelos estandardizados, que mais propriamente refletiam as condições usuais do mercado, como, por exemplo, pela edição do *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Contracts (the Silver Book)*". LOOTS, Phil e HENCHIE, Nick. *Worlds Apart: EPC and EPCM Contracts: Risk issues and allocation*. p. 1.

¹⁵¹ "The success of FIDIC forms of contract in achieving widespread global acceptance has had a curious consequence. FIDIC has come to be used to mean the FIDIC contract(s) and some users, at least, believe that FIDIC is a contract and do not know the meaning of the acronym or even that is one." Idem. p. 1.

¹⁵² "The history of FIDIC shows extensive collaboration with other major institutions, both generally and, specifically, in the preparation of FIDC contracts." Idem. p. 6.

¹⁵³ "The FIDIC conditions became widely used internationally, especially in the Middle East. Given the complexity of international construction projects and the high risks (and profits) they often entail, construction contracts incorporating FIDIC conditions (as well as other conditions) gave rise to a significant number of ICC arbitrations in the period 1980 to 1995. Construction disputes represented over 20% of cases submitted annually to ICC arbitration in the 1980s. While this figure has diminished somewhat from its peak, construction cases continued to represent approximately 14% of cases submitted to ICC arbitration in 1997. The figure for Construction and Engineering shows that it has remained approximately constant at 14.3%." Idem. p. 8.

¹⁵⁴ Paris - 2005; Hong Kong - 2006; Dubai - 2007; Monaco - 2008. Idem. p. 7.

ao construtor; e que, paralelamente, haja máxima estabilidade do preço e do tempo de conclusão foi, provavelmente, o fator preponderante no estabelecimento da modalidade EPC como padrão do mercado e, em particular, na adoção generalizada do modelo FIDIC *Silver Book*.¹⁵⁵

Como se verá no correr desta dissertação, a rigidez do preço já era admitida em outros tipos contratuais que empregavam a modalidade *lump sum*, sendo a precisa regulação do tempo de completude da obra e da garantia de performance do empreendimento a principal inovação do modelo EPC.

Estrutura-se o financiamento de projeto (*project finance*), a partir da securitização dos recebíveis a que o próprio projeto financiado obterá, quando da sua entrada em operação. É, portanto, fundamental que a construção seja concluída na data esperada e que seja a planta industrial/empreendimento capaz de produzir consonante aos índices fixados, para que o crédito possa ser pago.

A justificativa reside no fato de que o volume de investimento nos modernos projetos de infraestrutura é tão intensivo de capital; e as taxas de retorno, de tal forma altas, que nem os bens do devedor, nem o próprio ativo financiado seriam capazes de garantir o montante emprestado, ao passo que a operação do ativo o é.¹⁵⁶

Não apenas as instituições bancárias privadas, mas também órgãos multilaterais de fomento passaram a demandar, quando não impor, que a contratação dos projetos de construção se desse mediante o regime EPC e, preferencialmente, pelas minutas da FIDIC.

Na aurora neoliberal dos anos 1990, quando ainda não havia sido criado o modelo FIDIC *Silver Book*, chegou o Banco Mundial a condicionar o financiamento de projetos de infraestrutura no exterior à adoção do FIDIC *Red Book*, mediante a aposição de emendas especificamente talhadas àquele contrato. Posteriormente, essas alterações seriam incorporadas ao modelo *Silver Book*, quando de sua publicação.

The method adopted by the World Bank on prescription of Standard Bidding Documents (SBDs) for the International Bank for Reconstruction and Development projects was somewhat unusual. It incorporated the General Conditions of Contract

¹⁵⁵ A nota introdutória ao FIDIC *Silver Book* não poderia ser mais reveladora: "Apart from the more recent and rapid development of privately financed projects demanding contract terms ensuring increased certainty of price, time and performance, it has long been apparent that many employers, particularly in the public sector, in a wide range of countries have demanded similar contract terms."

¹⁵⁶ "In project finance, as the term is now commonly used, a project is developed and financed on a non-recourse or limited recourse basis. Project lenders look primarily to the revenues generated by the completed facility for repayment of the loan and to all the project assets as security for the loan. Project finance differs from traditional loan structures in that lenders generally have recourse only to project assets or limited recourse to sponsor assets." HUSE, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey EPC Contracts*. p. 41.

contained in the 4th edition of the FIDIC Red Book but then set out a list of amendments, some of which were made mandatory and others either recommended or optional. The significance of this was [...] First, the adoption of the FIDIC form by the World Bank was indicative of the status which that contract had achieved by January 1995, when it issued its first SBDs (as distinct from the previous sample-only status of the documents and its influence upon the procurement of international infra-structure projects of the kind funded by the International Bank for Reconstruction and Development in developing economies in particular).¹⁵⁷

Asseveram-se, portanto, indissociáveis o recurso à modalidade EPC e a expansão das minutas FIDIC do desenvolvimento do *project finance* e das exigências colaterais dos financiadores.

¹⁵⁷ Tradução livre do autor: "O método adotado pelo Banco Mundial na prescrição de Documentos-Padrão para Concorrências (SBDs) para os projetos em que o Banco de Reconstrução e Desenvolvimento estava envolvido era, de certa forma, pouco usual. Incorporara as Condições Gerais de Contratação, contidas na 4a edição do modelo FIDIC *Red Book*, e impunha uma lista de emendas, algumas das quais eram obrigatórias; outras, recomendadas ou opcionais. A importância disto foi [...] a de revelar o *status* que aquele contrato havia alçado em 1995, quando da edição dos SBDs (distinguindo-se dos modelos anteriores e da influência nos projetos internacionais de infraestrutura financiados pelo Banco de Reconstrução e Desenvolvimento, particularmente, em economias emergentes)."¹⁵⁷ BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony. *FIDIC Contracts: Law and Practice*. p. 10.

4 O CONTRATO EPC

4.1 Apresentação

EPC é o acrônimo usado para designar *engineering, procurement and construction*, o que, em tradução livre para o Português, equivaleria à expressão *engenharia, gestão de compras e construção*.

Mais do que designar o escopo da contratação, a sigla EPC identifica uma estrutura contratual própria, segundo a qual os riscos técnicos e comerciais são trasladados para o construtor; o que se compensa pelo pagamento de um sobrepreço pelo contratante.

Como antecipado no capítulo anterior, o uso dos contratos EPC resultou, largamente, da pressão dos financiadores, para que projetos internacionais de construção de grande vulto se dessem mediante instrumento que privilegiasse a certeza, sobretudo, a referente ao preço global; à data de término da obra/entrada em operação do projeto; e à capacidade de a planta/empreendimento *performar*.

Dada à extensão das obrigações impostas ao contratado, desde a elaboração do projeto, até a entrega final da obra, estando a mesma *up and running*, isto é, acabada e pronta para a produção, convencionou-se designar os contratos EPC como *turnkey*, o que reflete a ideia de que - uma vez aceita a obra - tudo o que bastaria ao contratante é *virar a chave*, iniciando-se a operação.

Em relação à execução do projeto, o contrato EPC minimiza a possibilidade de defeitos na execução da obra. Em outros regimes de contratação, em que há o fracionamento das muitas obrigações contidas no contrato EPC, o ente a elaborar o projeto é distinto daquele que o executa, desonerando-se o primeiro dos defeitos de execução; e o último, dos defeitos de projeto. Nos contratos de construção firmados em outro modelo, que não o EPC, recai sobre o contratante, a obrigação de identificar a efetiva causa do problema, para que possa acionar o projetista ou o construtor, a depender da natureza do defeito. Em adição a esse pesado ônus, somam-se outros, especialmente aqueles da administração diária da obra e os de coordenação dos diferentes contratados, sendo comuns *claims* dos contratados por extensão de prazo e/ou aumento de preço, em decorrência do atraso de outros contratados na entrega anterior de parte do trabalho, impedindo o prosseguimento da obra.

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 Civil¹⁵⁸).

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, conforme definição de Joseph A. Huse:

The turnkey arrangement, (also known as the package deal, *clé-en-main*, *llave en mano*, or EPC) places the duty to design and construct solely on the contractor. [...] The term turnkey tends to mean the most extreme form of placing design and construction responsibility on the contractor, such that after completion the employer needs only to turn the key to commence operation of the constructed facility. [...] In traditional design-bid build projects, responsibility for design and construction is often spread between a number of parties. Design and construction tasks are often performed by separate entities or pursuant separate contracts.

Such projects are often split into different elements, or work packages. These packages will interact with one another (interface). Interfaces exist between the design and all the construction packages but also between the individual construction packages themselves.

Generally, in design-bid-build projects the employer takes the responsibility for coordinating these various project elements and their respective interfacing. [...] Each contractor or participant will only have liability for the discrete project package for which he is responsible. This may delay the work of others. Furthermore, it may be very difficult to allocate responsibility for defects between a designer and a contractor.

By contrast, the turnkey or EPC contract makes the contractor entirely responsible for both the design and the construction of the works. The employer receives a complete project in accordance with his performance specifications. When looks for accountability as to the performance and quality of the works, he needs to look no further than the contractor.

This means that the employer does not need to worry about coordinating contractors (and avoid claims resulting from lack of interface definition). If he wishes to make a claim concerning a defect he can look to the contractor without the need to address whether it is a design or workmanship problem.[...] The contractor must deliver works that are fully operational to the specifications of the employer; any defect or fault is necessarily his responsibility, except where the contract provides otherwise. Everything relating to the works can, thus, be concentrated in a single point of responsibility - the contractor.¹⁵⁹

¹⁵⁸ "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

¹⁵⁹ Tradução livre do autor: "O arranjo *turnkey* (também chamado de *package deal* [pacote completo], *clé-en-main*, *llave en mano*, ou EPC) atribui, exclusivamente ao contratado, o dever de projetar e construir. O termo *turnkey* [virar a chave] tende a designar a mais extrema forma de assunção de riscos pelo contratado, sendo que, finda a obra, tudo o que o contratante precisa fazer é virar a chave, para que o empreendimento comece a produzir. [...] Em modalidades tradicionais de contratos de construção, a responsabilidade é usualmente repartida

Sobre a obrigação de meio em outras modalidades de contrato internacional de construção; e a de resultado, conexas à estrutura de contratação EPC, Huse complementa, afirmando que, neste contrato, há obrigação de que a obra seja erigida e entregue, completa e acabada, de acordo com os parâmetros definidos contratualmente (*fit for purpose*), do que se extrai uma responsabilidade objetiva (*strict liability*) do contratado:

Under a traditional design-bid-build contract the construction contractor and the designer are held to different standards of performance for the completion of the works. Designers in many jurisdictions traditionally have not been required to guarantee results, but rather method. They are held to have a superior base of knowledge, sufficient and ability to complete the design with a reasonable degree of technical skill. For example, courts in the United States have held that the designer, in the preparation of designs and drawings, must exercise his skill and ability, judgment and taste reasonably and without neglect. This standard represents a professional duty of care.[...] Under a turnkey or EPC contract, both the designer and contractor responsibilities are placed on the contractor along with a stricter standard of performance. [...] Under the Silver Book, the standard is a fitness for purpose. According to English case law, **a turnkey contractor is under strict liability to deliver a structure fit for purpose for which it was made.**

The fitness for purpose goes beyond a professional duty of care, placing on the contractor liability for any failure of the design to perform the standards required. This provides the employer with works constructed and operational in accordance with the intended purpose or use of the works as provided in the contract.¹⁶⁰
[grifado]

em inúmeros sujeitos/partes. Projeto e construção são funções habitualmente desempenhadas por empresas diferentes. Nesses projetos, separa-se o escopo integral da obra em diferentes *pacotes*, os quais interagem uns com os outros (interface). Interfaces existem entre o projeto e a construção, mas também entre os diferentes pacotes individuais. Geralmente, o contratante assume a responsabilidade pela coordenação dos diferentes pacotes e as respectivas interfaces. [...] Cada contratado ou participante assume responsabilidade apenas pelo pacote do qual está diretamente encarregado. Isto pode atrasar o trabalho de outros contratados. Adicionalmente, pode ser difícil alocar responsabilidades por defeitos entre aquele que erigiu a obra e aquele que a projetou. Por contraste, no *turnkey* ou EPC, o contratado é inteiramente responsável tanto pelo projeto, quanto pela obra em si. O contratante recebe um empreendimento completo, de acordo com as especificações de performance. Quando procurar responsabilizar alguém, não precisa o contratante olhar além do contratado. Isso significa que o contratante não precisa se preocupar com a coordenação de múltiplos contratados (e evita, assim, reclamações por problemas de interface). Se quiser buscar reparação por qualquer defeito, pode dirigir-se unicamente ao contratado, sem precisar, antes, esclarecer se trata-se de erro de projeto ou de execução. [...] O contratado deve entregar o empreendimento perfeitamente operacional, de acordo com as especificações do contratante; qualquer defeito ou erro será necessariamente responsabilidade do contratado. Tudo em relação à obra pode, portanto, ser concentrado em um único ponto de responsabilidade, o contratado." HUSE, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey EPC Contracts*. p. 1 A 18.

¹⁶⁰ Tradução livre do autor: "Em modelos tradicionais de contrato de construção, o projetista e o construtor se subsumem a responsabilidades distintas. O projetista, em muitas jurisdições, não é chamado a garantir resultados, mas método. Dada à capacidade e ao conhecimento técnico necessários ao desempenho de sua atividade, está ele vinculado a elaborar o projeto com razoável habilidade. Por exemplo, cortes nos Estados Unidos já entenderam que o projetista deve, na elaboração de planos, desenhos e projetos, exercer seu trabalho com razoável habilidade e proficiência, além de bom senso, sem negligência. Esse entendimento representa um dever de diligência profissional. [...] No contrato *turnkey* ou EPC, o projeto e a obra ficam a cargo e sob a responsabilidade de um mesmo contratado, o qual se subsume a uma responsabilidade objetiva em relação ao padrão de performance do empreendimento acabado. [...] O *Silver Book* estabelece essa obrigação de resultado, estando o contratado vinculado a uma responsabilidade objetiva, a qual transcende um razoável dever de diligência profissional, imputando ao contratado o dever de reparação por qualquer erro. Isto garante que o empreendimento, erigido e operacional, funcione segundo seu objetivo, definido no contrato". Idem. p. 18 e 19.

Para Elis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers e Anthony Levers, a FIDIC propôs o *Silver Book* para a construção de empreendimentos industriais complexos, como usinas de energia, projetos de infraestrutura ou outros similares, em que grau elevado de certeza em relação ao preço final e ao termo de conclusão da obra se fazem necessários, de forma que o contratado assume a responsabilidade integral pelo projeto e pela execução da obra. Neste formulário, como em outros contratos EPC, o escopo engloba a elaboração do projeto, a gestão de compras e a construção propriamente dita, além de obrigações acessórias, estabelecendo-se o dever de o contratado entregar um empreendimento plena e perfeitamente capaz de operar, segundo os padrões fixados contratualmente. Também para esses autores, a responsabilidade do contratado é objetiva, em decorrência de uma obrigação de resultado.¹⁶¹

Em seguimento à análise do contrato EPC, pode-se, dizer, portanto, tratar-se de modelo contratual correntemente usado na prática internacional para grandes projetos de construção e infraestrutura, por meio do qual o contratado assume, mediante o recebimento de preço global, a obrigação de prover o projeto de engenharia, a compra dos materiais e insumos usados na obra, bem como a construção. Deve, também, o contratado proceder aos testes necessários à verificação da adequação da construção (pré-comissionamento e comissionamento), subsumindo-se a uma obrigação de resultado, qual seja, a de entregar um empreendimento apto a atingir os parâmetros técnicos definidos pelo contratante.

Em exagerada simplificação, e sempre em atenção ao fato de que cada contrato assume contornos próprios, é possível apresentar, ainda que de forma insuficiente, algumas das principais características do modelo EPC, tal como se consagrou na prática comercial, e, posteriormente, consubstanciou a FIDIC em sua minuta *Silver Book*.

Marcel Fontaine e Filip De Ly, em comentário a contratos de construção, concordam com essa distinção entre obrigação de meio e de resultado: "[In other contracts different from the EPC] How does a building contractor undertake to complete the promised work? Often a contract will require that the work be performed with a given degree of care. For instance: the contractor shall, with due care and diligence, design (to the extent provided by the Contract), execute and complete the Works and remedy the defects therein in accordance with the provisions of the Contract." FONTAINE, Marcel e DE LY, Filip. *Drafting International Contracts: An Analyses of Contract Clauses*. p. 190.

¹⁶¹ "FIDIC drafted the Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book) to be suitable for the provision on a turnkey basis of a process power plant, of a factory or similar facility, or of an infrastructure project or other type of development, where a higher degree of certainty of final price and time is required, and the Contractor takes total responsibility for the design and execution of the project [...]. As is usual for turnkey projects, the Contractor under the Silver Book carries out all the engineering, procurement and construction, providing a fully-equipped facility, ready for the turn of the key operation. [...] under the Silver Book the Contractor undertakes a fitness-for-purpose obligation which extends to the design, as well as materials and workmanship in construction." BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony. *FIDIC Contracts: Law and Practice*. p. 21.

Usualmente, as diretrizes técnicas básicas constam de documento fornecido pelo contratante. Obriga-se o contratado a analisar, detidamente, essas especificações, de modo a completá-las e a elaborar o projeto de engenharia, ressaltando, antes da execução do trabalho, eventuais erros, defeitos ou omissões nos documentos entregues pelo contratante. Transcorrido o prazo fixado, estabelece-se, por meio de cláusula específica, preclusão consumativa, a partir da qual o contratado não poderá reclamar perda ou dano, incluindo, sem se limitar, a extensão do termo de execução ou o aumento do preço. Qualquer erro, defeito ou omissão nas especificações técnicas passa, então, a ser considerado como falha do contratado em proceder, anteriormente, à acurada análise dos planos, projetos e desenhos eventualmente providos pelo contratante.

A data de entrega da obra é fixa¹⁶², estabelecendo-se de antemão um montante, a título de pré-liquidação dos danos, em consequência de atraso. Como segurança ao cumprimento das obrigações do contratado, impõe-se, normalmente, a apresentação de garantia bancária ou seguro garantia (*performance bond*), cujo modelo consta da própria minuta do contrato, na forma de um de seus anexos. O valor dessa garantia é minorado ao longo da execução do contrato, atestando-se a completude das obrigações intermediárias, até que, na aceitação final, há redução pronunciada do valor oferecido em garantia - passando o *performance bond* a corresponder à quantia necessária para assegurar apenas a execução das obrigações de reparo, ao longo do período de *warranty*. Esse ajuste decrescente justifica-se, por um lado, uma vez que, mediante o adimplemento progressivo das obrigações do contratado, o risco é, também, proporcionalmente minorado; por outro, porque a manutenção dessas garantias pelo contratado tem elevado custo, o qual integra sua composição de preço, de forma que a redução escalonada do *performance bond* ao longo da execução do contrato, permite a diminuição do preço global cobrado.¹⁶³

¹⁶² Alguns contratantes optam por temperar a rigidez da data de conclusão, mediante a aplicação de um sistema de bônus, quando da compleição da obra em prazo anterior ao previsto; e penalidade, no caso de atraso. Essa modalidade afasta-se, contudo, do contrato EPC, aproximando-se de uma contratação em *regime de aliança*, segundo a qual o contratante e o contratado comprometem-se a mais elevado nível de cooperação, o que repercute no incremento dos riscos do contratante e na diminuição do preço, se comparado àquele, cobrado no regime EPC.

¹⁶³ Sobre o papel da garantia bancária ou do seguro garantia: "[...] o seguro garantia de obrigação contratual não foi desenvolvido para garantir os pequenos negócios do dia-a-dia das empresas. [...] O seguro garantia de obrigações é largamente utilizado com relação a obrigações de prestar serviços, entregar produtos, construir e entregar obras, etc. Portanto, em especial, em financiamento de projetos, cujo pagamento depende da finalização da obra ou fornecimento de produto, aparecendo como eficaz instrumento de diminuição de risco [...]" BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro – O Seguro Garantia de Obrigações Contratuais*. p. 172 e 173.

Quanto às obrigações que perduram após a conclusão da obra, não é incomum que seja qualificado como prerrogativa do contratante optar entre a substituição do item defeituoso ou seu reparo, desde que a correspondente escolha se exerça no limite do razoável.

Embora o sistema de preço mais adotado nos contratos EPC seja o de valor global, ajustável apenas em face da mudança de escopo solicitada pelo contratante; ou por força maior, alguns contratantes, particularmente no Brasil, admitem reajuste anual, a partir de fórmulas paramétricas que procuram reproduzir a composição dos preços, mediante índices de atualização aplicáveis às *commodities* mais usadas no contrato, como o aço; e o reajuste estabelecido pelo sindicato da categoria a que os trabalhadores engajados na construção se vinculam. Essa atualização anual não destitui o caráter de *preço global* do EPC; buscando unicamente a manutenção do *quantum* originário, sem que o custo da indexação seja antecipado e pré-determinado no preço. Trata-se, portanto, de expediente para se tentar valor global mais baixo.¹⁶⁴

Obriga-se o contratado a obter todas as licenças, permissões e autorizações necessárias à obra, excetuando-se, tão somente, aquelas que, por força legal, devam ser emitidas em nome do contratante.

Não obstante se admitir a subcontratação de parte do escopo - justificável pela especialidade necessária às diferentes etapas da obra, suprimento de variados serviços, peças e equipamentos - é frequente a estipulação de que o contratante aprove previamente a subcontratação, quando esta for superior a dado valor. Em alguns projetos, chega-se mesmo a determinar uma lista de fornecedores de bens e serviços, cuja observância é obrigatória pelo contratado. De todo modo, a responsabilidade por qualquer ação ou omissão dos subcontratados é - naquilo que tangencia ao contratante - exclusiva do contratado.

Entre as hipóteses de rescisão do contrato, salvaguarda-se o direito de o contratado terminar a relação, em casos particulares, como: falência do contratante; evento de força maior que impeça a execução de parte substancial do trabalho por prazo superior àquele contratualmente determinado; e atraso no pagamento pelo contratante que ultrapasse dado período. As hipóteses que ensejariam o direito rescisório do contratado (à exceção do atraso

¹⁶⁴ Aos contratos de construção, em especial ao EPC - em decorrência de sua complexidade técnica e alto valor - associam-se outros instrumentos, conexos. É o caso dos contratos de garantia, firmados pelo contratado com bancos (quando a garantia se estrutura como *garantia bancária*) ou com seguradoras (no caso de *seguro garantia*). A escolha do modelo de garantia é, usualmente, feita pelo contratante, o qual faz constar da minuta do contrato principal o modelo da garantia, indicando expressamente qual a modalidade de segurança a ser contratada: "No âmbito específico dos contratos, a conexão inclui os subcontratos (ou contratos derivados) em relação ao contrato original, os negócios de garantia em relação ao negócio garantido [...]". KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos - Grupo de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados*. p.105 e 106.

do pagamento) são extensíveis ao contratante, permitindo-se, adicionalmente, a rescisão em outras circunstâncias, entre as quais, o atraso pelo contratado no cumprimento de metas intermediárias ou o cumprimento defeituoso de obrigações - não curadas, mediante notificação.

Alguns contratos EPC - que pressupõem a transferência de tecnologia - determinam a obrigação de o contratado prover treinamento aos funcionários do contratante ou a terceiros por ele indicados, bem como a confecção pelo contratado dos manuais de operação da planta industrial erigida.

Acerca do seguro, há dois regimes possíveis: o primeiro, a partir do qual se impõe genericamente ao contratado a obrigação de contratar seguros em quantidade suficiente e cuja cobertura seja compatível com os riscos atinentes ao contrato; e o segundo, no qual se detalham os riscos a serem necessariamente cobertos e as coberturas mínimas, estabelecendo-se, assim, rol de seguros obrigatórios, a que o contratado não pode se furtar. Segundo o padrão corrente dos Contratos EPC, determina-se a obrigação de que o contratante figure como cosegurado em todas as apólices, uma vez que - em relação a terceiros - a desresponsabilização do contratante não é admitida, podendo, portanto, ser ele demandado por evento atribuível ao contratado.

Compreendidos no preço todos os tributos aplicáveis, é responsabilidade do contratado o cumprimento das obrigações fiscais, a menos que norma legal fixe o contribuinte como sendo o contratante, ocasião em que será este, e não aquele, o responsável pelo recolhimento tributário. No caso de importação de bens, o necessário desembaraço é assumido, também, pelo contratado.

A permitir o controle da execução da obra, não raro se obriga o contratado a produzir relatórios periódicos, os quais devem ser encaminhados ao contratante. É com base no avanço dos serviços prestados, que se procede ao pagamento da porção da obra executada no período relevante. Cumpre aqui ressaltar que, pelo maciço montante financeiro requerido nos contratos EPC, contratante e contratado tendem a optar pelo pagamento fracionado.

Para evitar que tenha o contratante pago o montante total da obra, antes de sua conclusão, não se fixa um pagamento certo em dada periodicidade, mas o pagamento do trabalho efetivamente executado - conforme evidenciado por relatórios de medição aprovados pelo contratante - ou mediante a conclusão de marcos contratuais (*milestones*), conforme o atestado pelo contratante. Por outro lado, é extremamente difícil que o contratado aceite receber todo o montante do contrato, ou ainda valor que não seja meramente residual, apenas ao final da obra, porquanto isso implicaria no financiamento pelo contratado da obra ou de

parcela substancial da mesma, incorrendo em custos de oportunidade e no risco de que, uma vez executado o serviço, não receba o pagamento correspondente.

De forma geral, tão ampla é a discricionariedade do contratante, que o *Silver Book* - no esteio da prática adotada para os contratos EPC - consagra a possibilidade de o contratante determinar a alteração do projeto, estando o contratado obrigado a cumpri-la, mesmo quando não houver uma concordância acerca do valor correspondente à referida alteração. Nesse caso, não há, porém, a preclusão do direito de o contratado recorrer ao mecanismo de solução de controvérsias definido no contrato, desde que não interrompa - no curso da contenda - a execução dos serviços.

Sobre esse aspecto, há a adoção, quase sempre, do foro arbitral em prevalência ao jurisdicional. A arbitragem, por sua vez, é condicionada à anterior condução de uma instância pré-arbitral, em que um painel técnico-comercial, formado por representantes do contratante e do contratado, tenta chegar a uma solução, envolvendo subsequentemente a alta gerência de ambas as empresas. Em não se podendo alcançar a um consenso na fase pré-arbitral, libertam-se, então, as partes para submeter a contenda à arbitragem.

Em relação à limitação de responsabilidade, há o afastamento dos danos indiretos e/ou consequenciais, o que mitiga o grau de vulnerabilidade de cada parte no contrato. Contudo, não é incomum que se excluam do rol de eventos não indenizáveis a negligência grave (*gross negligence*) e o dolo (*wilfull misconduct*), cabendo, nesses casos, a reparação integral do dano, inclusive os indiretos e consequenciais. Também é habitual a imposição de limitação de responsabilidade (*liability cap*), da qual se excepcionam - com frequência - danos específicos, como o ambiental e os danos de ordem pessoal¹⁶⁵.

Como contrapartida da lata assunção de obrigações pelo contratante, tem-se que no EPC o preço praticado é substancialmente maior que aquele, em regime distinto de contratação.

¹⁶⁵ Em trabalho dedicado exclusivamente às cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar, Fábio Henrique Peres chama atenção para a invalidade de disposições contratuais que visem a restringir a obrigação de indenizar por morte ou outros danos pessoais, como reprovável estímulo a um comportamento perigoso e negligente: "Também com fulcro na conservação da ordem pública, são reputadas inválidas as cláusulas que visem a restringir ou exonerar um sujeito jurídico do eventual dever de indenizar que se refira à vida e à integridade física de pessoas naturais - em outras palavras, os denominados danos pessoais. Na expressão de Antonio Pinto Monteiro: estando em causa o bem da incolumidade pessoal, não será admitida qualquer cláusula de irresponsabilidade, por evidentes razões de ordem pública, exigindo o respeito da pessoa humana que seja sancionada qualquer imprudência do lesante que cause danos pessoais, prevenindo assim atitudes negligentes em face de direitos *les plus sacrés*, e cuja proteção não poderá ser afetada, aliás, por considerações de mercado." PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Limitativas e Excludentes do Dever de Indenizar*. p. 146.

Considerando o aspecto primordial dessa modalidade contratual como sendo a alocação dos riscos, discorrer-se-á sobre esse subtema, ainda que de forma breve, no item a seguir.

4.2 Riscos

Em função do risco a que qualquer atividade humana está suscetível, as ações econômicas dependem de mecanismos que possam mitigar a insegurança, oferecendo a previsibilidade necessária ao aporte de investimentos.

A atuação internacional amplifica a possibilidade da ocorrência de eventos, a afetar negativamente o objetivo pretendido. Os contratos buscam antecipar, na medida do possível, essas situações e suas repercussões, garantindo a estabilidade requerida pelas partes.

Nos contratos internacionais de construção, haja visto o vulto dos recursos e o longo tempo de duração, os riscos a que se submetem as partes são levados ao paroxismo, razão pela qual insistem os investidores no regime EPC, em que assume o construtor os riscos técnicos e comerciais do empreendimento.

Em obra clássica, há quase um século, Frank H. Knight distinguia o conceito de risco do de incerteza. Como traço definidor, está o fato de que o risco, ao contrário da incerteza, pode ser quantificado:

It will appear that a measurable uncertainty, or *risk*, proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that is not in effect an uncertainty at all. We shall accordingly restrict the term uncertainty to cases of the non-quantitative type.¹⁶⁶

A doutrina especializada segue, ainda hoje, recorrendo a essa diferenciação, conforme se denota da leitura da obra de Nifel J. Smith, Tony Mema e Paul Jobling:

The terms *risk* and *uncertainty* can be used in different ways. The word *risk* originated from the French word *risqué*, and began to appear in England, in its anglicized form, around 1830, when it was used in insurance transactions. Risk can be, and has been, defined in many ways and assessed in terms of fatalities and

¹⁶⁶ Tradução livre do autor: "Parece que uma incerteza mensurável, ou um *risco*, propriamente, como usaremos o termo, é tão distinto de uma incerteza imensurável, que não é o risco, sequer, uma incerteza. Restringiremos, assim, o termo incerteza aos casos em que não se comporta nenhuma medida." KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, Uncertainty and Profit*. p. 20.

injuries, in term of probability or reliability, in terms of a sample of a population or in terms of the likely effects on a project. All these methodologies are valid and particular industries and sectors have chosen to adopt measures as their standard approach.

[...]

A number of authors state that *uncertainty* should be considered as separate from *risk* because the two terms are distinctively different. *Uncertainty* can be regarded as the chance of occurrence of some event where probability distribution is genuinely not known. This means that *uncertainty* relates to the occurrence of an event about which little is known, except the fact it may occur. Those who define *uncertainty* from *risk* define *risk* as being where the outcome of a event, or each set of possible outcomes, can be predicted on the basis of statistical probability.¹⁶⁷

Naquilo que se refere à presente dissertação, a distinção entre risco e incerteza não é particularmente relevante; mas, sim, a percepção de que os contratos modernos, sobretudo os de construção internacional, tomam como premissa à sua execução o estudo dos riscos.

Se em contratos não tão complexos a quantificação dos riscos é feita, muitas vezes, de forma inconsciente; nos contratos de construção internacional empregam-se sofisticados métodos de avaliação (*risk assessment*), visando a antecipar a repercussão de certos eventos durante a execução do contrato.

A risk event implies that there is a range of outcomes for that event which could be both more and less favorable than the most likely outcome, and that each outcome within the range has a probability of occurrence. The accumulation, or combination of risks can be termed *project risk*. This will usually be calculated using a simulation model. It is important to try to capture all the potential risks to the project even if they are not strictly events or a calculation of risks.¹⁶⁸

Cientes estão os contratantes de que o afastamento completo dos riscos é impossível, porquanto, como já afirmado, são os riscos indissociáveis de toda e qualquer conduta humana.

¹⁶⁷ Tradução livre do autor: "Os termos *risco* e *incerteza* podem ser usados de formas diferentes. A palavra 'risco' se originou do vocábulo francês *risqué*, e começou a ser usada na língua inglesa, em sua forma anglicizada, por volta de 1830, em transações de seguro. Risco pode ser definido e mensurado de variadas formas, incluindo fatalidades e danos; probabilidade e eventualidade; amostragem em uma população; ou em termos de ocorrência e efeito em um projeto. Todas essas metodologias são válidas, e particularmente os setores industriais optaram por adotar a quantificação como um padrão. [...] Vários autores defendem que a incerteza seja considerada como um conceito diferente do de risco. Incerteza pode ser considerada como a chance de ocorrência de um evento, quando a quantificação de probabilidades de o mesmo ocorrer é genuinamente desconhecida. Isso significa que a incerteza se refere a um evento, do qual pouco ou nada se sabe, exceto que pode ele ocorrer. Esses autores referem-se a risco, quando os possíveis desdobramentos de um evento podem ser antecipados, com base em estatísticas e cálculos de probabilidade." SMITH, Nifel J.; MEMA, Tony; JOBLING, Paul. *Managing Risk in Construction Projects*. p. 3.

¹⁶⁸ Tradução livre do autor: "Um risco implica na existência de um rol de decorrências possíveis para dado evento, sendo que essas decorrências podem ser mais ou menos favoráveis, e cada uma delas tem uma probabilidade própria de ocorrer. A acumulação ou a combinação de riscos pode ser definida como *risco de projeto*. Esse cálculo será usualmente feito a partir de modelos de simulação. É importante tentar identificar todos os potenciais riscos de um projeto, ainda que não sejam eles estritamente um evento ou o resultado de uma projeção matemática de riscos." Idem. p. 2.

Os modelos de simulação dirigem-se, assim, a clarificar os riscos e, conseqüentemente, a alocá-los de forma inequívoca a uma das partes.

There is a common misconception that everyone wishes to avoid risk. [...] it must be remembered that the aim of engaging in construction is to take calculated risks. [...] Therefore, rather than shy away from them, we should make risks explicit so that rational commercial decisions can be taken about who should bear them. [...] The aim of contract choice should always be to distribute risk clearly and unambiguously.

[...]

Risks are inevitable and cannot be eliminated. They can, however, be transferred.

[...]

The transfer of risk is achieved through appropriate wording in the clauses of a contract. It is absolutely fundamental to any study of building contracts to understand that contractual clauses are intended to allocate risks. To appreciate the extent to which they transfer risks, it is necessary to understand what the legal situation would be with and without the relevant clauses.¹⁶⁹

No contrato EPC, o traslado dos riscos ao contratado e, conseqüentemente, das responsabilidades, manifesta-se em diferentes vertentes: a primeira diz respeito ao campo securitário, tão caro ao direito anglo-saxão, cabendo ao contratado segurar, além daqueles eventos expressamente estabelecidos na lei e no contrato, todos os demais riscos que lhe convierem¹⁷⁰. A segunda reside no detalhamento de inúmeras circunstâncias, ou mesmo *temas*, em relação aos quais, não se admitirá a evocação da força maior como excludente de ilicitude, entre eles, as condições do solo (quaisquer que sejam); condições meteorológicas (que não sejam atípicas para a região em que os serviços estão sendo prestados); greves dos funcionários do contratado; anormalidades no tráfego de veículos.

Procura-se afastar, também, a arguição do conceito de *hardship*¹⁷¹, análogo à teoria da imprevisão aplicada no Direito Brasileiro, determinando-se, por exemplo, que a majoração de

¹⁶⁹ Tradução livre do autor: "Há uma equivocada concepção de que todos desejam evitar riscos. [...] É necessário lembrar que o propósito de se engajar em uma construção é assumir riscos calculados. [...] Dessa forma, em vez de ignorá-los, deveríamos explicitar os riscos, para que as decisões comerciais possam ser tomadas por quem os possa assumir. [...] O objetivo das escolhas manifestas em um contrato deveria ser sempre o de distribuir claramente e sem ambigüidades os riscos. [...] Riscos são inevitáveis e não podem ser eliminados. Podem, contudo, ser transferidos. [...] A transferência de riscos é alcançada por uma redação acurada das cláusulas contratuais. É absolutamente fundamental a qualquer estudo de contratos de construção o entendimento de que as disposições desses contratos miram à alocação de riscos. Para avaliar a extensão em que esses riscos são transferidos, é necessário entender qual seria a situação jurídica com ou sem as ditas cláusulas." MURDOCH, John; HUGHES Will. *Construction Contracts: Law and Management*. p. 82 e 83.

¹⁷⁰ " No contrato de seguro, proporciona-se ao segurado ou a terceiro uma indenização pelos prejuízos resultantes de riscos futuros." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. p. 279.

¹⁷¹ "Força maior e *hardship* assemelham-se porque, nos dois casos, os eventos que alteram o equilíbrio contratual apresentam-se igualmente dotados dos fatores de imprevisibilidade (no momento da execução do contrato), de inevitabilidade/irresistibilidade e de exterioridade. No entanto, diferenciam-se, tipicamente, pelo fato de que, no primeiro caso, a execução do contrato ter-se-á tornado impossível, sendo essa impossibilidade temporária ou definitiva, mas em todo caso, enquanto perdurarem os efeitos do evento, não há como prosseguir, executando o

impostos existentes ou a criação de novos impostos seria integralmente assumida pelo contratado.

Há, nesse sentido, preocupação de trazer à luz os riscos, transmutando-os de *unforeseen* (imprevisíveis) para *foreseen* (previsíveis), a cuja estratégia associa-se, ainda, a definição de circunstâncias, as quais, independentemente de serem previstas, serão inteiramente atribuídas como responsabilidade do contratado. No penúltimo capítulo deste trabalho, investigar-se-á em que medida essas disposições podem ser acolhidas no Direito Brasileiro, mormente ao eventual confronto com a ordem pública pátria.

Retomando o esquema de alocação de riscos no contrato EPC, o que se tem, de fato, é um traço de negócio aleatório, em que o contratado, na formação de seu preço, avalia a probabilidade da ocorrência do evento - reputado como *risco* - e a potencialidade de seus efeitos, considerando na sua base de preço um valor de *contingenciamento*. Em se concretizando os referidos riscos, o contratado indeniza as perdas e os danos incorridos pelo contratante, não sendo o contratado desonerado da obrigação de cumprir os prazos contratuais; enquanto, caso não ocorram os ditos eventos, aumenta-se a margem de ganho do contratado.

Não é, porém, essa aleatoriedade capaz de transformar o contrato EPC, como um todo, em negócio jurídico aleatório. Isto é, o reconhecimento de que o contrato EPC encerra traço de aleatoriedade não é suficiente para classificá-lo como aleatório.

4.3 Natureza Jurídica segundo o Direito Brasileiro

A teoria geral dos contratos, divide-os entre unilaterais e bilaterais, sendo que os unilaterais, a exemplo do mútuo, pressupõem obrigações a apenas uma das partes; ao passo que os bilaterais são aqueles em que há obrigações atribuíveis a ambos os contraentes. No caso do EPC, assume o contratante a obrigação principal de pagamento; não se podendo olvidar das demais, entre as quais, a de prestar as informações necessárias à elaboração e à

contrato, ou seja, cessa a obrigação de cumprimento das obrigações e a própria execução do contrato; já no segundo caso, as circunstâncias de *hardship* implicam que a execução do contrato se torne excessivamente onerosa ou mesmo desprovida de utilidade, para uma ou para ambas as partes, mas será possível prosseguir e executar o contrato, contudo em patamar econômico mais elevado que o original. Em síntese, nas duas espécies de situações, o equilíbrio contratual é perturbado, mas, no caso da *hardship*, é possível - ao menos em tese - cumprir as obrigações contratuais, ainda que possa ser mais dispendioso fazê-lo." NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 549 e 550.

execução do projeto; bem como a de disponibilizar acesso ao terreno em que a construção será erigida. Essa assunção de obrigações pelo contratante, associada às inúmeras obrigações a cuja prestação se subsume o contratado, reveste o EPC da natureza bilateral.¹⁷²

Em relação à onerosidade, esta é contraposta pela gratuidade, podendo um contrato assumir uma ou outra natureza. No caso dos contratos EPC, o estabelecimento de obrigações mútuas leva ambas as partes a auferirem vantagem da relação contratual, o contratante - a feitura da obra; o contratado - a remuneração paga; sendo, portanto, o modelo EPC contrato oneroso.¹⁷³

Nos contratos comutativos, o grau de previsibilidade das obrigações é de sobremaneira maior do que nos aleatórios. Naqueles, pode-se estabelecer uma equivalência entre a prestação de uma parte e a contraprestação da outra, porquanto aptas a antecipar, dentro de uma margem razoável, as condições de exequibilidade do negócio. Porém, nos contratos aleatórios, como o truísmo no *nomen iuris* permite inferir, a aleatoriedade é característica essencial e indissociável do ato jurídico.

Cabe, aqui, breve explanação de ponto que foi introduzido em item anterior e que não foi bastantemente tratado: de fato, o contrato EPC traz em si um componente de aleatoriedade, especialmente em função de o contratado assumir riscos imprevisíveis.

Ocorre que esses riscos não cingem o objeto contratual; sendo a ele acessórios. Dessa forma, nos contratos EPC, a execução não fica em suspenso e na dependência da não materialização da álea em evento, como no caso dos contratos aleatórios. Fato é que nesses contratos, a exemplo da venda de coisa futura, a qual pode sequer existir; ou da pesquisa de petróleo no leito marinho, que pode ou não indicar a presença de hidrocarbonetos, o risco assumido é substancialmente maior do que nos contratos comutativos, em que a realização do objeto contratual não se contamina de tamanha imprecisão.¹⁷⁴

¹⁷² "O contrato bilateral ou sinalagmático caracteriza-se pela existência de obrigações recíprocas entre os contratantes. Nessa relação obrigacional, tais contratantes devem-se mutuamente; cada qual é credor e devedor do outro, ao mesmo tempo." TORRES, Heleno Taveira. *O Dever de Respeito às Qualificações como Medida de Proteção à Segurança Jurídica Internacional – Um Caso: Contratos de Produção e o Modelo Turnkey à Luz do Direito Brasileiro*. In. TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Comércio Internacional e Tributação*. p. 72.

¹⁷³ "Nos contratos gratuitos, a liberalidade é a tônica; neles, somente uma das partes contratantes obtém vantagem, como acontece na doação pura e simples, pois o doador desfaz-se de um bem de seu patrimônio, em favor do donatário, que nada retribui [...]. Como se observa, ante o benefício criado por um dos contratantes, em favor do outro, nenhum ato compensatório do beneficiado existe." Idem. p. 73 e 74.

¹⁷⁴ Referimo-nos à conceituação de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: "A designação de contratos aleatórios deriva do latim *alea* (sorte), que no caso consiste na expectativa de ocorrência de acontecimento incerto e casual. [...] se trata de uma categoria autônoma e ampla, na qual se subsumem não apenas os contratos típicos a que a doutrina reconhece como aleatórios e ainda contratos atípicos, cuja estrutura e função apontem para (i) a absoluta incerteza quanto ao resultado final da contratação; e (ii)

Nesse aspecto, ressalva-se, novamente, que não são os contratos de construção firmados *aleatoriamente*, no lançar dos dados da sorte; antecedendo à sua execução rigorosos estudos de risco e complexas simulações, de modo a se constatar, e - ainda mais importante - a quantificar, a probabilidade de materialização dos riscos, bem como seu eventual alcance. Consequentemente, os valores cobrados como *contingência* pelo contratado não são uma roleta ou qualquer outra forma de aposta; mas frutos de operação racional e de decisão comercial, amparadas em estratégias de *risk assessment*.¹⁷⁵

É o EPC contrato consensual, pois sua validade depende exclusivamente da manifestação da vontade das partes, sem que se apresente como requisito a observância de formalidades, como a assinatura mediante instrumento público ou a forma escrita. Quanto a esta característica, embora não exista comando legal a determinar que sejam os contratos EPC escritos, o que afasta a natureza solene, na prática, dada a complexidade das prestações, optam as partes por redigir o instrumento. De todo modo, a forma escrita funcionará como elemento de prova, e não como elemento de validade.¹⁷⁶

Em seguimento à classificação do contrato EPC, é ele de execução continuada ou sucessiva, pois a prestação pelo contratado não se resolve em único ato, dependendo a extinção da obrigação da finalização da *solutio*. Diferencia-se, assim, dos contratos de execução imediata, em que a solução se efetua de uma só vez, por prestação única e imediata; e dos contratos de execução diferida, em que a prestação se projeta no futuro, sendo adimplida integralmente por ação única em momento posterior ao da contração da obrigação¹⁷⁷.

Em relação ao Direito Brasileiro, poder-se-ia, portanto, enquadrar o contrato EPC como bilateral, oneroso, comutativo, consensual e de execução continuada.¹⁷⁸ Desse

a falta de equivalência entre as prestações." TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado, Vol I*. p. 458. [grifado]

¹⁷⁵ A conceituação de Caio Mário da Silva Pereira não deixa dúvidas: "São aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. **Além disso, ficam dependentes de um acontecimento incerto. [...] Se é certo que em todo contrato há um risco, pode-se contudo dizer que no contrato aleatório este é da sua essência, pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de um acontecimento incerto para ambos os contratantes.** O risco de perder ou ganhar pode ser de um ou de ambos; mas a incerteza do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação. A álea pode versar sobre a existência da coisa ou sobre a sua quantidade." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 68 e 69. [grifado]

¹⁷⁶ "Chama-se contrato solene aquele para cuja formação não basta o acordo das partes. Exige-se a observância de certas formalidades, em razão das quais o contrato se diz, também, formal. [...] Se não revestir aquela forma determinada, o ato não prevalece. É como se não houvesse declaração de vontade." Idem. p. 62 e 63.

¹⁷⁷ Idem. p. 70.

¹⁷⁸ TORRES, Heleno Taveira. *O Dever de Respeito às Qualificações como Medida de Proteção à Segurança Jurídica Internacional – Um Caso: Contratos de Produção e o Modelo Turnkey à Luz do Direito Brasileiro*. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Comércio Internacional e Tributação*. p. 103.

enquadramento, resultarão importantes consequências, como se abordará no correr do texto, como a aplicação da teoria da imprevisão, a qual só se justifica em face de contrato comutativo, cuja execução se dê diferida ou sucessivamente.

4.4 Tipologia

A doutrina e a jurisprudência consideram a existência de contratos típicos e atípicos. Essa divisão, a qual remonta ao Direito Romano, não faz emergir as mesmas consequências do passado, quando aos contratos atípicos se reputava apenas eficácia limitada. Ao contrário, no presente, são plenamente válidos os contratos típicos e os atípicos, impondo-se, contudo, ao intérprete a obrigação de considerar cada contrato atípico como um estatuto próprio, vinculado aos comandos gerais dos contratos, mas não a uma tipologia específica, prescrita pela lei.¹⁷⁹

Os contratos típicos são os disciplinados pela lei¹⁸⁰ - no Código Civil ou em legislação extravagante - a imputar o comando normativo direitos e obrigação aos contratantes. A

¹⁷⁹ Sobre a evolução histórica do conceito de atipicidade: "O Direito Romano dividia os contratos em duas largas classes: nominados e inominados. Aqueles se compunham de figuras contratuais identificadas por suas linhas dogmáticas precisas e definidas, e designados por seus próprios nomes. Daí chamarem-se nominados. Eram espécies contratuais completas, geradoras de direitos e obrigações em sua plenitude. [...] Outras convenções apareceram, com aspecto contratual, não enquadradas, porém, nos modelos conhecidos e denominados, aos quais não se podia reconhecer uma *actio*, o que nem por isso autorizava se considerarem desprovidas de efeito, já que habilitavam o interessado a exigir a contraprestação por via de uma *condictio*. A estes, de princípio *pacta*, não se pôde recusar a categoria contratual. Apelidou-os o direito justiniano de 'contratos inominados', e a eles foi atribuída uma ação - *actio praescriptis verbis*. Daí os romanistas dividirem as várias espécies de contratos romanos em duas grandes classes: a dos nominados e a dos inominados, os primeiros revestidos de todos os efeitos, e os segundos somente admitidos por via indireta. No direito moderno não subsiste aquela antiga concepção. Todos os contratos produzem efeitos, são revestidos de ação, e geram direitos e obrigações. Não obstante isto, ainda sobreviveu a classificação dos contratos nominados e inominados, com significação diversa da romana, e dotada de interesse prático." ." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos*, Vol III. p. 59 e 60.

¹⁸⁰ "[...] tipicidade significa presença, e atipicidade ausência de tratamento legislativo específico." AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. p. 69. Em trecho seguinte, na mesma obra, acresce: "Os contratos típicos recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, e apresentam-se com um nome; ao passo que os atípicos, embora possam ter um nome, carecem de disciplina legislativa particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito." Idem. p. 122. Segundo Maria Helena Diniz: "os contratos inominados ou atípicos afastam-se dos modelos legais, pois não são disciplinados ou regulados expressamente pelo Código Civil ou por lei extravagante, porém são permitidos juridicamente, desde que não contrariem a lei e os bons costumes, ante o princípio da autonomia da vontade e a doutrina do *numerus apertus* [em oposição à doutrina do *numerus clausus*], em que se desenvolvem as relações contratuais. Os particulares, dentro dos limites legais, poderão criar as figuras contratuais que necessitarem no mundo dos negócios. [...] Por não haver normas que os [contratos atípicos] esquematizem e regulamentem especificamente, os contratantes

tipicidade não se extrai da simples menção feita pelo texto legal à existência de uma modalidade contratual, mas da efetiva tutela àquele contrato. Como consequência da tipicidade, a autonomia dos contraentes é minorada, não se admitindo que a constituição e a execução do contrato contrarie norma cogente que se defina para o tipo correspondente.

Cabe esclarecer que nem todas as normas tecidas pelo legislador, e que em seu conjunto estabelecem um tipo contratual, são de natureza imperativa; algumas são meramente faculdades, exercíveis ou não, a depender da escolha por aquela parte a quem a lei confiou a prerrogativa. No caso de normas cogentes, não poderão, porém, os contraentes dispor em sentido contrário, afastando a cominação legal. Independentemente da natureza das normas a que a tipificação legal atribui a um contrato - se mandatórias ou facultativas - fato é que a regulação legal decresce a latitude em que as partes podem exercer sua autonomia.

Àqueles que criticam a inércia do legislador em tipificar certos contratos, cuja relevância econômica, segundo esses autores, justificaria a regulação legal, Fábio Ulhoa Coelho chama atenção para o fato de que a atipicidade não redundava unicamente da morosidade do legislador, associada à dinamicidade da atividade humana, a cunhar novos modelos de contratação distintos dos já existentes; e pode - como muitas vezes o é - decorrer de uma escolha deliberada de não se reduzir a amplitude de escolha das partes.

Nem todos os contratos são ou justificam ser tipificados. A ponderação a ser feita pelos elaboradores de texto legal, acerca da oportunidade de tipificar certo contrato, não deve dar relevância à sua grande presença na economia. Não é suficiente, ademais, que o contrato não disciplinado na lei esteja sendo intensamente empregado ou exista há tempos nas relações privadas para justificar a tipificação. A preocupação com eventual aumento de litígios sobre determinado contrato atípico, do mesmo modo, não serve como fator isolado, para intentar a construção do tipo legal. O decisivo, nessa ponderação, é a necessidade ou não de limitar a autonomia privada de forma mais acentuada no caso específico do formato negocial em exame. Em outros termos, convém manter o contrato legalmente atípico, se os contratantes são sujeitos iguais - dois empresários ou dois não empresários, por exemplo - e não há o risco de um deles fazer prevalecer seus interesses em função da vulnerabilidade ou hipossuficiência do outro. Nesse caso, as balizas gerais da autonomia privada (ordem pública, bons costumes, boa-fé, função social, etc.) são adequadas ao tratamento legal do contrato.

[...]

À falta de tipicidade de um contrato, portanto, não corresponde sempre uma lacuna a do ordenamento a reclamar superação. Convém que determinados contratos sejam atípicos, para que os contratantes possam expressar amplamente sua liberdade de gerir os próprios interesses. Por isso, o Código Civil preceitua ser lícito às partes

deverão minudenciar as cláusulas contratuais o mais que puderem." DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, Vol III*. p. 94. Na mesma esteira, segue Caio Mário da Silva Pereira: "A celebração de um contrato atípico exige-lhes o cuidado de descenderem a minúcias extremas, porque na disciplina legal falta a sua regulação específica." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 61.

estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais por eles fixadas (art. 425).¹⁸¹

Em que pese a proximidade de alguns elementos do contrato EPC ao contrato típico de empreitada, ao qual o Direito Brasileiro outorga tratamento específico, sustentar-se-á na presente dissertação que o contrato EPC é legalmente atípico no País.

A ausência da tipicidade legal não afeta, todavia, a tipicidade social, a qual se extrai dos usos e costumes uniformemente dirigidos àquela modalidade de contratação. Em outras palavras, a ausência da tutela legal pormenorizada de um contrato (atipicidade legal) não significa que a comunidade não possa reconhecer naquele mesmo contrato uma tipicidade social, por meio da qual se convencenam, ainda que de forma não positivada, regras próprias e hermenêutica autônoma da de outros tipos contratuais. Novamente, recorreremos à lição de Fábio Ulhoa Coelho:

A doutrina distingue entre tipicidade legal e social. Na legal, o tipo contratual encontra-se numa disposição de direito positivo, enquanto na social, resulta dos usos e costumes. São independentes as duas esferas. Há, de início, contratos legalmente atípicos e socialmente típicos, como no caso da corretagem antes da entrada em vigor do Código Civil. Até 2003, a lei não tipificava o contrato de serviços de aproximação, via corretor, de potenciais contratantes, mas a despeito disso a tecnologia jurídica tinha meios de estudá-los em razão do intenso uso de determinada fórmula contratual construída na prática da atividade de corretagem. Esse uso intenso configurava o tipo social.¹⁸²

É exatamente nesse sentido que se quer dispor neste trabalho. Reconhecer que, embora legalmente atípico, ao contrato EPC atribui-lhe a *lex mercatoria* rol de condições e interpretações verdadeiramente *típicas* a que o juiz ou árbitro deverá se subsumir, sem desconsiderar a modulação imposta pela ordem pública como paradigma de controle.

4.5 Aproximação e Distinção de Outros Contratos Típicos do Direito Brasileiro

A natureza legalmente atípica do contrato EPC e, em paralelo, sua tipicidade social, implicam na obrigação de o intérprete tomar o referido contrato como uma realidade própria, segundo os contornos dados pela *lex mercatoria* àquele que é, ao menos em suas origens, um contrato essencialmente internacional.

¹⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Vol III*. p. 69 e 70.

¹⁸² Idem. p. 70 e 71.

Cabe, ainda, o estudo dos contratos típicos a que a doutrina brasileira habitualmente aproxima o EPC, para que a atipicidade legal - aqui definida - não pareça arbitrária ou despropositada.

Ademais, a existência de tipos contratuais próximos pode ajudar à compreensão das principais características do EPC, podendo, inclusive, o juiz ou o árbitro brasileiro aplicar suplementarmente, desde que não contradiga a vontade das partes, disposições análogas, jacentes nos tipos estabelecidos pela lei nacional.

O próprio tratamento do legislador a tipo contratual assemelhado ao EPC pode servir de guia à interpretação do que se entende no País como aceitável ou não em contratos de construção, de modo a se estabelecerem parâmetros menos abstratos na avaliação do que é potencialmente atentatório ao ordenamento jurídico pátrio.

4.6 Empreitada

Propõe-se considerar a empreitada, definindo-a como o contrato em que um dos contraentes (empreiteiro ou contratado) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar, pessoalmente ou por meio de terceiro, certa obra para o outro (dono da obra ou contratante), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração determinada ou proporcional ao trabalho executado.¹⁸³

A empreitada toma como objeto da relação contratual o resultado final, qual seja, a obra; e, não, a atividade do empreiteiro em si. Diferencia-se, portanto, do contrato típico de prestação de serviços, em que a atividade é o preponderante.

Por sua vez, distingue-se da venda, porque não visa a empreitada a uma obrigação de *dar*, mas de *fazer* - a de produzir e entregar a obra, completa e acabada.¹⁸⁴

¹⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, Vol III*. p. 322 a 324. Defende essa mesma classificação Ricardo Fiuza: "[...] conceitualmente pode ser dito que a empreitada é o contrato em que se convencionou a execução de uma determinada obra, obrigando-se o executante, denominado empreiteiro, por seu trabalho ou de terceiros, com ou sem materiais a ela necessários, perante o empreitante, dono da obra, e de acordo com as instruções deste, que por ela fica obrigado a remunerá-la, independente do tempo necessário, por valor certo ou proporcional aos níveis de seu perfazimento." FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. p. 546.

¹⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 315. Também assim dispõem Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: "Não se devem confundir os contratos de empreitada e de prestação de serviços, não obstante ambos envolvam a prestação de uma determinada atividade. A distinção é importante: ao contrário do contrato de prestação de serviços, a empreitada se caracteriza nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final - e não a atividade - objeto da

Acerca do enquadramento do contrato de empreitada, a doutrina considera-o como bilateral, comutativo, oneroso, consensual e indivisível:

A empreitada apresenta os seguintes traços característicos:

1º bilateralidade, por criar para ambos os contraentes obrigações recíprocas: o empreiteiro deve entregar a obra, e o comitente [contratante], o preço; um é o credor da obra; o outro, do preço;

2º comutatividade, porque cada parte recebe da outra prestação equivalente à sua, podendo, desde logo, apreciar tal equivalência;

3º onerosidade, pois cada um dos contratantes transfere ao outro certos direitos e vantagens, mediante contraprestação;

4º consensualidade, já que não exige, para sua validade entre as partes, forma especial. Aperfeiçoa-se com o simples consentimento dos entes, desde que tenham capacidade e legitimação para tanto, decorrendo desse acordo a obrigação de o empreiteiro fazer a obra, e a do comitente [contratante] de pagar o preço. [...];

5º indivisibilidade, visto que se objetiva a conclusão da obra; não se permitirá, em regra, sua exequibilidade fracionada. Ninguém poderá dizer que cumpriu o contrato de empreitada se apenas realizou metade da obra. Todavia, esse seu caráter não é absoluto, pois a obra poderá ser realizada por partes, sempre que o negócio estipulado o permita. [...]

6º execução sucessiva ou continuada, por necessitar de certo espaço de tempo para a sua conclusão, dada a própria estrutura do seu objeto: efetivação de um trabalho para atingir certo resultado. Realiza-se por uma série concatenada de atos [...].¹⁸⁵

Admite a lei duas modalidades de empreitada: a de labor, em que o empreiteiro compromete-se exclusivamente com seu trabalho; e a de materiais (ou mista), em que o empreiteiro - adicionalmente à prestação do serviço - fornece o material a ser empregado na obra. Silentes as partes em definir a que espécie de empreitada estão a estabelecer, presume-se tratarem da empreitada de labor, já que o parágrafo primeiro do artigo 610 do Código Civil¹⁸⁶ exige que a obrigação do fornecimento de materiais seja expressamente manifesta pelas partes, ou resultante de imperativo legal para a consecução de dada obra.¹⁸⁷

Na primeira hipótese [empreitada de labor ou de mão de obra], o empreiteiro contribui exclusivamente com o trabalho, cabendo à outra parte fornecer o material a ser usado na obra. Na empreitada mista [empreitada de material], diversamente, fica a cargo do empreiteiro, além do trabalho, fornecer o material necessário.

De acordo com o parágrafo primeiro deste dispositivo [artigo 610 do Código Civil], a obrigação de fornecer materiais não se presume e somente será exigível em razão

relação contratual." TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado, Vol II*. p. 610. A esse mesmo entendimento filia-se Sérgio Cavalieri Filho: "A responsabilidade contratual do construtor decorre do contrato de empreitada, que, não obstante seus pontos de similitude com o contrato de prestação de serviços, com ele não se confunde. Na prestação de serviços, tem-se em mira o serviço em si; na empreitada, busca-se o resultado dela." CAVALIERRI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 360.

¹⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, Vol III*. p. 324.

¹⁸⁶ "Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais."

¹⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 316.

de expressa estipulação contratual ou de determinação legal. Trata-se de inovação do Código Civil, a fixar a presunção relativa que favorece o empreiteiro: no silêncio do contrato, caberá ao dono da obra fazer prova dessa obrigação do construtor.¹⁸⁸

Discorre longa e criticamente Hely Lopes Meirelles, em relação ao artigo 612 do Código Civil, segundo o qual, "se o empreiteiro só forneceu mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono"; e em relação ao artigo 613, o qual estabelece que "sendo a empreitada unicamente de labor, se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade". Para o autor, os citados comandos legais contrariam norma especial, a regulamentar a profissão de engenheiro, donde se extrai a responsabilidade pessoal do técnico pelos danos da obra a terceiros. Segundo Hely Lopes Meirelles, a norma contida nos artigos 612 e 613¹⁸⁹ deve ser interpretada restritivamente, como exoneração exclusivamente particular, a operar efeitos apenas entre o empreiteiro e o contratante; nunca em relação a terceiros. Admitir leitura diversa redundaria em contrariedade ao interesse público de que o indivíduo - definido como responsável pela lei - aja na mais estrita diligência, e em atenção aos riscos de sua atividade.¹⁹⁰

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado*, Vol II. p. 611.

¹⁸⁹ "Art. 612. Se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono.

Art. 613. Sendo a empreitada unicamente de labor, se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade."

¹⁹⁰ Sobre a solidariedade entre o empreiteiro e o empreitante, Sérgio Cavalieri Filho assim dispõe: "Atente-se, todavia, a que a responsabilidade do construtor não afasta a responsabilidade do dono da obra, que auferir os proveitos da construção. A responsabilidade do proprietário em relação aos vizinhos tem por base o artigo 1.299 do Código Civil (art. 572 do Código revogado), que, ao garantir-lhe o direito (faculdade) de construir no seu terreno, assegura aos vizinhos [a transeuntes e a quem quer que passe pela construção ou próximo a ela] a incolumidade física e patrimonial. Em relação a terceiros (não vizinhos) serve de fundamento o artigo 937 do Código Civil (art. 1.528 do Código revogado), que cria uma presunção de responsabilidade para o proprietário do prédio em construção. Resulta do exposto que há solidariedade passiva entre o construtor e o dono da obra no que respeita aos danos que o fato da construção causar a terceiros, vizinhos ou não. O prejudicado poderá mover a ação de ressarcimento contra qualquer deles ou contra ambos, sem ter que demonstrar quem foi o responsável pelo defeito da construção [...]"CAVALIERRI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 370. Tem, porém, a jurisprudência nacional, inclusive em matéria trabalhista - a qual habitualmente amplifica a dimensão de coresponsabilidade entre contratante e contratado -, disposto em sentido diverso, invertendo a responsabilidade prescrita ao empreitante e tomando o empreiteiro como único responsável: "Acidente de trabalho. Indenização com base no direito comum, Contrato de empreitada. Responsabilidade do empreitante. No contrato de empreitada, o empreitante somente responde solidariamente, com base no direito comum, pela indenização de acidente sofrido por trabalhador a soldo do empreiteiro, nos casos em que seja também responsável pela segurança da obra, ou se contratou empreiteiro inidôneo ou insolvente. O empreiteiro não é, de regra, preposto do empreitante. Não-incidência do art. 1521 do CC. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas ao qual é negado provimento. (STJ, 4ª T.. REsp 4.954-MG, rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 10-12-1990)."

Na empreitada de labor, todos os danos aos materiais ou à própria construção correm por conta do proprietário, desde que não provenham de ato culposo ou doloso do empreiteiro, que é mero prestador de serviços (art. 612). Nesta modalidade, se a obra vier a se danificar ou a perecer antes da entrega, sem que o dono esteja em atraso no recebimento, e não tendo havido culpa do empreiteiro, este perderá o serviço e o proprietário, os materiais. O Código Civil admite que o empreiteiro de labor se exima da responsabilidade por defeito dos materiais empregados, desde que avise ao dono, antes de os utilizar, sobre a sua insuficiência ou má qualidade (art. 613). Tal escusa, se prevalece para os trabalhos que podem ser realizados sem responsabilidade profissional, não se nos afigura aplicável às construções, onde o interesse público e os perigos inerentes à insegurança das obras exigem responsabilidade técnica, quer dos profissionais que projetam, quer dos que executam a construção. O preceito de lei civil, no que concerne as construções, a nosso ver, está derogado por diversas disposições do diploma regulador da profissão de engenheiro e do agrônomo - Lei 5.194/1966 -, que impõe a construtores - indivíduos ou sociedades - a responsabilidade técnica pelas obras que executam, sempre sob as vistas de profissional habilitado. Não se concebe, pois, que um técnico se libere da responsabilidade profissional pelo só fato de comunicar ao leigo que encomendou a obra a imprestabilidade do material ou a sua insuficiência para a segurança da construção, expondo a perigo não só a obra, mas a vida, a saúde e demais bens de seus habitantes e transeuntes. A lei civil, nessa isenção de responsabilidade, está superada pela legislação profissional, que é de ordem pública, e, portanto, prevalente sobre as disposições de ordem privada que a contrariem. O Código Civil de 2002, como se vê, reproduziu o texto do Código de 1916, mas a lição do Autor continua válida, uma vez que a lei geral não derroga a especial, maiormente neste caso, em que a norma anterior (Lei 5.194/1966) regula especificamente as profissões de engenheiro, arquiteto e agrônomo e as respectivas responsabilidades profissionais. O contrato de construção não se sujeita somente ao Código Civil, mas subordina-se também às leis especiais que lhe digam respeito [...]. É evidente que o profissional de engenharia ou arquitetura não pode empregar materiais defeituosos, inadequados ou insuficientes ao objeto do contrato, que é a obra concluída.¹⁹¹

Em que pese a pertinência da observação acima transcrita, cabe discordar da classificação que o autor dá ao contrato de empreitada¹⁹², de acordo com a qual, seria o referido contrato espécie do gênero *contrato de construção*.¹⁹³

Conquanto a empreitada seja recorrentemente usada para a construção civil, o sentido da expressão *obra* a que a lei se refere não é unicamente o de *obra física*, construída ou erigida; assumindo conotação mais ampla. Com propriedade, a doutrina e a jurisprudência

¹⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. p. 247 e 248.

¹⁹² "Contrato de construção é todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica legalmente habilitada a construir, que se incumbe dos trabalhos especificados no projeto, mediante as condições avençadas com o proprietário ou comitente. Este conceito abarca, na sua generalidade, as duas modalidades de construção de obra particular conhecidas e praticadas entre nós - a empreitada e a administração -, as quais se diversificam nas condições econômicas de realização da obra, mas guardam as características da espécie que assinalamos." *Idem*. p. 236.

¹⁹³ Carlos Roberto Gonçalves recorre à mesma classificação que Hely Lopes Meirelles: "o termo 'contrato de construção' é mais amplo e se desdobra em duas modalidades: a empreitada e a administração. Pode-se dizer que são espécies do gênero *contrato de construção*." GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. p. 407.

reconhecem que a empreitada serve, também, à contratação de obras imateriais, o que parece obstar a classificação da empreitada como um contrato típico de construção:

[...] o termo obra significa todo o resultado a se obter pela atividade ou pelo trabalho, como a produção ou modificação de coisas, o transporte de mercadorias, a realização de trabalho científico ou a criação de obra artística, material ou imaterial [...]. Embora dirigida, essencialmente, à construção de edifícios, nada impede que se destine a obras incorpóreas, como a elaboração de um livro, a organização de um evento festivo ou de um espetáculo, ou a criação de um programa de informática (*software*).¹⁹⁴

A remuneração ao empreiteiro pode se dar mediante o pagamento em dinheiro, ou em outra espécie, incluindo uma cota-parte da própria obra a realizar-se, sendo essa última convenção comum nos casos de incorporação edilícia.¹⁹⁵

Em relação à estrutura do preço, a doutrina divide a empreitada, podendo esta ser calculada, de acordo com unidades de referência, no caso da empreitada por medida ou *marché sur dévis*. Estipular-se-á, então, o pagamento por unidade ou parte concluída, a depender da escolha dos contraentes.

De outro modo, pode a empreitada dar-se a um preço fixo ou *marché à forfait*, se a retribuição - certa e invariável - for estipulada para a obra inteira, sem considerar a fragmentação da atividade. Não é, porém, o fracionamento da prestação do pagamento que qualifica a empreitada como *por medida* ou *por preço fixo*; mas se foi o preço composto globalmente (estrutura análoga à do *lump sum*), ou mediante a referência a unidades ou partes da obra (preço por demanda: paga-se na medida em que contratante demandar, e o contratado executar).

Cumprе ressalvar que, mesmo nas empreitadas a preço fixo, se admite o ajuste com base em índice pré-determinado pelas partes (custo da mão de obra e/ou insumos), em que haverá, então, a empreitada a preço fixo *relativo*. Pode, também, determinar-se que o preço não seja alterado por qualquer evento antecipável, caracterizando-se a empreitada como de preço fixo *absoluto*.

Portanto, antiteticamente do que uma interpretação apressada possa indicar, não é o parcelamento do preço o elemento a distinguir a empreitada de preço fixo relativo, da de preço fixo absoluto. A característica essencial é a eleição pelas partes do ajuste por eventos

¹⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado, Vol II*. p. 610.

¹⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 316.

previsíveis - normalmente periódicos - ausente na primeira modalidade, e presente na segunda.¹⁹⁶

Sem querer esmiuçar tópico que será enfrentado no penúltimo capítulo deste trabalho (teoria da imprevisão), não prescinde a empreitada a preço fixo absoluto da possibilidade de revisão contratual, em face da superveniência de fato imprevisível pelas partes, a romper o equilíbrio econômico primitivo, gerando injustificado ganho a uma das partes, em detrimento de prejuízo excessivo pela outra.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz posiciona-se, acerca da admissibilidade da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de empreitada, independentemente da modalidade de empreitada convencional:

Na execução deste contrato levanta-se a indagação da admissibilidade ou não da aplicação da *rebus sic standibus*, quando houver variação decorrente de acontecimentos graves e imprevisíveis, que acarretem o enriquecimento exagerado de um contratante e o correlato empobrecimento do outro. Esta dúvida advém do princípio da imutabilidade do preço no contrato de empreitada, consagrado no art. 619 do Código Civil, que prescreve: 'Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra'. Mesmo que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que foi arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se passava e nunca protestou (art. 619, parágrafo único) contra a situação. Com isso, configurado, está o consenso tácito de obras extras, não incluídas no contrato. Sendo a empreitada um contrato a preço certo, em que o empreiteiro assume o risco de custeio da mão de obra e dos materiais, se se obrigou a fornecê-los (arts. 611 e 612), as oscilações do custo real, superiores ou inferiores ao previsto, não afetam a obrigação pecuniária do outro contratante, mas apenas do empreiteiro. Sem embargos, ante a realidade social, a doutrina e a jurisprudência (RT, 312:385; 320:227; RF, 235:148) admitem a possibilidade de revisão dos contratos em casos graves, quando a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, por ocasião da celebração do ajuste, torna muito oneroso o contrato, gerando a impossibilidade subjetiva de sua execução. Não são alterações ou flutuações econômicas (RT, 346:484, 399:225) que justificam a invocação da cláusula *rebus sic standibus*, mas tão somente mutação inesperada e violenta das condições econômico-sociais. Além disso, é bom ressaltar, como o faz Caio Mário da Silva Pereira, que a invocação dessa cláusula não encontra obstáculo no art. 619 do Código Civil, porque a proibição nela contida atinge alterações no projeto que importam acréscimos ao preço em razão, do custo salarial ou de materiais, ao passo que a teoria da imprevisão introduz elementos específicos nesse dispositivo legal (RT, 462:271, 399:233, 395:337). Em boa política legislativa, [...] o Código Civil, no art. 317, prescreve que '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 obrigação' e no art. 478 dispõe que '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

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, Vol III. p. 324 e 325.

acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato', acrescentando, no art. 479, que tal 'resolução poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu a modificar equitativamente as condições do contrato', logo, a lei admite a revisão ou a resolução contratual para evitar o locupletamento com a jactura alheia (RF, 569:93-4).¹⁹⁷

Em síntese, a imutabilidade do preço, fixada no artigo 619 do Código Civil, pode ser flexibilizada pela vontade expressa das partes, a condicionar índice de reajuste periódico; ou ainda, tacitamente, mediante o silêncio do contratante, em face da alteração do escopo pelo contratado, quando deveria o contratante saber - por estar presente na obra - que se emendara a obrigação inicial. E mesmo que tenham as partes optado pela empreitada a preço fixo absoluto, não se prejudica a aplicação da teoria da imprevisão - quando houver superveniência de evento imprevisível, cujos efeitos rompam o equilíbrio primeiro do contrato.

A aplicação desse princípio geral de direito, positivado em diferentes artigos do Código Civil, não significa mitigar os riscos assumidos pelo empreiteiro. Caso tenha ele aceito preço global fixo, não poderá demandar o término do contrato ou, alternativamente, sua recomposição em nova base de preço, a partir da oscilação normal do mercado. Contudo, se houver uma variação que não poderia ter sido razoavelmente antecipada pelas partes, como um choque cambial intempestivo e gravemente pronunciado, poderá ainda o intérprete socorrer à parte afetada, mediante a aplicação da *rebus sic standibus*. Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, quando da flexibilização cambiária em 2002¹⁹⁸. Em que pese a discussão sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a *leasings* internacionais, ou a *leasings* nacionais, cujo reajuste se lastreava em moeda estrangeira, e se a assunção do risco da oscilação cambiária pelo adquirente era, de fato,

¹⁹⁷ Idem. p. 324 e 325.

¹⁹⁸ Entre outros julgados: “Processual Civil e Civil. Revisão de contrato de arrendamento mercantil (*Leasing*). Recurso Especial. Nulidade de cláusula por ofensa ao direito de informação do consumidor. Fundamento inatado. Indexação em moeda estrangeira (dólar). Crise cambial de janeiro de 1999. Plano real. [...] Inadmitida a alegação de inaplicabilidade das disposições do CDC aos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), e não impugnado especificamente, nas razões do Recurso Especial, o fundamento do v. acórdão recorrido, suficiente para manter a sua conclusão, de nulidade da cláusula que prevê cobrança de taxa de juros por ofensa ao direito de informação do consumidor, nos termos do inc. XV do art. 51 do referido diploma legal, impõe-se ao juízo negativo de admissibilidade. [...] O preceito insculpido no inciso V do art. 6º do CDC dispensa prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau excessivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. [...] (STJ, Acórdão AGRESP 374351/RS), (2001015032259), 439018 Agravo Regimental no Recurso Especial. Data da decisão 30.04.2002. Órgão julgador: Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi.

consciente ou abusiva, entendeu a Alta Corte que a oscilação, à época, fugira à razoável expectativa das partes, uma vez que, desde a estabilização da moeda levada a efeito pelo Plano Real, havia paridade em relação ao dólar. Adicionalmente aos inúmeros acórdãos prolatados pela Corte Superior em que se espousa o entendimento de que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor dispensara o requisito da imprevisibilidade, bastando a prova da onerosidade excessiva a ensejar o reequilíbrio¹⁹⁹, há decisões que remetem à teoria da imprevisão, permitindo concluir que os ministros consideraram a gravidade do evento, ou seja, suas nefastas repercussões; e não o evento em si, como imprevisível pelos contratantes.²⁰⁰

Pelo que se expôs, há semelhanças entre o Contrato EPC e o de empreitada, em especial, na modalidade a preço fixo. Ambos caracterizam-se de forma equivalente - bilaterais, comutativos, onerosos e consensuais.

Tanto na empreitada, quanto no EPC, pressupõe-se uma obrigação de resultado, a da entrega da obra terminada, a qual - mesmo em face do fracionamento de pagamentos - é indivisa. Também a empreitada dá especial ênfase à estabilização do preço, como garantia ao contratante.

Em que, então, fundar-se-iam as diferenças, a justificar a reserva da empreitada como um tipo contratual próprio, com o qual o EPC - malgrado assemelhado - não se confundiria? A resposta não é, em absoluto, simples.

A primeira distinção relaciona-se a uma observação feita em passagem anterior, quando se opôs à classificação da empreitada como espécie de contrato de construção. Não poderia ser diferente, pois outros objetos, que não a feitura e a compleição de uma obra física, podem ser estabelecidos em contrato de empreitada. Diferentemente, o EPC - como seu acrônimo evidencia - não tem outro objeto, se não a engenharia completa de uma obra, desde a elaboração do projeto, e até a entrega da instalação finalizada. É, portanto, o EPC, mas não a empreitada, espécie de contrato de construção.

²⁰⁰ "*Leasing*. Variação cambial. Fato superveniente. Onerosidade excessiva. Distribuição de efeitos. A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações dos contratos de longa duração, como o *leasing*, constitui fato superveniente que deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo. Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se substitui por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade. [...] Recurso conhecido em parte e parcialmente provido." (STJ. REsp 432599/SP, Relator Ministro César Asfor Rocha, Relator p/ Acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 11.01.2003).

Como decorrência do escopo contratual do EPC - e daquilo a que se propõe, projetos industriais ou de infraestrutura amplamente intensivos de técnica e capital - as obrigações do contratado distinguem-se daquelas habitualmente atribuíveis a um empreiteiro, incluindo a prestação de uma série de obrigações intermediárias, notadamente, os testes de pré-comissionamento e de comissionamento.

A natureza da obrigação de resultado do EPC assevera-se, também, mais pronunciada do que a contida na empreitada. Apesar de, em ambos os contratos, presumir-se o preço como imutável; é indispensável ao EPC a data de entrega da obra e, mais importante, a capacidade de performance do empreendimento. Na empreitada, desonera-se da responsabilidade o empreiteiro que seguiu o projeto, aplicou a técnica indicada e entregou a obra. Cabe, então, ao contratante provar a natureza do problema e o nexo causal entre o mesmo e a eventual inobservância das especificações técnicas pelo empreiteiro²⁰¹, excetuando-se dessa regra apenas os danos decorrentes dos materiais, do solo e da segurança do trabalho.

Como apresentado, no EPC é primordial, todavia, que, não apenas o contratado siga rigorosamente o projeto, mas que este - uma vez acabado - seja capaz de desempenhar/produzir segundo os critérios contratualmente fixados. Tem-se, portanto, que na empreitada, o legislador impõe a obrigação de seguir os planos e os projetos, cabendo ao contratante enjeitar a obra ou demandar seu abatimento proporcional, caso prove que o contratado não seguiu a técnica indicada.²⁰² No contrato EPC, a responsabilidade é, porém, mais grave, bastando que a planta erigida não *performe*, tal qual o índice de produtividade avençado (*fit for purpose*).²⁰³

²⁰¹ No contrato de empreitada, a exceção atém-se exclusivamente às empreitadas de grande vulto e apenas em relação à utilização dos materiais (se não fizer o empreiteiro constar sua discordância em relação aos referidos materiais), ao solo e à segurança do trabalho.

²⁰² "Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

Art. 616. No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço."

²⁰³ Maria Helena Diniz, ao definir o EPC como contrato de *engineering*, espousa entendimento similar, segundo o qual, nesses contratos, a entrega da obra só ocorre, quando o empreendimento é capaz de produzir, conforme os parâmetros contratados: "Pelo *engineering* visa-se obter uma indústria construída e instalada. *Engineering* é o contrato pelo qual um dos contraentes (empresa de engenharia) se obriga não só a apresentar projeto para a instalação de indústria [ou empreendimento de infraestrutura], mas também a dirigir a construção dessa indústria [ou empreendimento de infraestrutura] e pô-la em funcionamento, entregando-a ao outro [...]. A empresa de engenharia deverá prestar caução, responsabilizando-se pelo atraso na entrega da obra e pelo mau funcionamento da indústria. Dever-se-á considerar o contrato de *engineering* [...], que abrange, além da etapa de estudo, uma fase de execução, ou seja, a construção e a entrega de uma instalação industrial em funcionamento, trata-se dos chamados contratos de *turnkey* ou *clé en main*. [...] A entrega do equipamento industrial só se aperfeiçoa quando o comprador pode produzir [...]". DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Vol IV. p. 101 e 102.

Há também nos contratos de empreitada, como elemento marcante, uma presunção de que aquilo que foi medido e/ou pago foi aceito pelo contratante, cabendo a ele provar que não se operou a aceitação à época da medição ou do pagamento.²⁰⁴ Ao contrário, os contratos EPC estruturam-se, quase que invariavelmente, mediante pagamento fracionado e sistema de medições intermediárias. Essas medições, por disposição contratual, não implicam na aceitação - sequer parcial - do trecho erigido, não se confundindo o marco da aceitação, com o da medição ou o do pagamento.

A expressar que o vulto dos contratos de empreitada é reduzido, o Código Civil não faz referência à contratação de pessoa jurídica nesta modalidade. Não se quer concluir com isso que não estejam pessoas jurídicas autorizadas a contratar em empreitada, mas se extrai da menção, no artigo 626, a que o falecimento do empreiteiro não encerra a empreitada, que seu perfil não se dirige a projetos de grande dimensão econômica, ou de elevada complexidade técnica. Divergentemente, pressupõe o EPC a contratação de sociedades empresárias, uma vez que não se pode - em sã consciência - presumir que um investidor pessoal reúna em si, prescindindo de outros, o fôlego financeiro e a *expertise* necessárias ao adimplemento de escopo tão custoso e variado de obrigações, como do EPC. Tem-se, assim, que pode o contrato de empreitada ser firmado entre pessoas físicas - esta é inclusive a presunção, afastável, do Código Civil; enquanto o EPC, pelo seu objeto, toma como pressuposto fático a contratação de sociedades especializadas.²⁰⁵

4.7 Empreitada de Obra Pública

Segundo a definição do artigo 6º, VIII, e da Lei de Licitações, é admissível, no Brasil, a *empreitada integral*, por meio da qual se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas da obra, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado, até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em

²⁰⁴ "Art. 614. Se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada. § 1º Tudo o que se pagou presume-se verificado. § 2º O que se mediu presume-se verificado se, em trinta dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização."

²⁰⁵ BRANDT, Caroline Botsman. *Riscos no Contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction)*. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP, 2009. p. 84 e 85.

operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização e com as características adequadas às finalidades para que foi contratado.

Evidente é a similitude do conceito expresso pela Lei de Licitações com o do EPC. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, chega, mesmo, a discorrer que é a empreitada integral a consagração do modelo *turnkey* no Direito Brasileiro:

Pelo contrato [...] a Administração comete ao empreiteiro a execução da obra, por sua conta e risco, mediante um preço fixo, ainda que reajustável, [...] acertado para a conclusão do todo [...]. Tal contrato consubstancia uma obrigação de resultado, porque visa precípua e imediatamente à obra concluída pelo empreiteiro. [...] É o chamado *turn key* dos ingleses e norte-americanos - *clé à main*, dos franceses, *chiave in mano*, dos italianos -, que se caracteriza pelo traspasse da responsabilidade integral pela realização do empreendimento ao contratado, dentro das especificações ajustadas. Neste sistema, (*turn key*), o empreiteiro desenvolve todo o processo e faz todos os fornecimentos, podendo subcontratar, sob sua inteira responsabilidade, parte ou totalidade da obra, assim como os projetos do *empreendimento*, para entregá-los em condições de uso e funcionamento. Esta modalidade de empreitada destina-se àqueles empreendimentos em que o Poder Público deseja receber a obra já pronta e acabada para sua utilização - como exemplo, uma estação de metrô, com escadas rolantes, sistemas de segurança e refrigeração, etc., ou ainda um edifício destinado a auditório público, com todos os equipamentos indispensáveis ao seu imediato funcionamento.²⁰⁶

Similarmente, expõe Marçal Justen Filho:

A empreitada integral (também conhecida como *turn-key*) [...] O que a peculiariza é a abrangência da prestação imposta ao contratado, que tem o dever de executar e entregar um empreendimento em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento. A expressão empreendimento indica uma obra ou um serviço que serve de instrumento para produzir outras utilidades.

[...]

A empreitada integral é adequada nas hipóteses de objetos dotados de elevada carga de complexidade, em que a Administração não dispõe de condições de identificar, de modo preciso e exato, as tecnologias e os custos mais adequados. A empreitada integral propicia, nesses casos, que a Administração atribua aos licitantes uma margem mais ampla de autonomia para conceber soluções complexas e heterogêneas. Nesse caso, o particular contratado assumirá uma margem maior de riscos, precisamente porque a ele caberá conceber as alternativas para a execução do empreendimento.²⁰⁷

Visando a uma maior segurança em suas contratações, a Administração recorreu a modelo de contratação que se apresenta bastante próximo do EPC. De fato, na *empreitada integral*, a obrigação de resultado ganha contornos ampliados, determinando-se que o empreendimento seja capaz de produzir nos parâmetros fixados em edital (*fit for purpose*).

²⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. p. 265 e 266.

²⁰⁷ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 138.

O próprio reconhecimento de que essa modalidade referir-se-ia a projetos de grande magnitude e complexidade técnica supera uma das principais diferenças que existia entre a empreitada global e o EPC. Não se pode, em face da expressividade e da clareza da Lei de Licitações, recusar reconhecer que a origem da empreitada integral é, mesmo, o EPC.

Ocorre que a empreitada integral não está definida na lei civil, sendo tutelada exclusivamente pela Lei de Licitações. Como resultado, ao tratar dessa espécie contratual, Marçal Justen Filho e Hely Lopes Meirelles enquadraram-na como contrato administrativo.

Essa caracterização não é meramente formal, a esclarecer se de um lado do contrato há ou não pessoa de direito público; e leva a importantes repercussões, a principal delas, a de que todo o regramento da empreitada integral é imposto e regido pelo direito administrativo. Ou seja, a empreitada integral não existe no direito civil, sendo reservada, no ordenamento jurídico brasileiro, a contratos administrativos.

Contrariamente ao EPC - que enseja uma interpretação primariamente amparada na *lex mercatoria* - respeitado o paradigma de controle oferecido pela ordem pública pátria - a empreitada integral se fia nos princípios e nas interpretações próprias do direito administrativo brasileiro.

Daí resulta que a linha-mestra desse tipo contratual é a consecução do interesse público, privilegiando-se uma das partes, no caso, a Administração; em detrimento da outra, o particular. Admitem-se, no regime administrativo da empreitada integral, cláusulas exorbitantes, que conferem ao ente público o poder unilateral de (i) exigir garantia; (ii) alterar ou rescindir o contrato; (iii) fiscalizar as atividades do particular; (iv) aplicar penalidades em virtude da inexecução total ou parcial do contrato administrativo - inclusive penalidades administrativas, não cominadas no contrato, mas previstas em lei própria; (v) anular os atos que contrariem a lei.²⁰⁸

Entre as muitas decorrências do regime de Direito Público, irreconciliável com o que a *lex mercatoria* associa à tipicidade social do EPC, outorga-se à Administração verdadeira prevalência; sendo que, no EPC, pressupõe-se estarem ambas as partes em igualdade.

Como adicional traço diferenciador, ressalva-se que os contratos administrativos são solenes; ao passo que assume o EPC a característica consensual. O próprio pressuposto de

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 246.

validade, sem o qual todo e qualquer ato administrativo eiva-se de nulidade, é a existência de um interesse público, o que não se pode admitir em uma contratação privada.²⁰⁹

Finalmente, como resultado da aplicação do Direito Público, não são válidos na empreitada global a assunção dos riscos imprevisíveis, ainda que referentes a um tema a que o particular tenha, contratualmente, assumido a responsabilidade e sido remunerado para isso.

É cristalina a posição de Marçal Justen Filho:

Daí não segue, no entanto, que todos os riscos sejam atribuídos ao particular. [...] Assim se passa, inclusive, no tocante a problemas de sujeição imprevista. Considera-se o caso de construções de metrô, em que é absolutamente inviável predeterminar as condições do solo. Promover contratação sob a modalidade de empreitada integral, não significa que o chamado risco geológico seria transferido ao particular contratado.²¹⁰

Não cabem, assim, os *unforeseen risks* na regulação da empreitada integral, afastando-a do EPC. Enquanto, neste, assume o contratado todos os riscos que não estejam expressamente estabelecidos em contrato; na empreitada integral, ocorre o oposto, atribuindo-se ao contratado apenas os riscos definidos contratualmente; sendo, portanto, irreconciliável a diferença entre a alocação de riscos no EPC e no regime de direito administrativo, aplicável à empreitada integral.

²⁰⁹ O posicionamento em relação ao não reconhecimento da empreitada integral como exemplo de contrato EPC não é original desta dissertação. Caroline Botsman Brandt já esposara o mesmo entendimento na dissertação *Riscos no Contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction)* - apresentada à PUC/SP, 2009.

²¹⁰ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 138.

5 VEDAÇÃO AO ABUSO DE DIREITO E AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO; E APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

5.1 Afastando-se a Simplificação

É característica essencial do EPC a assunção pelo contratado de rol amplificado de obrigações e responsabilidades. A própria figura do *virar a chave*, denotaria que ao contratante nada mais resta fazer; concepção excessivamente simplificada.

Certamente ao contratante não cabe, apenas, efetuar os pagamentos e aguardar a entrega da obra. Atribuem-se a ele obrigações que, uma vez não cumpridas, ensejariam a suspensão do trabalho, a indenização no montante equivalente às perdas e aos danos incorridos pelo contratado, e - no limite - a rescisão do contrato.

Entre outras obrigações, deve o contratante dar acesso ao *site* em data definida, para que possa o contratado lá estabelecer o seu canteiro. Usualmente, elencam-se os itens de infraestrutura mínima que devem ser disponibilizados ao contratado, para que este faça uso da área (instalações elétricas e de água, ou pontos de acesso, de modo que o próprio contratado estabeleça as conexões necessárias). Há, também, obrigações periódicas, como a aprovação de partes da obra e dos resultados dos testes técnicos, realizados pelo contratado.

Ocorre, contudo, que algumas dessas obrigações são definidas contratualmente como faculdades do contratante, o que se traduziria em direito potestativo, consubstanciado na escolha de exercê-las ou não.

Como ora se propõe, a interpretação das obrigações e/ou *prerrogativas* do contratante deve ser cuidadosa, de modo a não se privilegiar, entre outros comportamentos vedados no Direito Brasileiro, o ato contraditório ou o abusivo. Para uma maior compreensão do que se ventilará nesse capítulo, faz-se indispensável a análise desses conceitos, a qual se procederá a seguir.

5.2 Abuso de Direito e Comportamento Contraditório

O Código Civil estabelece inequivocamente dever geral de lealdade entre os contraentes, com vistas à consecução dos objetivos insculpidos no contrato. A doutrina admite que à boa-fé se associam três funções, cada qual indissociável das demais: (i) auxiliar na interpretação do contrato; (ii) restringir o exercício abusivo de direitos; e (iii) criar deveres mútuos e acessórios à prestação principal, que se fundam em princípio colaborativo, como o de informar à outra parte aquilo que seja pertinente ao contrato.²¹¹

Na primeira função, revela-se a boa-fé como critério hermenêutico, a impor a interpretação do contrato, no sentido que mais possa aproximá-lo à lealdade entre os contraentes. Acerca da segunda função, a boa-fé limita o exercício abusivo de um direito, ainda que o mesmo esteja expressamente previsto. Desempenha, na terceira função, o papel de fonte normativa, atribuindo às partes direitos e obrigações adicionais, mas cujo conteúdo vincula-se inafastavelmente aos objetivos do negócio celebrado.²¹²

Conclui-se, sem muito esforço, que a vedação ao abuso de direito e ao comportamento contraditório decorre da boa-fé, a qual assume dimensão mais ampla. De fato, permitir que uma parte se apegue às miudezas do que foi pactuado, para que obtenha vantagem ou impinja ao outro excessivo gravame contraria o dever de lealdade que se extrai da boa-fé. Da mesma forma, o comportamento errático e incoerente frustra a legítima expectativa do contraente, lançando-o à incerteza, o que não se deve admitir.

A percepção moral de que o homem justo deve se pautar por um senso de proporção já estava presente no pensamento aristotélico.²¹³ No ensaio *Ética a Nicômaco*, dedicado ao filho morto em batalha, Aristóteles propunha a equidade como medida corretiva de justiça. Atento à incapacidade de que um comando abstrato solucione suficientemente todas as situações, Aristóteles destaca a importância de que os casos concretos sejam resolvidos primordialmente

²¹¹ Ao comentar o artigo 422 do Código Civil ("Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"), Álvaro Villaça Azevedo sustenta: "[...] deve [a boa-fé objetiva] existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta. Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, prestando informações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes [...] cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato [...]". AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. p. 15.

²¹² TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. p. 33 e 34.

²¹³ "Também os romanos verificaram que o exercício de um direito subjetivo, tal qual previsto no ordenamento positivo pode, muitas vezes, contrariar a própria finalidade, a própria função daquele direito e a ideia de direito como um todo. Não era outro o sentido da conhecida expressão *summum jus, summum injuria*." TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado, Vol I*. p. 341.

por princípios de justiça.²¹⁴ A relativização do postulado normativo não caberia, porém, unicamente ao juiz. Todos teriam o dever de observar a equidade, mesmo que a norma autorizasse comportamento diverso. E é essa vigilância equitativa que preveniria, por exemplo, o cego cumprimento de uma lei imoral; bem como seria a disposição pessoal de abnegação em relação ao próximo e de exigir menos do que aquilo que lhe seria reservado pela própria lei que tornaria, para o filósofo grego, equitativo um homem, ou seja, proporcionalmente justo. Há, aqui, a pedra de toque da vedação ao *abuso do direito*. Como superior a um tipo de justiça - aquela justiça formal - e funcionando como seu corretivo, a fim de restabelecer o equilíbrio desestabilizado pelo ato injusto, a equidade originar-se-ia no âmago interno de cada indivíduo, como uma disposição de caráter, a ser cultivada, buscada e exercida por quem é equitativo.

Com propriedade, relembra-nos Miguel Reale que, antes de perecer em sentido restrito e desvirtuado de seu significado originário, a expressão *jurisprudência* - a designar a ciência

²¹⁴ Segundo Aristóteles, embora, por vezes, a justiça formal e a material coincidam, representando a aplicação do texto legal a melhor solução para dado conflito; não raro, há que se ponderar os princípios envolvidos, e afastar, em alguma medida, a norma que seja *injusta*, de modo a se chegar à justiça material. A necessidade da aplicação da equidade decorreria do fato de que as leis prescrevem conteúdos genéricos, dirigindo-se indistintamente a todos, sem diferenciar possíveis nuances e variações fáticas, de modo que surgem casos para os quais, se aplicada a lei - entendida esta como o comando normativo - estar-se-ia a causar injustiça. É visando a superar as limitações do ato abstrato, incapaz de detalhar à exaustão todas as situações possíveis e de antecipar as futuras, que se deve recorrer à equidade. O justo legal é estanque, enquanto a realidade é, por essência, mutante. Para ambas as situações deve-se fazer uso da equidade, o que significa ter em conta não a letra da lei, mas a intenção do legislador. É essa justiça qualificada, proporcional e coerente com o caso concreto, que Aristóteles define como *equidade*. A equidade asseverar-se-ia, então, como a medida corretiva da justiça legal, quando esta engendra a injustiça pela generalidade de seus preceitos normativos: “[...] o equitativo, embora seja superior a uma simples espécie de justiça, é justo em si mesmo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo. Portanto, a mesma coisa é justa e equitativa, embora, a equidade seja superior. O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta. Por isso o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade. [...] Agora fica bem claro o que é a natureza do equitativo, que ele é justo e superior a uma espécie de justiça. **Evidencia-se também, à luz do que dissemos, o que vem a ser o homem equitativo: é aquele que escolhe e pratica atos equitativos, que não se atém de forma intransigente aos seus direitos, tende a tomar menos do que lhe caberia, embora tenha a lei do seu lado; e essa disposição de caráter é equidade, que é a espécie de justiça e não uma diferente disposição de caráter.**” ARISTÓTELES. *Ética A Nicômaco*. p. 124 a 125. [grifado]

do Direito para os romanos - remontava exatamente à *prudência* e ao cauteloso senso de medida, proporção e justeza pelo qual todos devem se pautar.²¹⁵

Essa digressão serve para indicar que o abuso de direito, ao violar o senso de proporção estabelecido pela moral, já permeava, há muito, a filosofia. Por sua vez, como se tratou em capítulo anterior, é imanente à ordem pública esse mesmo conteúdo moral.

Retomando-se a análise jurídica, a doutrina especializada evoluiu para a definição do ato abusivo como aquele pelo qual o sujeito excede aos limites do exercício de um direito, seja este fixado legal ou contratualmente. Essa desproporção contraria, assim, o fundamento axiológico do próprio direito, em desrespeito ao fim, social ou econômico, que a ele se vincula.

O exercício legítimo de um direito não se limitaria, portanto, à observância de sua estrutura formal - ou seja, o estrito cumprimento do comando normativo -, mas ater-se-ia, também, ao fundamento que fez surgir aquele mesmo direito.

No ato abusivo, malgrado se siga a fórmula prescrita como regra, contraria-se o âmago do direito, desrespeitando-se sua base axiológica²¹⁶: é, portanto, ato que, embora praticado com observância da lei ou de comando contratual, viola o próprio objetivo daquela lei ou da disposição contratualmente cominada. A noção de abuso referir-se-ia, assim, a uma conduta que, apesar de lícita, se mostra desconforme, quando exercível em dada situação fática, com a finalidade a que o estatuto público (lei) ou o privado (contrato) almejavam alcançar.²¹⁷

²¹⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. p. 62.

²¹⁶ Apesar de o Código Civil, em seu artigo 187, classificar o abuso de direito como *ilícito*, filiamo-nos à corrente que reputa a ilicitude operar em dimensão distinta: "No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuricidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma; no abuso, do sentido valorativo. [...] Em síntese, tratando-se [o abuso de direito] de categoria autônoma de antijuricidade. [...] O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, prescreve a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei [ou o contrato] que irá fixar os limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal [ou contratual], mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade." TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. p. 381 e 382.

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado, Vol I*. p. 341.

A vedação ao abuso de direito espraia-se, então, na avaliação de todos os atos praticados sob a égide da lei ou do contrato, de modo a analisar se aquele direito, quando de seu exercício, transbordou o objetivo a que se propunha e se traduziu em comportamento proscrito.

Em relação à conduta contraditória, trata-se, também, de construção tributária de pensamento cunhado, ainda na Antiguidade Clássica. Para os romanos, o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*²¹⁸ mirava afastar o comportamento incoerente, o qual desestabiliza a relação contratual. Apesar de esse princípio ter permeado a tradição medieval; submergiu durante o apogeu liberal do século XIX, para reafiorar quando da flexibilização da autonomia da vontade. Ganhou, a partir de então, força; passando a moderna doutrina a rechaçar, com vigor, a incompatibilidade das ações supervenientes com aquelas que a antecederam. Seria a vedação ao comportamento contraditório desdobramento lógico da legítima confiança das partes, em uma relação jurídica.²¹⁹

A percepção de que a boa-fé não deve se limitar ao período contratual, mas ser o pressuposto da própria contratação e manter-se, mesmo findo o contrato, impõe às partes o dever de agir linearmente, ainda que não estejam contratualmente vinculadas. Denota-se, assim, uma força normativa que transcende ao contrato e se ampara em princípios de justiça, típicos da moral; de onde se infere, novamente, manifestação de ordem pública.

É possível sistematizar o que configura o comportamento contraditório. Nesse particular, referimo-nos a Christiano Cassettari, para quem essa categoria de antijuricidade se caracteriza pelos seguintes elementos cumulativos: (i) um fato próprio, isto é, uma conduta (comissiva ou omissiva) inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação daquela conduta; (iii) um comportamento contraditório - e, por isso mesmo, violador da legítima confiança; (iv) um dano ou a potencialidade de causá-lo.²²⁰

Há inúmeros precedentes jurisprudenciais, segundo os quais o expressivo transcurso de tempo no aplicar de uma multa acarretaria a preclusão desse direito, uma vez que da inércia se traduziria a renúncia da parte interessada.²²¹

²¹⁸ Em tradução para o Português: “ninguém pode contravir o próprio fato”.

²¹⁹ CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual: Teoria e Prática da Cláusula Penal*. p. 170 e 171.

²²⁰ Idem. p. 171.

²²¹ Como exemplo, citamos: "TJDF, Ap Civ 20020110912155, 4a. T. Civ., j. 30.06.2006, rel. Des. Cruz Macedo. Civil e processo civil - ação de cobrança - taxas de condomínio - obrigação *propter rem* - Proprietário -

Como todo princípio de substrato moral, a avaliação do comportamento contraditório admite uma gradação, dependendo a caracterização de antijuricidade de grave incoerência e frustração evidente da legítima expectativa da outra parte, quando confrontada a conduta inicial do sujeito com as seguintes, praticadas também por ele.

5.2.1 Arguição do Abuso de Direito e do Comportamento Contraditório para a Mitigação de Disposições do Contrato EPC

Sobre o exercício de direitos e atribuições pelo contratante no EPC, cumpre investigar algumas hipóteses: a obrigação de o contratante aprovar o *project manager* do contratado não seria, por exemplo, suficiente para ensejar a desoneração do contratado em relação ao contratante ou terceiros? Não se poderia, nesse caso, arguir o comportamento contraditório se, após aprovar o *project manager* do contratado, venha, depois, o contratante demandar a sua substituição?

O que se quer preservar por essa disposição, recorrentemente adotada nos contratos EPC, é que o indivíduo escolhido pelo contratado, e com o qual o contratante estabelecerá uma relação próxima, seja tecnicamente qualificado e de bom trato cotidiano. A recusa nessa aprovação é cabível. A negativa reiterada e irrazoável poderia, contudo, denotar o desrespeito ao princípio geral da boa-fé, do qual se extrai dever de cooperação entre as partes. Dessa forma, caso logre o contratado provar que, sistematicamente, o contratante recusou-se a aceitar o *project manager*, usando desse expediente para protelar ou dificultar o cumprimento contratual, adicionalmente à liberação do contratado da obrigação correspondente, responderá o contratante por abuso no exercício de seu direito. Equivalente solução seria recomendável, para a hipótese em que o contratante demande, injustificadamente e por repetidas vezes, a substituição do preposto indicado pelo contratado. Sem prejuízo dessas balizas, continua o

Arrematação - Ônus do pagamento que se transfere ao arrematante - *Supressio - Surrectio* - Princípios da boa-fé objetiva, da confiança, do abuso de direito e do *venire contra factum proprium* (teoria dos fatos próprios). 1. Segundo o entendimento predominante no STJ, a responsabilidade pelo pagamento das cotas de condomínio transmite-se ao adquirente, ainda que a alienação tenha se dado em arrematação judicial. 2. Constitui abuso de direito e violação aos princípios da boa-fé objetiva, e da confiança, a cobrança de cotas codominais a despeito de ter o condomínio deixado de cobrá-las do devedor originário[...], vedada segundo a teoria da *supressio/surrectio*, a sua cobrança, exclusivamente em relação ao arrematante, após esse tempo, ainda que não implementado o prazo prescricional vintenerário. 3. Recurso do autor improvido, maioria. Recurso da ré não conhecido, unânime."

contratado responsável pelo seu *project manager*, uma vez que é ele seu preposto e agindo, sempre, em seu nome.

Sobre o poder de fiscalização do contratante, é este inegável, devendo ele nomear contrapartes, a representá-lo no acompanhamento diário da obra. Pode o contratante - no caso de evidência de inadimplemento antecipado - isto é, em face no descumprimento de algum dos marcos contratuais intermediários, a indicar a incapacidade de o contratado terminar a obra no prazo acordado, tomá-la, para que a finalize diretamente ou contratar terceiro para que este o faça, cabendo ao contratado indenizar os custos incorridos pelo contratante. Também a falha técnica grave, a qual remeta à inadequação da obra, não remediada no prazo fixado, faz emergir direito análogo.

Além da manutenção de pessoal próprio a acompanhar a obra, ao contratante se encaminham relatórios periódicos. Presumir-se-ia, então, que em havendo atraso e em estando os relatórios precisos - isto é, refletindo a superação dos prazos contratuais - que tinha o contratante efetiva ciência ou que deveria tê-la, uma vez que se espera dele o diligente monitoramento da obra. A inércia seria, portanto, entendida como concordância; de modo que - uma vez ultrapassada a data limite (*canceling date*) - e não aplicada a sanção pela mora, não poderia o contratante cumular a aplicação da pena moratória com a compensatória, desistindo da primeira, sob pena de se privilegiar o comportamento contraditório e o abuso de direito.

Em seu artigo 619, parágrafo único, que se refere ao contrato de empreitada, o Código Civil apresenta que, no caso de o empreitante estar presente na obra e verificar - ou dever ter verificado - a alteração do escopo, e não ter se manifestado contrariamente, deverá pagar o valor correspondente ao empreiteiro.²²² Representa essa disposição vedação ao comportamento contraditório, podendo ser aplicada, analogamente, ao contrato EPC. Neste caso, ter-se-ia presunção - a qual poderia ser, contudo afastada - de que o monitoramento diuturno da obra permitiria ao contratante tomar ciência de substantivas alterações de escopo. A aplicação por analogia do comando inserido no parágrafo único do artigo 619 do Código Civil ao contrato EPC teria, como principal consequência, a inversão do ônus da prova, o qual passaria a ser do contratante, cabendo a ele provar que, naquela circunstância específica, não

²²² "Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou."

tomara ciência da alteração contratual, seja pela complexidade técnica da alteração que a fazia imperceptível a um *leigo* ou por qualquer outro motivo razoável.

Similarmente, a determinação pelo contratante da alteração no projeto ou da técnica a ser empregada pode ensejar a liberação, no plano bilateral, da responsabilidade do contratado - sendo certo que a solidariedade em relação a terceiros permanecerá, porquanto resultante da responsabilidade técnica do contratado e pessoal de seus engenheiros e arquitetos. Dessa forma, nas hipóteses em que a mudança do projeto for uma determinação do contratante, e que, em face dela, tenha se insurgido o contratado, evidenciando os riscos decorrentes dessa opção, parece justificável o afastamento da responsabilidade do contratado em relação ao contratante, naquilo que se referir à modificação levada a efeito. Tudo isso, ainda que o *Silver Book* defina em sua cláusula 5.1 que qualquer erro de projeto, independentemente de decorrer de informações prestadas pelo contratante ou de determinação de alteração propalada por este, seja atribuível exclusivamente ao contratado.²²³

5.3 Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão remonta ao direito romano, o qual reconhecia o princípio "*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur*"²²⁴. Admitia-se, então, que os instrumentos cuja execução se projeta no futuro dependeriam da manutenção das condições originárias de quando se firmou o negócio. Esse princípio foi recepcionado pelo direito canônico, tendo os pós-glosadores, na Idade Média, definido como implícito a todo contrato de execução continuada ou diferida um *pacto*, condicionando sua eficácia à preservação das mesmas circunstâncias existentes ao tempo da celebração - a cláusula *rebus sic stantibus*. No esteio da pretensão racionalista que

²²³ "The Contractor shall be deemed to have scrutinized, prior to the Base Date, the Employer's Requirements (including design criteria and calculations, if any). The Contractor shall be responsible for the design, for the Works and for the accuracy of such Employer's Requirements (including design criteria and calculations), except as stated below. The Employer shall not be responsible for any error, inaccuracy or omission of any kind in the Employer's Requirements as originally included in the Contract and shall not be deemed to have given any representation of accuracy or completeness of any data or information, except as stated below. Any data or information received by the Contractor, from the Employer or otherwise, shall not relieve the Contractor from his responsibility for design and execution of the works. [...]."

²²⁴ "os contratos que têm trato sucessivo ou são a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas". MAIA, Paulo Carneiro. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 15. p. 137.

propugnava uma nova sociedade liberal, no pós-Revolução Francesa, esse princípio deixou, progressivamente, de ser aplicado.²²⁵

Já no século XX²²⁶, em acepção moderna, funda-se a teoria da imprevisão na ideia de que a uma relação jurídica alcançam eventos supervenientes, que não poderiam ter sido razoavelmente antecipados pelas partes, causando excessivo prejuízo a um dos contraentes e ganho desmedido ao outro.²²⁷ A exemplo do postulado romano que lhe deu origem, a aplicação da teoria da imprevisão pressupõe tratar-se de contrato de execução diferida ou continuada, porquanto só nesses, o interregno entre o momento de contração da obrigação e o de sua prestação sujeita a relação contratual a oscilações, o que não ocorre nos contratos de execução imediata.

Há, jacente na teoria da imprevisão, componente moral, segundo o qual a vontade das partes, quando de sua manifestação, deve ser preservada, modulando-se o contrato a novas circunstâncias. Flexibiliza-se, assim, a concepção do contrato como um elemento estático; passando-se a interpretá-lo como instrumento dinâmico, ajustável à realidade.

No Brasil, antes de ser regulada pelo direito positivo e estabelecida nos artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil²²⁸, os tribunais já aplicavam largamente a teoria da imprevisão. O

²²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Vol III*. p. 119.

²²⁶ José Roberto de Castro Neves destaca que a I Guerra Mundial teve importante impacto na retomada da *rebus sic standibus*, uma vez que muitos dos contratos firmados antes da eclosão daquele conflito não puderam ser adimplidos. Segundo o autor, a edição de normas, por exemplo, na Itália, a liberar os contraentes de obrigações que se tornaram inexequíveis em face da guerra foi importante estimulante para que o Direito se sensibilizasse em mitigar o princípio da imutabilidade contratual. NEVES, José Roberto Castro. *Direito das Obrigações*. p. 222.

²²⁷ "Passada a fase do esplendor individualista, que foi o século XIX, convenceu-se o jurista de que a economia do contrato não pode ser confiada ao puro jogo das competições particulares. Deixando de lado outros aspectos, e encarando o negócio contratual sob o prisma de sua execução, verifica-se que, vinculadas as partes aos termos da avença, são muitas vezes levadas, pela força incoercível das circunstâncias externas, a situações de extrema injustiça, conduzindo o rigoroso cumprimento do obrigado ao enriquecimento de um e ao sacrifício de outro. [...] Sentindo que este desequilíbrio na economia do contrato afeta o próprio conteúdo de juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rija do ajuste, quando a força das circunstâncias ambientes viesse criar um estado contrário ao princípio da justiça no contrato." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 161 e 162.

²²⁸ "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.

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.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva."

conceito que se extrai da lei brasileira é o de que as partes podem suscitar a revisão das bases do contrato, se algum fato exógeno - exterior, portanto, à vontade dos contraentes e para o qual nenhum deles contribuiu - rompe substancialmente o equilíbrio que existia na relação.

A imprevisibilidade não se refere ao aspecto subjetivo do contrato; ou seja, à conduta pessoal da parte signatária; mas, sim, a seu elemento objetivo. Consequentemente, aquele que contribuir para o posterior desequilíbrio do contrato não pode arguir onerosidade excessiva, sob pena de se privilegiar o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Não se confunde a teoria da imprevisão com o instituto da lesão: no primeiro, o equilíbrio originariamente estabelecido entre as partes é rompido por fato vindouro e imprevisível; enquanto, na lesão, há desproporção entre as obrigações assumidas por uma parte e a contraprestação a ela oferecida já no nascedouro do próprio negócio.

Caso um contratante tenha aceitado assumir penosas obrigações, em resposta a uma remuneração inadequada, não se tem o rompimento de equilíbrio anterior; mas, ao contrário, a execução daquilo que foi acordado – embora desproporcional²²⁹. Indissociável se faz a superveniência do evento imprevisível e irresistível, a alterar o equilíbrio contratual, para que se afigure a imprevisão ou a onerosidade excessiva.

Tampouco refere-se a imprevisibilidade unicamente ao evento; e alcança a suas repercussões. Nesse sentido, embora chuvas mais fortes sejam esperadas em dada época do ano, não se pode considerar como previsível o rompimento de dique, a provocar inundação em uma cidade.²³⁰

Pertinente também esclarecer que, inobstante permitida a resolução contratual, isto é, o término do contrato (artigo 478), a doutrina e a jurisprudência pátrias, em aplicação sistemática do Código Civil, optam por privilegiar o artigo 317 e o 479, amparadas no princípio geral da conservação do contrato, para promover – em substituição ao término da

²²⁹ Nesse particular, ressalta-se a lição de Marçal Justen Filho, para quem o equilíbrio entre prestação e contraprestação não precisa ser economicamente real, mas estipulativo: “Quando se alude a equilíbrio econômico-financeiro não se trata de assegurar que a empresa se encontre em situação lucrativa. A garantia constitucional se reporta à relação original entre encargos e vantagens do contrato. O equilíbrio exigido envolve essa contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação. [...] Por fim, não cabe investigar se a contratação é equilibrada, no sentido de produzir lucros satisfatórios e adequados. Tal como acima indicado, o equilíbrio de que se cogita é puramente estipulativo. As partes reputam que os encargos equivalem às vantagens, o que não significa que, efetivamente, haja um equilíbrio econômico real, material, de conteúdo”. FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 888.

²³⁰ “Embora se tenha consagrado o termo *teoria da imprevisão*, o fato extraordinário, a rigor, não necessita ser imprevisível. Consonante entende a melhor doutrina e também o Superior Tribunal de Justiça, a imprevisibilidade está relacionada não ao fato, mas ao seu resultado. Sabe-se que as chuvas castigam o Rio de Janeiro nos meses de março. Este fato é previsível. As águas de março foram até fonte de inspiração musical de Tom Jobim. Contudo, a gravidade da tempestade e os efeitos dela decorrentes podem não o ser, de sorte que a teoria da imprevisão tem aplicação aqui também, caso se verifique o resultado extraordinário advindo da intempérie.” NEVES, José Roberto Castro. *Direito das Obrigações*. p. 227.

relação contratual – a revisão equitativa dos termos negociados. Justificam-se essas decisões na função social do contrato, da qual se infere que, além dos contraentes, toda a coletividade se beneficia da manutenção da relação contratual²³¹. Há, contudo, autores que divergem, e entendem que tudo o que o juiz ou o árbitro poderia fazer é oferecer, isto é, propor a readequação do contrato, a qual, uma vez rejeitada por qualquer das partes, não poderia o intérprete insistir nessa solução, determinando o término contratual.²³²

A resolução do contrato ou sua revisão não se apresentam, todavia, como direito exercível unilateralmente pela parte afetada. Ao contrário, em respeito ao princípio da boa-fé, deve buscar-se solução amigável; e, caso isto não seja possível, recorrer-se ao judiciário ou ao foro arbitral definido contratualmente, para que a instância competente proponha o reajuste equitativo ou determine o encerramento do contrato. Não poderia ser mais claro Caio Mário da Silva Pereira, ao defender que não cabe a qualquer das partes se eximir automaticamente de sua obrigação contratual ou ajustá-la; dependendo - para tanto - da autorização anterior do outro contraente ou de decisão favorável no plano judicial ou arbitral.

Mesmo em caso de extrema onerosidade, é vedado ao queixoso cessar pagamentos e proclamar diretamente a resolução. Terá de ir à Justiça, e esta deverá apurar com rigor os requisitos de aplicação da teoria revisionista. [...] Como porém, não é possível ao contratante [qualquer que seja] cessar pagamento ou recebimento, a pretexto de onerosidade excessiva, pois que a intervenção na economia do contrato é obra da Justiça, as prestações dadas ou recebidas na pendência da lide estarão sujeitas a modificação na execução da sentença que for preferida.²³³

Ainda que a teoria da imprevisão se aproxime da força maior em suas características, correspondendo ambas a eventos imprevisíveis, incontornáveis e externos às partes; as consequências da força maior diferem-se daquelas admitidas na teoria da imprevisão. Nesta, a obrigação se torna excessivamente onerosa, razão pela qual pode o afetado socorrer-se do mecanismo de solução de controvérsias, seja para buscar uma revisão da avença, seja para encerrá-la. Na força maior torna-se, porém, a obrigação inexequível, não podendo faticamente a parte afetada cumpri-la.

²³¹ Pondera Gustavo Tepedino: “[...] a revisão do contrato será preferível à sua resolução, sempre que aquela for possível, em homenagem ao princípio da conservação dos contratos, e despojando-se da nostálgica fobia [...] à ingerência judicial sobre a autonomia privada. [...] Não se cogita de um contrato que haja perdido a sua utilidade, senão apenas um contrato que perdeu o seu equilíbrio.” TEPEDINO, Gustavo. *A Teoria da Imprevisão e Os Contratos de Financiamento Firmados à Época do Plano Cruzado*. In. Revista Forense, v. 301. p.52.

²³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. p. 29 e 30.

²³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 166.

Não se liga a força maior a um incremento da *onerosidade*, mas à *impossibilidade* da prestação. Como resultado, a ocorrência de evento de força maior libera a parte do cumprimento da obrigação, pelo período que durar a circunstância excepcional. Do primado da boa-fé, extraem-se, porém, obrigações acessórias a ambas as partes, como o dever de informar o início e o término dos eventos de força maior, bem como suas repercussões, e agir - naquilo que se possa razoavelmente esperar - para mitigá-las.²³⁴

Semelhante distinção faz a *lex mercatoria*, ao definir a *hardship*, aplicável em muitos dos contratos internacionais: por onerar em demasiado a prestação da obrigação, sem, contudo, impedi-la, a *hardship* distancia-se da força maior e se aproxima do instituto da onerosidade excessiva.²³⁵ O objetivo da *hardship*, é permitir a estabilização da avença, mediante sua revisão, ou a isso não se chegando, a extinção do contrato.²³⁶

Comungam Marcel Fontaine e Filip de Ly dessa conceituação:

When parties enter a contract, they bind each other to create a situation on which they can legally rely. The principle of sanctity of contracts makes each other's undertakings enforceable. [...] It can happen, especially in long-term contracts, that such circumstances change, sometimes substantially, when performance has to take place. [...] Hardship clauses have appeared in this context. They organize the review of the contract when changed circumstances have deeply altered the economy of the operation. [...] The substantial change of circumstances, which the typical hardship clause encounters, is connected with the occurrence of events that upset the economics of a contract, with the result that its performance becomes unusually onerous or devoid the purpose for one of the parties, but without rendering such performance impossible. On the other hand, for *force majeure*, there has to be an event that totally prevents the performance of the contract, whether temporarily or permanently. Whereas the change of circumstances may lead to the amendment or termination of the contract, *force majeure* brings about its suspension (in the event of temporary impossibility) or termination (in the event of complete impossibility). The common link between the two concepts is the occurrence of unforeseeable and unavoidable events.²³⁷

²³⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 229 a 234.

²³⁵ "Nas definições clássicas de *hardship* estão presentes os critérios de imprevisibilidade, inevitabilidade e exterioridade em relação à vontade das partes, bem como o seu efeito, que é o de tornar inviável a execução da obrigação. Sua concepção, na maioria das vezes, embora proveniente de países distintos, segue uma orientação que podemos classificar como a manifestação de uma *lex mercatoria*, por um número comum de características [...]. Os exemplos de cláusulas de *hardship* desenvolvidas por associações representam os usos e costumes dessas áreas especializadas. A cláusula de força maior e a cláusula de *hardship* têm pontos em comum, como o de que os eventos causadores sejam imprevisíveis. Todavia, na *hardship* o cumprimento do contrato não é impossível, mas excessivamente oneroso [...]." ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 319.

²³⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 244.

²³⁷ Tradução livre do autor: "Quando as partes firmam um contrato, uma parte se vincula à outra, criando situação em que ambas podem legalmente se fiar. O princípio da santidade do contrato faz o cumprimento das obrigações mandatório. [...] Pode ocorrer, sobretudo em contratos de longo prazo, que as circunstâncias se alterem, algumas vezes, substancialmente, quando do momento da execução da obrigação. [...] Cláusulas de *hardship* surgiram nesse contexto. Elas organizam a revisão do contrato, quando a alteração das circunstâncias afeta profundamente o aspecto econômico da transação. [...] A modificação significativa de circunstâncias, a que serve tipicamente a cláusula de *hardship*, refere-se a eventos que contaminam o valor econômico da contratação,

Como se discorreu, a teoria da imprevisão depende de provocação do judiciário (ou instância arbitral); ao passo que a cláusula de *hardship*, uma vez presente no contrato, permite que a própria parte afetada aplique as contramedidas definidas contratualmente, estabilizando o contrato ou dissolvendo-o.²³⁸

Cumpre, também, esclarecer que a possibilidade de revisão dos contratos por aplicação da teoria da imprevisão ou outra análoga, como no caso da *hardship*, não é considerada internacionalmente como inafastável. Isto é, podem as partes convencionar que, para dado contrato, os riscos assumidos por uma das partes contemplam, inclusive sua imprevisão.

José Cretella Neto afirma que o Direito Inglês autoriza a exoneração do devedor quando o cumprimento do contrato se tornar impossível devido a fato imprevisível e que não lhe seja imputável, se não tiver o contratado garantido o seu cumprimento. É, segundo ele, a *santidade do contrato* levada ao extremo. Nesses casos, portanto, o problema desloca-se para se estabelecer se, de acordo com a interpretação correta do contrato, a garantia abrange ou não a alegada impossibilidade de cumprimento.²³⁹

Jacques Ghestin e Marc Billiau esclarecem que, no Direito Francês, a aplicação da *révision pour imprévision* é proscribida em abstrato pelo Código Civil, só podendo ser aplicada, quando houver autorização específica, na legislação extravagante, para uma dada modalidade contratual. Essa proibição, genérica, decorre da prevalência, outorgada, também pelo Direito Francês, ao princípio da *santidade do contrato*.

[...] le juge ne peut, sous prétexte d'interprétation, dénaturer l'écrit; que lorsqu'il interprète, le juge ne doit prendre en considération que le moment de la conclusion du contrat et que son pouvoir d'interprétation ne peut être assimilé à un pouvoir de révision.

[...]

La loi n'a pas consacré le principe de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques nouvelle. Bien au contraire, l'article 1134 du Code Civil [*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne*

tendo como resultado que o cumprimento da obrigação se torna excessivamente oneroso ou desprovido de sentido para as partes, sem, contudo, tornar o cumprimento da obrigação impossível. Por outro lado, a força maior se refere a um evento que impede, completamente, seja temporária ou permanentemente, o cumprimento do contrato. Enquanto a alteração das circunstâncias leva à revisão ou ao término do contrato; a força maior traz a suspensão do contrato (caso momentaneamente impossível seu cumprimento) ou seu término (se tornar-se o cumprimento contratual permanentemente impossível). O ponto comum entre esses dois conceitos [*hardship* e força maior] é a ocorrência de um evento imprevisível e irresistível." FONTAINE, Marcel e DE LY, Filip. *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*. p. 453 a 456.

²³⁸ ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 335.

²³⁹ NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 526.

peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise] est la manifestation du rejet de la théorie de l'imprévision.

[...]

Il apparaît, en définitive, qu' en absence de délégation législative expresse, le juge judiciaire, concrètement la Cour de cassation, n'a pas cru opportun de s'arroger le pouvoir d'apprécier l'incidence sur l'utilité sociale du contrat de l'atteinte à la justice contractuelle résultant d'une modification des circonstances économiques. Il ne s'agit finalement que d'un choix de politique judiciaire, qui pourrait être remis en question, soit par une modification législative [...].²⁴⁰

O recurso à *hardship* seria uma forma legítima de se contornar as graves consequências de eventos imprevisíveis, exteriores e irresistíveis; não sendo, porém, a única, reputando-se igualmente válida a alocação desses riscos, mediante sua assunção por um dos contraentes, situação em que a *hardship* seria afastada pela *lex mercatoria*. Não obstante encerrar um princípio de justiça - o reequilíbrio contratual a partir de evento vindouro - pode a teoria da imprevisão ser afastada, nos mais distintos ordenamentos jurídicos, desde que decorra de uma vontade expressa das partes. Sobretudo nos casos em que o contraente a assumir esses riscos for recompensado, não poderia ele evocar a imprevisão. Enunciação com a qual concordam Marcel Fontaine e Filip de Ly:

Civil engineering contracts often provide for the situation where unexpected difficulties, for example, regarding the nature of the soil, become apparent during the course of the performance of the contract. Various remedies are possible, in particular the re-negotiation of the contract or the complete assumption of these risks by the contractor.²⁴¹

5.3.1 Aplicação da Teoria da Imprevisão aos Contratos EPC

²⁴⁰ Tradução livre do autor: "[...] O juiz não pode, sob o pretexto de interpretar, desfigurar o que está escrito; não pode o juiz considerar que o momento de conclusão do contrato e o seu poder de interpretação se assemelham a um poder de revisão. [...] A lei não consagrou o princípio da adaptação do contrato a circunstâncias econômicas supervenientes. Ao contrário, o artigo 1134 do Código Civil [*As convenções legalmente firmadas tem força de lei àqueles que as firmaram. Não podem elas serem revogadas, se não pelo consentimento mútuo ou nas hipóteses em que a lei autorize*] é a manifestação da rejeição à teoria da imprevisão. [...] Parece, em definitivo, que em face da ausência de delegação legislativa expressa, o juiz, e concretamente a Corte de Cassações, não entendeu oportuno avocar-se do poder de apreciar o impacto sobre a utilidade social do contrato, alcançando a justiça contratual resultante de uma modificação das circunstâncias econômicas. Trata-se de escolha político-jurídica, a qual poderá ser alterada, a partir de uma modificação legislativa." GHESTIN, Jacques; MARC, Billiau. *Le Prix dans le Contrats de Longue Durée*. p. 159 a 168.

²⁴¹ Tradução livre do autor: "Contratos de engenharia recorrentemente cuidam das situações em que dificuldades inesperadas possam ocorrer durante a execução do contrato, como, por exemplo, as referentes à natureza do solo. Vários remédios são possíveis, em particular a renegociação do contrato ou a completa assunção desses riscos pelo contratado." FONTAINE, Marcel e DE LY, Filip. *Drafting International Contracts: An Analyses of Contract Clauses*. p. 457.

Se, o direito estrangeiro, e, mais que isso, a própria *lex mercatoria* - na qual se baseia o EPC - admite o afastamento da revisão e da rescisão contratuais por onerosidade excessiva, visto ser a lata assunção de riscos pelo contratado, o qual recebe um sobrepreço, característica essencial dessa modalidade de contratação; cabe investigar como equilibra, então, o Direito Brasileiro o conteúdo da teoria da imprevisão e seu substrato moral, com a imutabilidade do preço nos contratos EPC, em face de riscos previsíveis e imprevisíveis.

Pelo que se lê da cláusula 4.12 do *Silver Book*²⁴², o preço não será ajustado, mesmo que sobrevenham eventos imprevisíveis, salvo se de outra forma estipulado no contrato. Tem-se, assim, inversão do que se atribui usualmente em outros tipos contratuais, assumindo o contratado todos os riscos que não aqueles expressamente previstos no contrato.

Ao contratante, impõem-se os seguintes riscos específicos (cuja materialização fazem emergir o direito de o contratado exigir a extensão do prazo contratual e/ou o pagamento de valor adicional): (i) descoberta de fósseis, antiguidades e itens de interesse geológico ou arqueológico no local da obra (cláusula 4.24); (ii) alteração superveniente da legislação e nas normas técnicas (cláusula 5.4); (iii) ação ou omissão de autoridades públicas (cláusula 8.5); (iv) guerra, rebelião, terrorismo, conflitos armados, comoção social (cláusulas 17.3 e 19.4).²⁴³

Se proscrito o direito de o contratado demandar o ajuste do preço ou a rescisão do contrato nas hipóteses em que se atribui ao contratado o respectivo risco; estabelece a *lex mercatoria* o afastamento do direito de o contratante apresentar reclamação similar, no caso de materialização dos riscos por ele assumidos.

Poder-se-ia argumentar, no caso da ordem pública brasileira, que o EPC não a atinge, nem mesmo em face da recusa de se aplicar a teoria da imprevisão. Isso porque, o direito nacional admite, sem muita controvérsia, que não há *imprevisibilidade*, quando o evento em questão for tratado contratualmente como um risco, o qual uma das partes tenha expressamente assumido, no seio de um negócio aleatório. Não se poderia, portanto, tomar como imprevisível evento superveniente, a desestabilizar o equilíbrio contratual originário, se

²⁴² Cláusula 4.12 do *Silver Book*: "Except for otherwise stated in the Contract: (a) the Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Works; (b) by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works; and (c) the Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs."

²⁴³ BRANDT, Caroline Botsman. *Riscos no Contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction)*. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP, 2009. p. 111.

o contrato fia-se na assunção desse mesmo risco. Nesse sentido, os riscos tipicamente associados a um objeto, notadamente aleatório, não se revestem da natureza *imprevisível*.²⁴⁴

Dada à ampla álea que se liga ao EPC, em especial aquela referente à materialização dos riscos assumidos pelo contratado, poder-se-ia arguir a excepcionalidade do EPC à teoria da imprevisão.

Nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisível, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito pré-determinado.²⁴⁵

Contudo, como tratado anteriormente, embora presente um componente de aleatoriedade superior ao de outros contratos de construção, não se assevera suficiente para qualificar o EPC como um contrato aleatório. Sustentar a inaplicabilidade da teoria da imprevisão com base nesse fundamento significaria dar interpretação ampliativa a comando excepcional, o que não é recomendável, sobretudo quando essa leitura afasta, de plano e sem cuidadosa análise, preceito de justiça.

Para os riscos expressamente previstos e sobre os quais há um valor de contingenciamento no contrato, parece, porém, incoerente e abusivo permitir reclamação futura, porquanto já foi o contratado remunerado para assumi-los.

Caso não tivesse o risco se materializado, o contratado aumentaria sua margem de ganho, não podendo o contratante demandar a redução proporcional do preço primeiramente avençado, para dele subtrair o valor pago a maior pela assunção daquele risco específico. Solução distinta levaria ao enriquecimento sem causa do contratante.²⁴⁶

²⁴⁴ “[...] é cediço que os contratos aleatórios, diferentemente dos comutativos, pressupõem um dado risco, compreendendo uma álea normal ou ordinária, sendo inadmissível que o contratante que assumiu tal risco possa pretender a revisão contratual.” TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. p. 323.

²⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 167.

²⁴⁶ Particularmente sobre a força da vedação ao enriquecimento sem causa, cumpre ressaltar que, mesmo em contratações públicas, as quais se pautam por uma estrita legalidade, e não obstante os efeitos da declaração de nulidade se operarem *ex tunc*, isto é, retroativamente à assinatura do instrumento; não poderia, na forma do parágrafo único do art. 59 da Lei 8666/1993, a Administração Pública locupletar-se de ganho ilícito pelo posterior reconhecimento de nulidade do contrato (ou de cláusula) em contrato administrativo. Em outras palavras, mesmo nas contratações levadas a efeito pela Administração Pública, constringidas pelo imperativo licitatório, e regidas por princípios como o da moralidade e da publicidade, os quais privilegiam a formalidade, ainda assim, e em face do caso mais extremo – nulidade do contrato administrativo – aproveita-se o dever de pagamento pela Administração Pública, de modo a se afastar o enriquecimento sem causa. Há, neste sentido, jurisprudência consolidada nos tribunais superiores: “AgRg no AI nº 1.056.922/RS, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11.03.2009: [...] ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade”. “REsp nº 545.471/PR, 1ª t., REL. Min.

Considerado o risco e contingenciado o correspondente valor, tendo sido o mesmo pago como sobrepreço, tem-se que as partes anteciparam o risco, levando-o em consideração quando da assinatura do contrato.

Ora, se o próprio contrato prevê o risco e destaca um componente do preço para contingenciá-lo, isto é, para que uma das partes o assuma, não se tem o afastamento de princípio de justiça; mas o reconhecimento da ausência de um de seus pressupostos, qual seja, a imprevisibilidade.

Distinguem-se, porém, esses riscos, previsíveis, dos demais, os quais o contrato não foi capaz de antecipar, não se extraindo da base de preço o correspondente valor de contingenciamento. Nesses casos, parece mesmo inexistir qualquer antecipação, prevalecendo a teoria da imprevisão.

Na hipótese em que se possa, contudo, depreender valor genericamente atribuído a todas as contingências não previstas, parece que a aplicação da teoria da imprevisão não pode se dar independentemente de uma redução proporcional do valor contratual que se estime como aplicável àquela contingência específica; ou, então, preterir-se-á a boa-fé e os princípios dela decorrentes.

Em síntese, para os riscos contratualmente definidos e em relação aos quais se pagou valor definido, subentende-se a antecipação - em regime de *risk assessment* - da ocorrência do evento, inexistindo o pressuposto da *imprevisibilidade*, não podendo a parte afetada reclamar a revisão ou a rescisão judicial. Para os riscos em que o contrato é omissivo, atribuindo-os de forma genérica ao contratado - não havendo definição do preço que se arbitrou àquela contingência - a aplicação da teoria da imprevisão faz-se indispensável, ainda que se admitam modulações acessórias do preço.

Denise Arruda, julgado em 23.08.2005: [...] No regime jurídico dos contratos administrativos nulos, a declaração de nulidade opera eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativamente, não exonerando, porém, a Administração do dever de indenizar o contratado [...], o que, todavia, deverá ser buscado na via judicial adequada”.

CONCLUSÃO

Procurou-se, no presente trabalho acadêmico, contextualizar o fenômeno da globalização, e delinear como característica marcante a difusão de elementos de *estranheidade*, a permear as relações interpessoais. No esteio da internacionalização, estabelecem-se relações atípicas, situações da vida privada a que afetam elementos estrangeiros, desestruturando-se a normalidade decorrente de vínculo exclusivo com um único Estado.

Associada à pluralidade, a cognoscibilidade se apresenta como traço definidor da contemporaneidade, sendo que a incorporação de distintas áreas no modelo pós-fordista de produção depende da revelação dos atrativos daquele território, de modo que se evidencie o que ele pode oferecer à ordem global.

Como resultado do aprofundamento da complexidade, recorrem as partes a expedientes estabilizadores, entre eles, à standardização contratual, a qual se insere em esforço uniformizador, a minorar custos de transação.

Em que pese o estabelecimento de um mesmo conjunto de normas genéricas a feixe de obrigações similar ensejar críticas quanto à desconsideração das particularidades de cada local, a harmonização normativa, em especial em sua vertente contratual internacional, oferece conforto às partes estrangeiras, as quais encontram em países hospedeiros realidade singular. A legitimidade das críticas não deve afastar, assim, a percepção de que os investimentos encerram uma potência positiva e que podem servir de estímulo ao local que os recebe. Particularmente, a emergência de economias menos tradicionais tem contribuído para uma visão menos paroquialista do Direito.

A adoção de minutas *standard* permite controle mais preciso pelos centros das transnacionais, sobretudo quando o contrato estabelece a lei de regência e o foro de resolução de controvérsias no local da sede.

A standardização contratual se ampara, também, em associações internacionais especializadas, que se dedicam a formalizar, mediante minutas sugeridas, a *standard praxis* e os princípios jurídicos habitualmente aplicáveis em dado segmento produtivo.

A existência de uma minuta-padrão, orientada à acomodação dos interesses dos múltiplos agentes econômicos engajados em um setor econômico, funciona como ponto de partida para negociações, o que não impede que as partes modifiquem as disposições modelares, adaptando-as às necessidades concretas.

No âmbito da standardização dos contratos de construção, o órgão de principal destaque é a *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), que vem, há décadas, servindo de referência para construtores e contratantes em projetos internacionais.

Especificamente em relação ao contrato EPC, mais do que designar o escopo da contratação (engenharia, gestão de compra e construção), a correspondente sigla identifica uma estrutura contratual própria, segundo a qual os riscos técnicos e comerciais transferem-se para o construtor; a quem se destaca um sobrepreço.

De fato, no contrato EPC, colocam-se sob a exclusiva responsabilidade do contratado quaisquer defeitos, sendo admitidas como hipóteses de exoneração da responsabilidade do contratado os eventos de força maior e os de caso fortuito.

E exatamente por essa assunção lata de riscos pelo contratado, que instituições financiadoras - para as quais a redução dos riscos associados a atraso na entrega, problemas técnicos na estrutura erigida e mau funcionamento, assevera-se indispensável - passaram a demandar a contratação da obra em regime *epécista*, fazendo disseminar o EPC em diferentes culturas jurídicas.

Em relação às exigências dos financiadores, não fogem estas ao razoável, uma vez que - dado ao massivo influxo financeiro dos projetos de infraestrutura - as receitas futuras do empreendimento são oferecidas como garantia do financiamento. Trata-se de projetos de grande monta, intensivos de capital, e cuja expectativa de retorno é igualmente alta.

Defendeu-se, também nesta dissertação, o enquadramento do contrato EPC como bilateral, oneroso, comutativo, consensual e de execução continuada, assemelhado ao contrato de empreitada, mas não equivalente a este último. Em síntese, além de outras distinções, a obrigação de resultado e a assunção de riscos pelo construtor são substancialmente mais pronunciadas no EPC. Ademais, o EPC - enquadrado como espécie de contrato de construção (ou *engineering*) - não se confundiria com a empreitada, porquanto esta serve, também, à consecução de obras imateriais.

Preservaria, ainda, o EPC característica inconfundível: é contrato tipicamente internacional, e como tal reconhecido pela *lex mercatoria*, extraindo-se um dever de interpretação, conforme uma tutela própria, internacional. O que não significa, porém, que não se deve proceder a uma investigação de institutos aplicáveis no Direito Brasileiro e suas eventuais repercussões no contrato EPC.

Permanece, por exemplo, aplicável a teoria da imprevisão, cabendo analisar se os riscos definidos contratualmente poderiam ser considerados previsíveis ou imprevisíveis. No caso de ter sido um risco antecipado e ter-se destacado componente específico do preço para

cobri-lo, não há que se falar no afastamento da teoria da imprevisão, mas na ausência de um de seus pressupostos, qual seja, a imprevisibilidade.

Distintamente, a inexistência de definição daquele risco e o não contingenciamento de parcela do preço para dado risco não podem ser tratados como indissociáveis da álea comercial dessa estrutura contratual, e continuarão a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética A Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BAKER, Ellis et al. *FIDIC Contracts: law and practice*. London: Informa, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BASSO, Maristela. Comércio Internacional. A boa-fé na execução dos contratos internacionais. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). *Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008.

BAYLIS, John et al. *The Globalization of World Politics*. Oxford: Oxford Press, 2009.

BENDA-BECKMAN et al. Mobile Law: an introduction. In: _____. *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Surrey, UK: Asggate, 2005.

BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. *Contract Theory*. London: MIT Press, 2005.

BRANDT, Caroline Botsman. *Riscos no Contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction)*. 2009. 215 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.

BUNNI, Nael G. *Risk and Insurance in Construction*. London: Spon Press Publishers, 2009.

BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro – o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. *BRIC - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011.

CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALIERRI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 3.

CERVO, Amado Luiz. *Inserção Internacional - formação dos conceitos brasileiros*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

COTTERRELL, Roger. *Is It So Bad To Be Different?* In: ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*. Portland: Hart Publish, 2007.

DAVID, René. *Les Grands Systems de Droit Contemporains: droit comparé*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1971.

_____. *Droit Comparé et Praticiens du Droit*. In: _____. *Le Droit Comparé: droit d'hier, droit de demain*. Paris: Ed. Economica, 1971.

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

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. III.

_____. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. IV.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito Internacional Privado - contratos e obrigações no direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. II.

DOLZER, Rudolph e SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ERP, Sief Van. *Comparative Private Law in Practice: the process of law reform*. In: ÖRÜCÜ, Esin ; NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*. Portland: Hart Publish, 2007.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA JR, Gelson. *O Interesse e a Regra – ensaios sobre o multilateralismo*. Brasília: Paz e Terra, 2008.

FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. *Drafting International Contracts: an analyses of contract clauses*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

FOSTER, Nicholas HD. Comparative Commercial Law of Rules or Context? In: ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David. *Comparative Law: a handbook*. Portland: Hart Publish, 2007.

FURMSTON, Michael. *Law of Contracts*. 14. ed. Oxford: Butterworths LexisNexis, 2001.

GHESTIN, Jacques; MARC, Billiau. *Le Prix dans le Contrats de Longue Durée*. Paris: Editions Juridiques Associés, 1990.

GLENDON, Mary Ann; et al. *Comparative Legal Traditions*. 3. ed. St Paul: Thomson/West, 2007.

GLENN, H. Patrick. *Com-paring* - American University International Law Review. Vol. 26.

_____. An International Private Law of Contract. In: BORCHERS, Patrick J.; ZEKOLL, Joachim. *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Ardsley: Transnational Publishers, 2001.

GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Guarulhos: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos Anos de Periferia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Learning by Disaster? a diagnostic look back on the short twentieth century*. Constellations 5, n. 3, 1998.

HARDING, Andrew e LEYLAND, Peter. *Comparative Law in Constitutional Contexts*. In: ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. Portland: Hart Publish, 2007.

HEAD, John W. *Finding Your Way in a Foreign Legal and Cultural Landscape*. In: Global business law: principles and practice for international commerce and investment. Durban: Carolina Academic, 2007.

HOBBSAWM, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUSE, Joseph A. *Understanding and Negotiating Turnkey EPC Contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002.

JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: le droit internationale prive postmoderne*. Curso de Haia de 1995 [acervo pessoal - Prof^a Dr^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro].

JUENGER, Frierich K. *The need for a comparative approach to choice-of-law problems*. Tulane Law Review. New Orlean, March 1999.

KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, Uncertainty and Profit*. Cambridge - Massachusetts: Riverside Press, reimpressão em 2012 de obra originalmente lançada em 1923.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos - grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRUGER, Thalia. *Étude de Faisabilité sur le Choix de la Loi Applicable dans les Contrats Internationaux: aperçu et analyse des instruments existants*. In: Hague Conference on Private International Law, 08 mars 2007.

LAFER, Celso. *O Impacto de um Mundo em Transformação no Direito Internacional*. In: DUPAS, Gilberto; LAFER, Celso e DA SILVA, Carlos Eduardo Lins. A Nova Configuração do Poder Mundial. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

LOWENFELD, Andreas F. *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for the Interaction*. Paris: 1979.

LOOTS, Phil e HENCHIE, Nick. *Worlds Apart: EPC and EPCM Contracts - risk issues and allocation*. November, 2007.

MAIA, Paulo Carneiro. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 15.

MARQUES, Cláudia Lima, *Ensaio para uma Introdução ao Direito Internacional Privado*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Contratos entre Estados e Empresas Estrangeiras*. In. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório. Rio de Janeiro: UERJ, 1977.

_____. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MERRYMAN, John Henry e CLARK, David. *Objectives and Methods of Comparative Law*. In. Comparative Law in Western European and Latin American Legal Systems. Indianapolis: The Bobbs-Merrill.

MIRAGEM, Bruno. *Conteúdo da Ordem Pública e os Direitos Humanos - elementos para um direito internacional pós-moderno*. In. MARQUES, Claudia Lima (Org.) e ARAÚJO, Nadia de (Org.). O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MURDOCH, John; HUGHES Will. *Construction Contracts: law and management*. 4. ed. London: Spon Press, 2008.

NELKEN, David. *Defining and Using the Concept of Legal Culture*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: a handbook. Portland: Hart Publish, 2007.

NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - cláusulas típicas*. Campinas: Millennium Editora, 2011.

NEVES, José Roberto Castro. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

OGUS, Anthony. *Competition Between Legal Systems*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: a handbook. Portland: Hart Publish, 2007.

OLIVEIRA, Henrique Altemani e LESSA, Antônio Carlos. *Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação*. São Paulo: Saraiva, 2006.

O' REILLY, Michael. *Civil Engineering Construction Contracts*. 2. ed. London: Thomas Telford Ltd., 1999.

ÖRÜCÜ, Esin. *A General View of Legal Families and of Mixing Systems*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: a handbook. Portland: Hart Publish, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol III.

_____ *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Isabel de Albuquerque. *A Ordem Pública nas Arbitragens Internacionais*. In. TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional

Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Limitativas e Excludentes do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

POSNER, Richard A. *Economic Analyses of Law*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIMANN, Mathias. *Parochialism in American Conflicts of Law*. In American Journal of Comparative Law. Berkley: Summer 2001. Vol. 49.

REIMANN, Mathias and ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo do Direito Internacional Privado Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro ,v.1, n. 20, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; CAMARGO, João Laudo de. *Project Finance e Outras Formas de Financiamento*. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? São Paulo: Editora LTr, 1998.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *A Importância do Direito Comparado*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos Rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

_____. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. *O Brasil, Território e Sociedade no Início do Século XXI*. 10. ed. São Paulo: Record, 2008.

SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização - do pensamento único à consciência universal*. 15. ed. São Paulo: Record, 2008.

SHAW, Michael N. *Direito Internacional*. Tradução de Marcelo Bandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antonio de Oliveira Sette-Câmara, rev. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SIEMS, Mathias. *Comparative Law: who is the elephant in the room?* In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: a handbook. Portland: Hart Publish, 2007.

SIQUEIROS, José Luis. *Los Nuevos Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales*. In TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz (Coord.). *Novos Rumos do Direito Contratual: estudos sobre princípios de direito contratual e suas repercussões práticas*. São Paulo, Editora Ltr, 2009.

SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da lei de introdução ao código civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável*. In. TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SMITHS, Jan M. *Comparative Law and its Influence on National Legal Systems*. In. REIMANN, Mathias and ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2006.

SMITH, Nifel J. et al. *Managing Risk in Construction Projects*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2011.

STEMP, Kevin C. *Transnational Law and Contemporary Problems: a comparative analysis for the "battle of the forms"*. Transnational Law and Contemporary Problems. Iowa City: Fall, 2005.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Vol I.

_____. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol II.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A Teoria da Imprevisão e Os Contratos de Financiamento Firmados à Época do Plano Cruzado*. In. Revista Forense. Vol. 301.

TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law: uma introdução ao direito contratual norte-americano*. [artigo desenvolvido em pesquisa de pós-doutoramento na Universidade de Berkeley, em 2007, financiada com bolsa da Universidade Luterana do Brasil. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0525_0572.pdf]

TORRES, Heleno Taveira. *O Dever de Respeito às Qualificações como Medida de Proteção à Segurança Jurídica Internacional – um caso: contratos de produção e o modelo turnkey à luz do direito brasileiro*. In. TORRES, Heleno Taveira (Org.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo:Quartier Latin, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Afirmação do Direito Cosmopolita*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREBILCOCK, Michael J. e HOWSE, Robert. *Regulation of International Trade*. New York: Taylor and Francis Group, 2005.

TWINING, William. *Globalization and Comparative Law*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: a handbook. Portland, OR.: Hart Publish, 2007.

Outras Publicações:

FIDIC - Conditions of contract for EPC Turnkey Projects - general conditions, guidance for the preparation of particular conditions, forms of letter of tender, contract agreement and dispute adjudication agreement. 1999.