

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENAN MATHEUS NERONE LACERDA

O CONTRATO DE *ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION* (EPC) NO
DIREITO BRASILEIRO: NATUREZA RELACIONAL E APLICABILIDADE DO *SILVER*
BOOK

CURITIBA

2025

RENAN MATHEUS NERONE LACERDA

O CONTRATO DE *ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION* (EPC) NO
DIREITO BRASILEIRO: NATUREZA RELACIONAL E APLICABILIDADE DO *SILVER*
BOOK

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA

2025

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Lacerda, Renan Matheus Nerone

O contrato de Engineering, Procurement and Construction (EPC) no direito brasileiro: natureza relacional e aplicabilidade do Silver Book / Renan Matheus Nerone Lacerda. – Curitiba, 2025.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientadora: Marcia Carla Pereira Ribeiro.

1. Contratos comerciais. 2. Direito empresarial. I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecária: Eglen Maria Veronese Fujimoto – CRB-9/1217

ATA Nº554

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia dez de março de dois mil e vinte e cinco às 14:30 horas, na sala de Defesas - 317, PPGD UFPR - Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RENAN MATHEUS NERONE LACERDA**, intitulada: **O CONTRATO DE ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION (EPC) NO DIREITO BRASILEIRO: NATUREZA RELACIONAL E APLICABILIDADE DO SILVER BOOK**, sob orientação da Profa. Dra. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), PAULA ANDREA FORGIONI (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), VINICIUS KLEIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 10 de Março de 2025.

Assinatura Eletrônica

11/03/2025 16:09:48.0

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

28/03/2025 19:16:34.0

PAULA ANDREA FORGIONI

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

11/03/2025 13:47:29.0

VINICIUS KLEIN

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RENAN MATHEUS NERONE LACERDA**, intitulada: **O CONTRATO DE ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION (EPC) NO DIREITO BRASILEIRO: NATUREZA RELACIONAL E APLICABILIDADE DO SILVER BOOK**, sob orientação da Profa. Dra. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 10 de Março de 2025.

Assinatura Eletrônica

11/03/2025 16:09:48.0

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

28/03/2025 19:16:34.0

PAULA ANDREA FORGIONI

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

11/03/2025 13:47:29.0

VINICIUS KLEIN

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

AGRADECIMENTOS

O trabalho ora apresentado começa a ser construído em 2017, ano em que, após ter vindo do interior do estado para estudar na capital, ingressei na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Foram cinco anos de intenso aprendizado, amizades e amadurecimento. Foi também durante a graduação que passei a me interessar pelo Direito Empresarial e me tornei pesquisador da área. Após me graduar e começar a atuar como advogado, tive a oportunidade de continuar com a pesquisa no mestrado, a qual finalizo com a apresentação desta dissertação.

Nada disso teria sido possível sem o apoio incondicional dos meus pais, Carlos Augusto Lacerda e Sttela Maris Nerone Lacerda, que sempre me deram o exemplo, incentivaram a seguir em frente e proporcionaram as oportunidades para que eu pudesse realizar e concluir a pesquisa. Agradeço igualmente ao meu irmão Thiago Henrique Nerone Lacerda, por compartilhar comigo dos desafios da vida ao longo de todos esses anos. Sozinho tudo teria sido mais difícil. Ao meu irmão Lucas Leon Lacerda, agradeço por todos os conselhos e direcionamentos, além de ter trazido a Jíulia e o Otávio para nossa família, o que tornou os dias mais alegres.

Aos meus avós, Gilberto Lacerda (*in memoriam*), Diva Lacerda (*in memoriam*), Lívio Nerone (*in memoriam*) e Maria Magdalena Nerone, agradeço por terem sido os responsáveis pela edificação de nossa família e por terem construído as bases para que as gerações futuras pudessem realizar seus objetivos com menos dificuldades.

À minha tia Rosangela Alves, agradeço por ter me ensinado o raciocínio jurídico e me incentivado a prosseguir na advocacia e na pesquisa acadêmica. Sem os seus ensinamentos e conselhos, esse trabalho não existiria. Ao meu tio Marco Nerone e meu primo Luis Eduardo Nerone, agradeço pelas trocas de ideias e pelo companheirismo, especialmente desde que me mudei para Curitiba.

Agradeço também à Mariana Capaverde Keller por, desde 2018, compartilhar a vida comigo e ser a maior apoiadora dos meus projetos. Durante esses dois anos de mestrado, além sempre estar disponível para discutir e fazer apontamentos críticos sobre o tema objeto de pesquisa, você foi meu ponto de equilíbrio durante as situações difíceis e auxiliou a encerrar esse ciclo da melhor maneira possível.

À minha orientadora, Professora Marcia Carla Pereira Ribeiro, direciono um agradecimento especial por ser a responsável pelo meu interesse em Direito Empresarial desde

2019, ano em que fui seu aluno na graduação. A partir daí, fui orientando de iniciação científica, TCC e, agora, do mestrado. Agradeço à Professora pela seriedade, comprometimento, receptividade e genialidade na orientação do presente trabalho.

Ao Professor Oksandro Gonçalves, de quem hoje sou sócio, agradeço a oportunidade e confiança que me foi dada quando ingressei em seu escritório, como estagiário, em janeiro de 2021. Inclusive, o tema da presente dissertação surgiu em razão de minha atuação profissional no escritório, ao lado do Professor.

Nos últimos dois anos, foram inúmeras as vezes expus as ideias e discuti sobre o tema objeto de pesquisa no escritório. Pela paciência em ouvir e ajudar a esclarecer as ideias, agradeço ao Arthur Schwartz, Gabriela Nardi, Lorena Dagios, Lucca Campestrini, Marcela Demeterco, Maria Fernanda Calderon e Rodrigo Montefusco.

A jornada até aqui, e a conclusão deste trabalho, também passa pela rede de apoios construída ao longo dos últimos vinte e seis anos, na qual possuem espaço especial os amigos de infância, cuja amizade resistiu apesar do decurso do tempo e da distância. Nesse contexto, agradeço aos amigos André Costa, Lucas Gusmão, Luis Henrique Bastos, Luiz Claudio, João Paulo, Oscar, Roberto Kuster, Rafael Stival e Wadih Tahech pelo apoio incondicional e pelas risadas compartilhadas nos últimos anos.

Aos meus amigos da faculdade, que também vivenciaram o período de mestrado, agradeço o incentivo, troca de ideias, conselhos e companhia, em especial ao André Marra, André Nisihara, Carlos Bonilha, Eduardo Ono, Estella Oda, Guilherme Lamy, Leandro Oss-Emer, Lucas Bitterbir, Isabela Elias, Isabella Ivankio, João Ricardo Kravetz, Kirstin Vieira, Mariana Hofmann, Matheus Setti, Tiago Andrade e Victor Piccoli.

Agradeço, em especial, ao amigo Mateus Cecy, por ter me acompanhado durante a jornada do mestrado e ter auxiliado na revisão final do trabalho. Também agradeço à Letícia Marinhuk e ao Pedro Henrique Carvalho da Costa, pelas conversas, conselhos e risadas compartilhadas, que tornaram todo esse processo um pouco mais leve.

Agradeço ao Professor Vinicius Klein por, além de sua disposição em debater temas de Direito e Economia que impactaram na elaboração do presente trabalho e participar da banca de defesa da dissertação, criar em conjunto comigo, Mateus, Letícia e Pedro o Núcleo de Estudos em Direito e Economia na Faculdade de Direito da UFPR, do qual é o coordenador.

Finalmente, agradeço à Professora Paula Forgioni pelas importantes considerações e sugestões feitas na banca de defesa da dissertação, as quais foram essenciais para o aprimoramento da pesquisa.

o barro
toma a forma
que você quiser

você nem sabe
estar fazendo
apenas o que o barro quer

- Paulo Leminski

RESUMO

O trabalho teve como objetivo analisar o contrato de EPC à luz do direito brasileiro com a finalidade de evidenciar elementos relevantes para a interpretação do modelo contratual. Inicialmente analisou-se a anatomia do contrato de EPC, oportunidade em que foram sobrelevadas suas principais características e a controvérsia doutrinária sobre a qualificação do modelo contratual. Assim, o contrato de EPC foi tomado como um ajuste empresarial legalmente atípico e socialmente típico, cujo modelo paradigmático é o *Silver Book* (2017) da FIDIC. Na sequência, analisou-se a racionalidade econômica do contrato de EPC, de modo a posicionar o modelo contratual como uma estrutura de governança desenhada entre privados para suportar uma transação em que a especificidade do ativo e a incerteza são altas, ao passo que a frequência é ocasional. Tais atributos da transação fazem com que o modelo contratual adquira natureza relacional, com a finalidade de suportar uma relação de longo prazo. Por fim, a dissertação volta-se ao processo hermenêutico, de modo a evidenciar que os usos e costumes, a racionalidade econômica dos agentes empresariais e os mecanismos contratuais para alocação de riscos possuem relevância para a interpretação do contrato. A metodologia utilizada foi o método dedutivo, vinculado à pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: contrato de EPC; contratos empresariais; custos de transação; interpretação contratual; *Silver Book*.

ABSTRACT

The study aimed to analyze the EPC contract under Brazilian law to highlight key elements for the interpretation of the contractual model. To achieve this objective, the anatomy of the EPC contract was initially examined, during which its main characteristics and the doctrinal controversy regarding the qualification of the contractual model were highlighted. Thus, the EPC contract was considered a legally atypical and socially typical business arrangement, with the paradigmatic model being the FIDIC Silver Book (2017). Subsequently, the economic rationale of the EPC contract was analyzed to position the contractual model as a governance structure designed between private parties to support a transaction where asset specificity and uncertainty are high, while frequency is occasional. These transaction attributes confer a relational nature to the contractual model, aimed at supporting a long-term relationship. Finally, the dissertation focuses on the hermeneutic process, highlighting that customs, the economic rationale of economic agents and contractual mechanisms for risk allocation are relevant for the interpretation of the contract. The methodology used was the deductive method, linked to bibliographic research.

Keywords: EPC contract; corporate law; transaction costs; contractual interpretation; Silver Book.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - GOVERNANÇA EFICIENTE.....	90
--------------------------------------	----

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O CONTRATO DE ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION (EPC).....	15
2.1	O CONTRATO DE EPC EM PERSPECTIVA	16
2.1.1	Os contratos de <i>engineering, construction contracts</i> ou contratos de construção de grandes obras.....	17
2.1.2	Os contratos <i>standard</i> e o padrão FIDIC.....	21
2.1.3	A alocação de riscos sobre o contratado: do <i>Design-Bid-Build</i> ao <i>EPC</i>	27
2.1.4	Contrato de EPC: síntese.....	33
2.2	A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO DE EPC NO DIREITO BRASILEIRO	34
2.2.1	A recondução do contrato de EPC ao regime jurídico da empreitada.....	37
2.2.2	O contrato de EPC como ajuste legalmente atípico	43
2.2.3	O contrato de EPC como tipo social	48
2.2.4	A qualificação jurídica do contrato de EPC: síntese	53
2.3	NATUREZA EMPRESARIAL DO CONTRATO DE EPC	55
2.3.1	Os contratos empresariais no direito brasileiro	56
2.3.2	Vetores de funcionamento dos contratos empresariais: alocação de riscos, assimetria informacional, oportunismo, vinculação, usos, costumes e práticas de mercado	62
2.3.3	O contrato de EPC como contrato empresarial	65
2.3.4	A natureza empresarial do contrato de EPC: síntese.....	73
3	A RACIONALIDADE ECONÔMICA DO CONTRATO DE EPC	75
3.1	A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL E A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	76
3.1.1	Nova Economia Institucional	76
3.1.2	A Economia dos Custos de Transação	81
3.1.3	Os contratos na Economia dos Custos de Transação	84
3.2	O CONTRATO DE EPC COMO ESTRUTURA DE GOVERNANÇA.....	92
3.2.1	Especificidade do ativo, frequência e incerteza no Contrato de EPC	93
3.3	A NATUREZA RELACIONAL DO CONTRATO DE EPC: UMA ANÁLISE DO <i>SILVER BOOK</i> DA FIDIC (2017)	98
3.3.1	Condições gerais e condições particulares do <i>Silver Book</i>	98

3.3.2	Mecanismos de cooperação e adaptação contratual nas condições gerais do <i>Silver Book</i>	101
3.3.3	Resolução de disputas	107
3.3.4	A racionalidade econômica do contrato de EPC: síntese	112
4	INTERPRETAÇÃO E PREENCHIMENTO DE LACUNAS NOS CONTRATOS DE EPC	114
4.1	INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL.....	114
4.1.1	Preenchimento de lacunas	120
4.1.2	Regras de interpretação contratual e preenchimento de lacunas no direito brasileiro	124
4.2	ELEMENTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE EPC A SEREM CONSIDERADOS PELO APLICADOR DO DIREITO	130
4.2.1	Usos, costumes e práticas do mercado extraídos do <i>Silver Book</i>	131
4.2.2	RAZOÁVEL NEGOCIAÇÃO INFERIDA DAS DEMAIS DISPOSIÇÕES DO NEGÓCIO E DA RACIONALIDADE ECONÔMICA DAS PARTES, CONSIDERADAS AS INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS NO MOMENTO DE CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE EPC	146
4.2.3	Alocação e gestão dos riscos no contrato de EPC	152
4.2.3.1	Anatomia dos riscos no contrato de EPC	154
4.2.3.2	Alocação dos riscos no contrato de EPC	158
4.2.3.3	Cláusulas de <i>hardship</i> como mecanismos de gestão de riscos no contrato de EPC	160
4.2.4	Autonomia privada e intervenção mínima no contrato de EPC	164
5	CONCLUSÕES.....	167
	REFERÊNCIAS	170
	ANEXO 1 – HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE PLEITOS EXTRAÍDAS DO SILVER BOOK (2017)	181

1 INTRODUÇÃO

Importado da experiência internacional, nos últimos anos o contrato de *Engineering, Procurement and Construction* (EPC) ganhou notoriedade e consolidou-se no cenário nacional para viabilizar a execução de grandes obras de elevada complexidade, tais como barragens, usinas, viadutos, estradas e linhas de transmissão de energia, ao mesmo tempo em que confere segurança jurídica aos agentes financiadores do projeto e ao dono da obra.

O contrato de EPC reflete operação econômica em que, por um preço fixo previamente estabelecido, uma empresa *expert* no setor de construção civil se compromete a entregar dentro do prazo acordado, e conforme especificações fornecidas pelo contratante, um empreendimento plenamente operacional no regime *turnkey*, ou seja, basta que o contratante vire a chave para que o empreendimento passe a operar e gerar receita.

Embora a premissa do contrato de EPC seja a imutabilidade do preço e do prazo inicialmente acordados, a especificidade do ativo transacionado, que corresponde a uma obra complexa e de grande vulto, impõe que a relação contratual se protraia no tempo. Com efeito, o lapso temporal compreendido entre a assinatura do contrato e a conclusão da obra compreende vários meses, e até mesmo anos, o que expõe a relação contratual a uma série de intercorrências que deverão ser enfrentadas e equalizadas pelas partes a fim de permitir que o escopo contratado seja preenchido.

Assim, no contrato de EPC, a regra de imutabilidade do valor global e do prazo para execução das obras coexiste com a necessidade de adaptação do contrato a eventos supervenientes. Dentro dessa dinâmica, cabe aos contratantes a gestão adequada dos riscos contratuais a estruturação de mecanismos contratuais que incentivem a cooperação a fim de mitigar as intercorrências que tendem a atingir o contrato durante sua execução.

Nesse contexto, a análise do contrato de EPC como estrutura de governança relacional em que agentes econômicos sofisticados e racionais estabelecem *ex ante* mecanismos contratuais para mitigar custos *ex post*, possui relevância para o aplicador do direito, em especial no momento de interpretação e preenchimento de lacunas contratuais. Assim, com o objetivo de evidenciar parâmetros relevantes para o processo hermenêutico envolvendo os contratos de EPC celebrados entre agentes privados, a dissertação está dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, o contrato de EPC foi colocado em perspectiva, de modo a expor sua origem e consolidação no direito brasileiro. Neste ponto, especial enfoque foi dado à

divergência doutrinária envolvendo a qualificação jurídica do contrato de EPC, momento em que será demonstrado tratar-se de contrato socialmente típico, que possui no *Silver Book* (2017) elaborado pela FIDIC, o seu modelo paradigmático. Ao final do primeiro capítulo, a natureza empresarial do contrato de EPC foi colocada em destaque, de modo a delinear as particularidades daí decorrentes.

O segundo capítulo, por sua vez, debruçou-se sobre a racionalidade econômica do contrato de EPC a partir da Economia dos Custos de Transação (ECT), concebida por Ronald Coase e operacionalizada por Oliver Williamson. Neste capítulo, o trabalho analisou o contrato de EPC como uma estrutura de governança desenhada pelas partes para suportar uma transação cuja especificidade do ativo e incerteza são altas e a frequência é ocasional, o que implica em uma relação contratual de longa duração. Ao final, foi demonstrado que, em razão dos atributos da transação, o contrato de EPC adquire natureza relacional, o que é confirmado pelo *Silver Book* (2017) da FIDIC.

Por fim, o terceiro capítulo teve por objetivo analisar as especificidades envolvendo a interpretação e o preenchimento de lacunas nos contratos de EPC, considerando sua natureza empresarial. Sem a intenção de esgotar todas as nuances relacionadas ao processo hermenêutico, a análise teve como enfoque os usos e costumes extraídos do *Silver Book* (2017) da FIDIC, a racionalidade econômica dos agentes no momento de celebração do contrato e a alocação de riscos no contrato de EPC, com especial ênfase às cláusulas de *hardship*, tradicionalmente contidas nesse modelo contratual como mecanismo para adaptação do contrato a eventos supervenientes.

2 O CONTRATO DE ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION (EPC)

Parece ser consenso na doutrina brasileira que o contrato de *Engineering, procurement and Construction*, referenciado pelo acrônimo EPC, é “o mais paradigmático representante dos contratos de construção de grandes obras”¹.

Importado da experiência internacional, o contrato de EPC emergiu no cenário brasileiro como um mecanismo para viabilizar a execução de grandes obras de elevada complexidade nas quais se fazia necessário, para o contratante (dono da obra) e investidores envolvidos, segurança jurídica e previsibilidade sobre quatro elementos principais: (i) preço, compreendido como o valor total a ser gasto com a obra; (ii) prazo, ou seja, a data em que a obra seria finalizada e entregue em funcionamento; (iii) responsabilidade pela execução do escopo contratado e sua manutenção; e (iv) operabilidade do empreendimento e sua capacidade de gerar receita.

Diante disso, o contrato de EPC, em sua formatação mais tradicional², desenha-se como uma avença na qual, por um preço fixo previamente estabelecido, o contratado (*epecista*) assume perante o dono da obra a obrigação de entregar um empreendimento pronto, acabado e operacional em determinada data, também previamente acordada. Nesse contexto, o *epecista*

¹ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 137. Em mesmo sentido, sobre popularização da utilização do EPC em grandes obras nos últimos anos ver: PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para a construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, mar. 2002. ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC – Silver Book para contratos EPC**. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013. p. 56; DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. 2015. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2015. p. 14; PINESE, Paulo Henrique Signori. **O Regime Jurídico do Contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance)**. 2015. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. p. 54; GOZZI, Elcio Fagundes Marques. **Contrato de EPC (Engineering, Procurement e Construction) e o padrão FIDIC**. 2016. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2016. p. 17; SEIBERT, Guilherme. **Os contratos de EPC: entre tipicidade e atipicidade**. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Rio Grande do Sul, 2017. p. 36. DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 199-201; MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction): primeira aproximação: conteúdo e qualificações**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 55-58. SILVEIRA, Luiz Felipe. **Danos Indiretos e Culpa Grave em Contrato de Construção**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 30; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 261.

² Conforme será detalhado adiante, no subcapítulo “2.1.2”, o a minuta padrão mais difundida para a contratação no regime de *Engineering, Procurement and Construction* é aquela estabelecida no *Silver Book* elaborado pela *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)*. Fonte: FIDIC. *International Federation of Consulting Engineers. EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)*. 2017.

torna-se o único responsável por todas as etapas exigidas para a execução do empreendimento, desde os estudos de viabilidade até a elaboração dos projetos de engenharia, passando pela aquisição de todos os materiais e equipamentos necessários, até a efetiva construção e realização dos testes de operação do empreendimento, responsabilizando-se também por eventual manutenção posteriormente exigida³.

Por se tratar de um ajuste atípico importado da experiência internacional, nos últimos anos tem-se verificado na doutrina nacional um firme embate acerca da qualificação jurídica do contrato de EPC e das regras de interpretação a ele aplicáveis⁴. Com efeito, para melhor demonstrar as controvérsias que circunscrevem o contrato de EPC, este primeiro capítulo está dividido em três subcapítulos. No primeiro deles, serão abordadas as origens do contrato de EPC até sua formatação atual. No segundo subcapítulo a dissonância doutrinária acerca da qualificação jurídica deste contrato será explanada, ao que seguirá uma conclusão parcial acerca do regime jurídico aplicável ao contrato. Por fim, no terceiro subcapítulo, a natureza empresarial do contrato e as consequências daí decorrentes serão delineadas.

2.1 O CONTRATO DE EPC EM PERSPECTIVA

Para compreender a origem do contrato de EPC e sua consolidação no direito brasileiro, deve-se observar o contexto em que este movimento ocorreu. O processo de desestatização e diminuição do protecionismo estatal observado na indústria nacional na

³ Evidentemente podem existir variações, derivadas da liberdade das partes, na formatação do EPC contratado. Contudo, o modelo mais comum é aquele celebrado no regime “*Turnkey Lump-Sum*”, em que pelo preço fixo avançado o empreendimento é entregue pronto, acabado e operacional ao contratante, bastando a este “virar a chave”. Nesse sentido, Leonardo Toledo da Silva fornece exemplo característico: “Imagine-se uma situação em que um único construtor comprometeu-se a fornecer, por preço e prazo definidos, todos os serviços, materiais e equipamentos necessários à conclusão e funcionamento de uma determinada usina hidrelétrica, englobando-se desde a realização dos serviços de engenharia, suprimentos, construção, montagem até a efetiva operação do empreendimento, em conformidade com determinados requisitos de performance e qualidade. No exemplo, estaríamos diante da modalidade contratual que o mercado denomina *EPC / Turnkey Lump Sum* (preço global, com chave na mão)”. Fonte: SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 10.

⁴ Sobre a controvérsia envolvendo a qualificação jurídica do contrato de EPC, tema que será abordada no subcapítulo 2.2 adiante, observa-se na doutrina dissenso quanto à possibilidade de recondução do contrato ao regime jurídico da empreitada. A título exemplificativo, em célebre parecer Luiz Gastão Paes de Barros Leães consignou, sobre o contrato de EPC, que “Como toda empreitada, trata-se de um contrato comutativo, quer dizer, um contrato em que as prestações das partes são de antemão conhecidas e guardam entre si uma relativa equivalência de valores”. Fonte: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O contrato EPC e o princípio do equilíbrio econômico. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 3, p. 130, jan./mar. 2015. p. 121. Em posição dissonante, José Emílio Nunes Pinto afirma que “(...) os EPCs sempre foram e continuarão sendo contratos atípicos com traços similares aos do contrato de empreitada, mas dele se afastando por constituírem uma relação una e monolítica, não podendo qualquer das obrigações ser segregada do contexto em que tais contratos são firmados”. Fonte: PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para a construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, mar. 2002.

segunda metade do século XX, o desenvolvimento do mercado de construção civil e de seus agentes, a consolidação das minutas-padrão (contratos *standard*) elaboradas por instituições privadas de envergadura internacional e os efeitos da globalização, são pontos centrais para a afirmação do contrato de EPC na indústria brasileira de construção civil, conforme passa a ser detalhado a seguir.

2.1.1 Os contratos de *engineering, construction contracts* ou contratos de construção de grandes obras

No ano de 1992, o Clóvis V. do Couto e Silva noticiava que começara a aparecer com frequência no direito brasileiro a utilização do termo “contrato de *engineering*” para fazer referência a modelos de ajustes particulares voltados à realização de grandes obras de infraestrutura no contexto da desestatização. Segundo o Autor, o contrato de *engineering* seria um modelo padronizado, que extravasaria os limites normativos dos condomínios, das incorporações imobiliárias e da empreitada, e foi elaborado para atender às necessidades identificadas na construção de “obras de grande porte em que se associam não só as construções civis, mas também equipamentos elétricos e mecânicos, em que a regulamentação atinge apenas certos aspectos”⁵.

Quando o referido Autor trouxe o tema à lume no direito brasileiro, há mais de trinta anos⁶, já se identificava nos ditos contratos de *engineering* a preferência pela contratação no regime *turnkey*, “ou seja, a entrega final e definitiva ocorre com todo o equipamento em perfeito funcionamento”⁷, bem como a ausência de disciplina jurídica específica para este particular modelo de ajuste inspirado na experiência estrangeira. Na oportunidade, Clóvis V. do Couto e Silva definiu o contrato de *engineering* como:

(...) um negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constituem, no seu todo, o aludido negócio jurídico. O seu conteúdo pode abrigar, assim, contratos de

⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. Contrato de “Engineering”. **Revista dos Tribunais**. v. 685, p. 29-40, nov. 1992. p. 29.

⁶ “Há duas décadas, Clóvis V. do Couto e Silva, um dos poucos autores brasileiros a tratar do contrato de *engineering*, nos dava notícia da recorrência de construção de contratos de grandes obras em nosso ordenamento”. Fonte: CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 24.

⁷ Sobre o modelo de contratação “*turnkey*” Marcelo Botelho de Mesquita ensina que “a despeito de inexistir uma descrição uniforme para o *turnkey*, o seu conceito básico é o de que o contratado se obriga a entregar uma obra completa e pronta para uso. Por esse contrato, uma das partes fica incumbida de fornecer os trabalhos, quaisquer que sejam eles, e entregar o objeto avançado em operação e no preço combinado”. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction): primeira aproximação: conteúdo e qualificações**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 46.

empreitadas parciais, de planejamento da obra, de realização de certas partes ou equipamentos, contratos de serviços, contratos de transporte, contratos de supervisão, sendo a sua totalidade o "contrato de *engineering*". Configura-se, como um contrato atípico, que se desprende do modelo de empreitada, e que, conforme a complexidade da obra, poderia ter como partes, diversos figurantes, e não apenas um empreiteiro e o dono da obra, como sucedia, em regra, no modelo de empreitada previsto no Código Civil (LGL\2002\400). Por esse motivo, não é possível descrever o desenvolvimento desse contrato em todas as suas formas; de um modo geral, ele supõe a existência de um projeto, realizado por empresas competentes para isso, projeto esse que depois é executado pelos empreiteiros⁸.

Da definição acima transcrita, percebe-se a complexidade como traço marcante dos contratos de *engineering*, eis que a execução de grandes obras demanda uma multiplicidade de prestações por parte do contratado, de naturezas diversas e por vezes imprevisíveis, mas que estariam sempre voltadas à execução de uma grande obra. A esse propósito, cite-se a realização de estudos de viabilidade, elaboração de projetos arquitetônicos e de engenharia, aquisição de materiais (insumos) e maquinário, gestão de equipes e coordenação do canteiro de obras para execução dos serviços, testes de operabilidade com partida assistida das operações, treinamento de equipes e manutenções posteriores eventualmente exigidas.

De qualquer modo, o contrato de *engineering* não é um sinônimo para o contrato de EPC. Afinal, extrai-se da doutrina internacional⁹ e nacional¹⁰ que o termo “contrato de *engineering*” foi cunhado para fazer referência a um gênero contratual surgido das necessidades práticas do mercado de construção civil em ambiente internacional que compreenderia várias espécies e subespécies de contratos voltados a viabilizar a execução de grandes obras, não podendo remeter especificamente a um modelo único. Nesse contexto, Marcelo Alencar de Botelho Mesquita sublinha que o termo *engineering* foi utilizado justamente para diferenciar “o contrato que envolve obra de engenharia pesada, industrial ou de infraestrutura, opondo-se

⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. Contrato de “Engineering”. **Revista dos Tribunais**. v. 685, p. 29-40, nov. 1992. p. 32-37.

⁹ Na doutrina clássica italiana, por exemplo, colhe-se a generalidade do termo “contrato de *engineering*” da doutrina de Rosella Cavallo Borgia e Guido Alpa. CAVALLIO BORGIA, Rosella. **Il contratto di engineering**. Padua: Cedam, 1992, p. 135; ALPA, Guido. I contratti di engineering. In: RESCIGNO, Pietro. (Org.). **Tratatto di diritto privato**. 2. ed. Torino: UTET, 2000, v. 11, tomo III, p. 72. Conforme aponta Marcelo Alencar Botelho de Mesquita, o que o Autor chamou de “a doutrina nacional do *engineering*”, tendo como precursor Clóvis V. do Couto e Silva, foi influenciada pela doutrina italiana. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 179.

¹⁰ Sobre o termo “contrato de *engineering*” aponta Orlando Gomes: “A significação literal da palavra não corresponde à jurídica. Não se trata, com efeito, de simples projeto industrial como objeto de um contrato específico. É algo mais, abrangente de sua execução, montagem de unidades industriais e até assistência técnica nos primeiros tempos do funcionamento”. Fonte: GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 517.

aos ‘contratos de *building*’, locução utilizada para designar os contratos de obras imobiliárias”¹¹.

Assim é que, posteriormente à definição fornecida por Clóvis V. do Couto e Silva, Fábio Coutinho Alcântara Gil publicou tese na qual buscou uma nova definição para o “contrato de *engineering*”. Para o Autor, este seria um modelo contratual socialmente típico, que no direito brasileiro deveria ser reconduzido ao regime jurídico da empreitada, mas que diferentemente dos contratos de empreitada tradicionais possuía como pressuposto específico a “presença da empresa de engenharia como parte no contrato, instrumentalizando operação econômica que possui notas de complexidade e grau de risco que não são necessariamente encontrados no tipo legal da empreitada”¹².

Lie Uema do Carmo considerou a definição de Fábio Coutinho Alcântara Gil excessivamente restritiva, à medida que admitir os pressupostos específicos como traços marcantes do contrato de *engineering* e, ainda assim, buscar enquadrá-lo no regime jurídico da empreitada, mesmo admitindo que sua definição compreendia um gênero composto por diversas espécies e subespécies contratuais, lembraria o uso do leito de Procrustes: “o que não cabe no leito é cognitiva e dogmaticamente eliminado ou deformado”. Nesta linha, dentre todas as espécies contratuais abarcadas pelo conceito de “contrato de *engineering*”, somente se poderia falar de tipicidade social para o contrato de EPC, e ainda com certas reservas, eis que, na perspectiva da Autora, inexisteriam no Brasil, naquele momento, “bases doutrinárias e jurisprudenciais suficientes para considerá-lo ‘consagrado’ no que tange a uma disciplina normativa”¹³.

De fato, a definição fornecida por Fábio Coutinho Alcântara Gil não foi capaz de tornar o termo contrato de *engineering* menos genérico, uma vez que continuava a fazer referência a uma multiplicidade de modelos contratuais existentes na indústria de construção. Tanto é verdade que, em razão da latitude do termo, Arnoldo Wald indica a existência de uma subdivisão levada a efeito pela doutrina, que cinde os contratos de *engineering* em duas classes: (i) “o *consulting engineering*, referente ao estudo da viabilidade e elaboração do projeto

¹¹ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 31.

¹² GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. 2007. 143 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007. p. 46-48.

¹³ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 64-66.

industrial” e o (ii) “*comercial engineering*, que abrange o estudo e a realização prática do projeto até a instalação e execução”¹⁴.

Em razão da generalidade do termo contrato de *engineering*, Lie Uema do Carmo propõe descartá-lo e passar à utilização do termo *construction contract*, que em sua concepção possuiria “maior amplitude conteudística”¹⁵. A Autora ainda eleva a definição para conceituar o que se se entenderia por “contratos de construção de grandes obras”, gênero mais específico, pois faz referência apenas aos modelos contratuais comumente utilizados na indústria de construção pesada¹⁶, nos seguintes termos:

(...) negócio jurídico celebrado pelo proprietário ou dono da obra, como contratante, com uma pessoa jurídica especializada em engenharia ou arquitetura, como contratada, que, em contrapartida ao preço, se incumbiria de projetar e, eventualmente, de executar uma obra de complexidade técnica, tecnológica ou financeira elevada, podendo ainda, se convencionado, obrigar-se a prestar assistência, mantê-la e operá-la.

Portanto, além da presença necessária de uma sociedade de engenharia como contratada, caracterizaria o contrato de construção de megaprojetos a complexidade da obra e os riscos a ela associados, bem como a consequente e necessária complexidade de prestação, de ambas as partes, articuladas para a consecução de um fim último: a obra perfeita e acabada. Essas características são tidas como centrais pois identificam os elementos essenciais do tipo¹⁷.

A despeito da definição proposta, o termo “contratos de construção de grandes obras” também alberga uma multiplicidade de espécies contratuais. Não por outro motivo, Lie Uema do Carmo propõe uma sistematização das espécies contidas no gênero contratual, partindo dos índices relevantes de cada tipo¹⁸, para classificá-los quanto (i) ao objeto, “qual seja, uma obra

¹⁴ WALD, Arnoldo. **Direito civil: contratos em espécie**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 406.

¹⁵ “Reconhece-se que à expressão *construction contracts* ou “contratos de construção” podem ser feitas reservas idênticas àquelas já destinadas a “contratos de *engineering*”. A crítica da semântica reducionista, dirigida por Orlando Gomes a contratos de *engineering*, também é pertinente à escolha ora feita; enquanto uma ressalta a atividade de engenharia, a outra acentua a atividade construtiva. Ambas, todavia, podem, *in concreto*, significar mais ou menos o que seu núcleo literal indica”. (...). Para fins deste trabalho, define-se contrato de construção em sentido amplo como aquele celebrado pelo proprietário ou dono da obra, como contratante, com um pessoa física ou jurídica especializada em engenharia ou arquitetura, como contratada, que, em contrapartida ao preço, obriga-se a elaborar um projeto de engenharia ou arquitetura e a executar a obra, ou tão-somente a executar a obra, ou a realizar a supervisão, monitoramento ou administração de uma obra, ou, ainda, se convencionado, a prestar assistência e operá-la”. Fonte: CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 50-51.

¹⁶ Conforme definição fornecida pela Câmara Brasileira da Indústria de Construção Civil (CBIC), “as atividades da construção pesada são caracterizadas por uma substantiva intensidade em capital e tecnologia e pela necessidade de se operar em grande escala, há aplicação maciça de insumos, máquinas, enquanto na construção leve prevalece a aplicação de mão de obra”. Fonte: CBIC. Câmara Brasileira da Indústria da Construção. *Indústrias da construção civil*. 09 mar. 2015.

¹⁷ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 51.

¹⁸ Segundo a Autora, seriam índices relevantes do tipo, na definição fornecida por Pedro Pais Vasconcelos “(...) aquelas qualidades ou características que têm capacidade para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos

de porte, complexa do ponto de vista técnico, tecnológico ou financeiro”; (ii) à qualidade das partes, “especificamente, a presença de sociedade de engenharia ou arquitetura como contratada; e (iii) à qualidade das prestações, “altamente articuladas e complexas”. A estes índices relevantes do tipo também seria acrescentado “a pertença (e centralidade em) uma rede de contratos”¹⁹.

Na classificação dos contratos de construção de grandes obras proposta por Lie Uema do Carmo, o contrato de EPC está alocado como modalidade em que (i) sempre existirá uma obra complexa, (ii) sempre estarão presentes nos polos da relação uma sociedade de engenharia ou arquitetura, (iii) as prestações avançadas são complexas e articuladas e (iv) ocupa posição central em uma rede de contratos²⁰, o que revela as principais características deste ajuste que o tornam afeito a viabilizar a execução de obras vinculadas à indústria de construção pesada.

Nada obstante a divergência acerca da terminologia mais adequada para nomear as espécies contratuais observadas com certa recorrência no mercado de construção civil, fato é que tanto o termo contrato de *engineering*, utilizado até hoje pela doutrina nacional²¹, quanto os termos *construction contracts* ou contratos de construção de grandes obras, possuem uma abrangência ampla, e se destinam a identificar um gênero que compreende diversas espécies e subespécies contratuais do mercado de construção civil, dentre as quais está o contrato de EPC. O que estas diversas espécies ou subespécies de modelos contratuais voltados à execução de grandes obras de engenharia possuem em comum é que foram importados para o Direito brasileiro a partir da experiência internacional, fruto da standardização contratual levada a efeito por instituições privadas que foram disseminadas no contexto da globalização.

2.1.2 Os contratos *standard* e o padrão FIDIC

Alexandre Arlota explica que o movimento de standardização contratual, consistente na “elaboração de minutas para modalidades contratuais específicas”, se intensificou nas

e para o comparar, quer com os outros tipos, na formação de séries ou de planos, quer com o caso, na qualificação e concretização”. Fonte: VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2009. p. 118.

¹⁹ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 215-216.

²⁰ *Ibidem*. p. 218.

²¹ Nesse sentido, confira-se: “O *engineering* é um contrato a fim de obter-se uma indústria construída e instalada. Desdobra-se em duas fases bem características: a de estudos e a de execução”. Fonte: GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 517; “Trata-se do contrato que visa à construção e à instalação de uma indústria. Mais apropriadamente, vem a ser a figura negocial em que um dos contratantes – a empresa de engenharia – assume a obrigação de apresentar o projeto, dirigir a construção e colocar em funcionamento uma indústria, entregando-a ao outro contratante, pessoa ou sociedade interessada que, por seu turno, se compromete a pôr todos os materiais à disposição da construtora e a lhe pagar os honorários ajustados e reembolsar as despesas”. Fonte: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 1288.

últimas décadas, mas já é observado no mercado há pelo menos um século²². Nesse sentido, o Autor sublinha que o fenômeno foi vetorizado pelo “reconhecimento das regras já praticadas, para estabilização da matéria em minuta contratual” e atingiu também o setor da construção civil na passagem do século XIX para o XX:

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.

(...)

Embora subsistam formulários-padrão criados e aplicados por empresas nos mais distintos setores econômicos; o vetor predominante, no presente, é movido pelo reconhecimento das regras já praticadas, para estabilização da matéria em minuta contratual. Seria, nessa dimensão, a estandardização contratual positivação privada da *lex mercatória*²³.

Em perspectiva convergente, Fábio Coutinho Alcântara Gil indica que a aparição do gênero que denominava como “contratos de *engineering*” estava relacionada às demandas geradas pelo desenvolvimento econômico e social, pelo exercício empresarial da atividade de engenharia e, especialmente, devido à influência da globalização, eis que com a redução do protecionismo estatal²⁴ as grandes empresas multinacionais de engenharia “voltam seus olhos para as enormes deficiências estruturais dos países emergentes” e, ao acessarem estes mercados, “trazem consigo a experiência dos contratos-tipo elaborados por associações profissionais e de comércio”²⁵, os quais passam a ser adotados como modelos *standard* para execução de grandes obras.

De fato, as minutas-padrão no mercado de construção civil, que “costumam ser apresentadas como expressão das melhores práticas no setor, prevendo uma distribuição de riscos adequada para cada modelo de operação, assim como normas e procedimentos já

²² 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 Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013. p. 49.

²³ *Idem*.

²⁴ No Brasil, o Decreto n. 64.345, de 1969 criava reserva de mercado às empresas de engenharia nacional ao prever em seu artigo 1º que “Os órgãos da Administração Federal, inclusive as entidades da Administração Indireta, só poderão contratar a prestação de serviços de consultoria técnica e de Engenharia com empresas estrangeiras, nos casos em que não houver empresa nacional devidamente capacitada e qualificada para o desempenho dos serviços a contratar”. A norma protecionista, alterada pelo Decreto n. 66.717, de 15 de junho de 1970 e pelo Decreto n. 73.685, de 19 de fevereiro de 1974, só viria a ser revogado pelo Decreto de 14 de maio de 1991, que objetivaria “o desenvolvimento da engenharia nacional”.

²⁵ GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. 2007. 143 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007. p. 13.

experimentados concretamente”²⁶, possuíram nas associações independentes seu principal foco de desenvolvimento e disseminação²⁷.

Segundo a doutrina, a origem dos contratos *standard* no mercado de construção civil “remonta a meados do século XIX”²⁸, com a publicação, em 1888, do *Uniform Contract* elaborado pelo *American Institute of Architects (AIA)*, o qual é tido como o primeiro modelo *standard* de contrato nos Estados Unidos da América²⁹.

Na esteira do que foi feito de forma pioneira pela *AIA*, diversas outras instituições internacionais passaram a criar modelos de referência³⁰, os quais sempre derivaram da experiência prática e tiveram por objetivo tornar mais eficiente a contratação para execução de grandes obras, de modo a diminuir os custos de transação para os contratantes que desejassem implementar um empreendimento complexo, bem como aumentar a segurança para os investidores.

No mercado de construção civil é consenso que há muitas décadas predominam os modelos *standard* elaborados e editados pela *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)*, sediada em Genebra, na Suíça³¹. Esta, por meio de seus modelos contratuais

²⁶ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 216-217.

²⁷ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC – Silver Book para contratos EPC**. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013. p. 50.

²⁸ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 39

²⁹ “The American Institute of Architects publishes nearly 200 contracts and forms that are recognized throughout the design and construction industry as the benchmark documents for managing transactions and relationships involved in construction projects. The AIA’s prominence in the field is based on 132 years of experience creating and updating its documents. The history of AIA Contract Documents dates to 1888 when the AIA first published the Uniform Contract for use between an owner and a contractor”. Fonte: AIA CONTRACT DOCUMENTS. **The History of AIA Contract Documents**. 2024.

³⁰ “Nos Estados Unidos da América, além dos modelos da AIA e AGC, são também muito utilizados aqueles desenvolvidos e publicados pela National Society of Professional Engineers (NSPE), pela Construction Management Association of America (CMAA) e pelo Engineers Joint Document Committee – EJDC of the American Society of Civil Engineers – ASCE. Na Inglaterra e no País de Gales, o Joint Contracts Tribunal (JCT) há mais de setenta e cinco anos publica contratos *standard*, muito disseminados e utilizados na indústria de construção. O Institution of Civil Engineers (ICE) publica suas versões desde 1945. Em 1993, o ICE publica o “New Engineering Contract” ou NEC, um modelo de contrato em linguagem simples e direta, e que pretende ser um catalizador da boa administração do projeto. O NEC3 foi corroborada pelo governo da Grã-Bretanha e é o mais utilizado atualmente na construção civil. Nas contratações internacionais de grandes obras, predominam os modelos publicados pela Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC) e pela International Chamber of Commerce (ICC)”. Fonte: CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 41-42.

³¹ Conforme colhe-se da doutrina: “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 anos 1950, seguida da admissão de países emergentes como Colômbia e Zâmbia, nos anos 1960, imprimiu caráter efetivamente internacional à FIDIC”. Fonte: ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A standardização dos contratos**

“espraiou expertise internacional e congregou profissionais de engenharia e de advocacia altamente especializados, entre outros, para fomentar o seu desenvolvimento”³², podendo-se dizer que o padrão FIDIC é o mais utilizado na indústria de construção civil atualmente³³ e o principal responsável pela consolidação do contrato de EPC em cenário internacional e, por consequência, no direito brasileiro³⁴. Inclusive, em razão do uso constante das minutas padrão elaboradas pela FIDIC para execução de grandes obras, alguns países chegaram a incorporar estes modelos *standard* em sua legislação local, para orientar a execução de obras públicas, por exemplo³⁵.

internacionais e o modelo FIDIC – *Silver Book* para contratos EPC. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013. p. 52; “Na realidade, a FIDIC tomou de empréstimo a experiência acumulada pela *Institution of Civil Engineers* – ICE, pela *Federation of Civil Engineering Contractors* e pela *Association of Consulting Engineers* – ACE, todas do Reino Unido. Tais instituições agregaram em único documento os modelos de contratos utilizados antes da Segunda Guerra Mundial, denominado *General Conditions of Contracts and Form of Tender, Agreement and Bond for use in Connection with Work of Civil Engineering Construction*”. Fonte: NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 131-152, out./dez. 2020. Atualmente, a FIDIC possui minutas-padrão para diversas espécies de contratos de construção, sendo as mais conhecidas e utilizadas internacional e nacionalmente o *Red Book*, que trata de modelo contratual em que o projeto de engenharia é fornecido pelo contratante e apenas a fase de execução é realizada pelo contratado, o *Yellow Book*, em que tanto o projeto de engenharia quanto sua execução estão a cargo do contratado, embora sob a fiscalização do contratante, e o *Silver Book*, que trata do tradicional modelo de contrato EPC, com a responsabilização integral do contratado pela concepção, execução e entrega da obra. A propósito: “*FIDIC is renowned for its international standard forms of contract for use on national and international construction projects. We publish standard forms of contracts for works and agreements for clients, consultants, sub-consultants, joint ventures, and representatives. FIDIC also publishes various business practice documents such as policy papers, guidelines and training manuals. These documents cover a range of issues including risk management, project sustainability management, environment, integrity management, dispute resolution techniques and insurance and a number of guides for quality-based selection, procurement and tendering procedures*”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Publications**. 2024.

³² NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 131-152, out./dez. 2020. p. 133.

³³ “Quanto a sua disseminação, a importância de se utilizar os padrões contratuais elaborados pela FIDIC se verifica de forma mais nítida em países em desenvolvimento, e serviram de alicerce legal para a construção de grandes obras de engenharia em países como a China, Rússia e República Tcheca, o que se deve certamente à imposição dos diversos *stakeholders* que figuram em aludidos processos – Bancos Mundiais, fundos de investimentos e investidores – ao condicionarem a concessão do financiamento pretendido à utilização dos livros. ALVES, André Cordelli. **Contrato de construção FIDIC new Red Book: civil law e o sistema legal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. p. 20.

³⁴ “No âmbito do mercado internacional a base para os contratos EPC é normalmente extraída do modelo elaborado pelo FIDIC – *Federation of Consulting Engineers*, organização sediada em Genebra e que congrega múltiplas associações de engenheiros-consultores distribuídas pelo mundo, inclusive a Associação Brasileira de Consultores de Engenharia. A FIDIC optou por normatizar modelos que contemplam a partilha de responsabilidades e riscos em três categorias, editando para cada uma delas uma cartilha: a cartilha vermelha, a amarela e a prata. O que caracterizaria o contrato, na cartilha prata (*turnkey*), é o que se pode chamar de obrigação de resultado”. Fonte: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 262.

³⁵ “*The long-term use of sample documents in a certain industry sometimes leads to their incorporation in local public procurement legislation. In this way, the FIDIC forms have become part of public procurement law in, for example, Central and Eastern Europe and the Middle East. Developments in some Arabic countries are now so advanced that standardized conditions or their parts have become mandatory elements of local public procurement law*”. Fonte: KLEE, Lukas. **International construction contract law**. 2. ed. Hoboken: Wiley, 2018. p. 222.

Tendo como princípio norteador a alocação adequada de riscos, a FIDIC elaborou em 1957 sua primeira minuta-padrão, que já se propunha a ser um modelo *standard* para utilização internacional, o qual foi denominado como “*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by The Employer: The Constuction Contract*”³⁶. Como o próprio nome indica, o primeiro modelo elaborado pela FIDIC, que se popularizou pela denominação de *Red Book*, se voltava à regulação do chamado arranjo tradicional ou convencional, que na literatura anglo-saxã é denominado *Design-then-Build* ou *Design-Bid-Build* (DBB)³⁷. Nesta formatação, é possível observar uma separação muito característica entre as duas etapas inerentes ao processo de construção: (i) elaboração de projetos e (ii) execução das obras³⁸. No caso específico do padrão *Red Book*, a elaboração dos projetos fica a cargo do dono da obra, enquanto o empreiteiro contratado responsabiliza-se exclusivamente pela fase executiva³⁹.

Com o desenvolvimento do mercado de construção civil e a organização empresarial dos agentes envolvidos, passou a ser cada vez mais comum, para a construção de grandes obras, a alocação integral de todas as etapas inerentes ao processo construtivo na pessoa do contratado. Assim, nos anos subsequentes a FIDIC reviu e ampliou o modelo inicialmente desenvolvido, chegando a diferentes minutas-padrão, que refletiam o desenvolvimento do mercado de construção civil.

A título exemplificativo, de um lado, passou-se a ter o *Short Form of Contract (Green Book)*, que é o modelo desenhado para embasar construções de menor relevo, em que o contratado é responsável apenas pela execução das obras, ficando os projetos de engenharia a cargo do contratante; e de outro lado passou-se a ter o *Conditions of Contract for EPC/Turnkeys Projects: The EPC Turnkey Contract (Silver Book)*, direcionado às construções de grande vulto

³⁶ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC – Silver Book para contratos EPC**. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013. p. 52.

³⁷ Sobre o arranjo DBB, verificar o subcapítulo 2.1.3, na sequência.

³⁸ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction): primeira aproximação: conteúdo e qualificações**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 33-35.

³⁹ “De forma mais genérica, pode-se afirmar que a principal obrigação do empreiteiro reside em desenhar – em atenção à extensão especificada em contrato –, executar e completar a obra para a qual foi contratado, de acordo com o definido em contrato, e sob as instruções do engenheiro, assim como reparar qualquer defeito verificado”. Fonte: ALVES, André Cordelli. **Contrato de construção FIDIC new Red Book: civil law e o sistema legal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. p. 125.

e complexidade em que basicamente todas as prestações e riscos são alocados diretamente no contratado (*epecista*)⁴⁰.

Os modelos-padrão editados pela FIDIC são divididos pela denominação em cores⁴¹, sendo os mais difundidos e utilizados na indústria os livros Vermelho (*Red Book*), Amarelo (*Yellow Book*) e Prateado (*Silver Book*), os quais em conjunto são denominados *Rainbow Suite*⁴². A despeito de suas diferenças, pautadas na alocação de riscos e nas responsabilidades atribuídas a cada uma das partes, a estrutura de todos os modelos segue um mesmo padrão, divididos em duas partes (i) condições gerais – Parte I, compostas por cláusulas recomendadas para todas as contratações celebradas naquele formato; e (ii) condições particulares – Parte II, em que a própria FIDIC orienta os contratantes a como adaptar o contrato a depender das especificidades do empreendimento⁴³.

O contrato de EPC se destaca justamente por corresponder à minuta-padrão representada pelo *Silver Book*⁴⁴, em que a contratação ocorre no regime *turnkey* e gera-se o

⁴⁰ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC – Silver Book para contratos EPC**. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013. p. 52.

⁴¹ Conforme sistematiza Elcio Fagundes Marques Gozzi, tem-se: “(i) Livro Verde – versão simplificada de contrato de engenharia – formato recomendado para uso em obras de engenharia e construção com valor relativamente pequeno, com curto tempo de construção ou de execução repetitiva; (ii) Livro Vermelho – padrão de contrato para edificações e obras de engenharia projetadas pelo contratante; (iii) Livro Rosa – modelo de contrato utilizado em obras de engenharia projetadas pelo contratante, mas financiadas por instituição financeira de desenvolvimento; (iv) Livro Amarelo – contrato de concepção-construção de projetos elétricos e mecânicos, elaborado para uso em empreendimentos onde o contratado realiza a maior parte do projeto conforme especificação ou desempenho preparado pelo contratante; (v) Livro Prata – contrato modelo para projetos de engenharia, aquisição e construção, entregues pronto para operar (EPC Turnkey), toda responsabilidade pelo design e construção é do contratado; (vi) Livro Ouro – versão de contrato para empreendimentos que incluam projeto, construção e operação sob responsabilidade do contratante; (vii) Livro Azul – padrão utilizado em obras de dragagem e recuperação, com projeto do contratado; e (viii) Livro Branco – concepção contratual para prestação de serviços e consultoria técnica, tais como estudos de viabilidade, projetos, administração de contratos e gestão de projetos”. Fonte: GOZZI, Elcio Fagundes Marques. **Contrato de EPC (Engineering, Procurement e Construction) e o padrão FIDIC**. 2016. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2016.

⁴² “A Suíte Arco-Íris ou *Rainbow Suite* 1999 foi a primeira edição conjunta do Livro Vermelho (*Red Book*), do Livro Amarelo (*Yellow Book*) e do Livro Prata (*Silver Book*), elaborados concomitantemente e publicados juntos. Como mencionado anteriormente, o Livro Vermelho é utilizado para contratos de construção em que o proprietário tem a responsabilidade do projeto e pagará ao empreiteiro por quantitativos de serviços realizados com preços unitários. O Livro Amarelo é utilizado nos contratos em que o empreiteiro é responsável pelo projeto e pela construção das obras, incluindo as instalações elétricas e mecânicas, com pagamentos por etapas. O Livro Prata é utilizado em projetos chave na mão ou EPC (*Engineering, Procurement and Construction*). Fonte: ROSA, Luís Otávio P. **Contratos FIDIC: feitos por engenheiros para engenheiros**. In: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et. al. Arbitragem, infraestrutura e direito da construção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 77-78.

⁴³ NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 131-152, out./dez. 2020. p. 136.

⁴⁴ Atualmente o *Silver Book* está em sua segunda edição, publicada em 2017. Segundo a Adriana Regina Sarra de Deus, a segunda edição não afetou a estrutura essencial de alocação de riscos em relação à primeira edição do *Silver Book*, publicada em 1999, mas apenas o atualizou de forma a melhor adaptar o modelo *standard* às melhores práticas do setor. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 220.

single point of responsibility em face do contratado. Evidentemente, é a partir da minuta padrão elaborada pela FIDIC no *Silver Book* que o contrato de EPC passa a possuir envergadura para se difundir internacionalmente, uma vez que a minuta *standard* reflete as melhores práticas do setor para essa modalidade de contratação, e sua adoção passa a ser exigida pelos agentes econômicos envolvidos na operação como mecanismo de segurança e previsibilidade⁴⁵.

2.1.3 A alocação de riscos sobre o contratado: do *Design-Bid-Build* ao EPC

A origem do contrato de EPC e sua consolidação internacional mediante a publicação do *Silver Book* também precisa ser compreendida sob a perspectiva da gradual concentração dos riscos da obra sobre o contratado, de modo a conferir maior segurança ao contratante e aos agentes financiadores.

Conforme evidenciado anteriormente, com o desenvolvimento do mercado de construção civil e a especialização dos agentes envolvidos, que passam a se organizar sob o regime de empresa e, por consequência, a assumir maior porte, a tendência passa a ser cada vez mais a alocação de riscos na figura do contratado. Soma-se a isso as dificuldades práticas observadas com a utilização do chamado “modelo tradicional de contratação”, designado de *Design-Bid-Build (DBB)*⁴⁶. Neste modelo, a separação entre a fase de elaboração de projetos e a fase executiva é uma característica inerente, de modo que “se um defeito aparecesse, nem o projetista, nem o construtor responderiam por ele, um sempre culpando o outro”, tendo como resultado “disputas complexas, com muitas partes envolvidas”⁴⁷.

⁴⁵ “A FIDIC apresentou as Condições de Contrato para projetos EPC/Turnkey (modalidade chave na mão) de 1999 (o *Silver Book*), reconhecendo a necessidade existente no mercado de construção de um modelo de contrato que colocasse ênfase quanto a maior certeza do preço final e da data de conclusão do que o faz um simples contrato de projeto e construção. Essa forma de fornecimento de bens e serviços é amplamente utilizada em projetos grandes de serviços de utilidade pública com uma dimensão internacional, que combinem grandes trabalhos de engenharia civil com instalações mecânicas e elétricas. Em um contrato turnkey, o empreiteiro projeta, obtém e constrói a instalação até que esteja pronta para operação e dentro de um padrão que cumpra as especificações de desempenho preestabelecidas. (...) Uma das notáveis diferenças no *Silver Book*, quando comparado ao *Red* e ao *Yellow Book*, é que o contratante (ou o representante do contratante, se ele indicar um) administra o *Silver Book*, enquanto o engenheiro realiza esse papel no *Red* e no *Yellow Book*”. Fonte: SMITH, Peter. *Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC*. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

⁴⁶ Conforme ensina Joseph Huse, o método *Design-Bid-Build* é o método tradicional utilizado em contratos de construção. Neste modelo, em resumo, o contratante (dono da obra) fornece ao projetista um *briefing* do projeto, de modo a evidenciar suas particularidades. Então o projetista (*designer*) elabora os projetos, que na sequência serão executados por um empreiteiro (*contractor*). Tradução livre de: HUSE, Joseph. **Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts**. 2. ed. Londres: Thomson Reuters, 1997. p. 3.

⁴⁷ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 37-38.

Consequentemente, para evitar essas disputas complexas, passa-se, gradualmente, a alocar integralmente no empreiteiro a responsabilidade pela elaboração dos projetos e pela execução das obras, de modo a dotar de maior eficiência o processo construtivo. Esse novo formato de contratação, que embora já existisse na indústria desde seus primórdios, mas que se populariza a partir da década de 70 em países de origem anglo-saxã, passa a ser denominado de *Design-Build (DB)*⁴⁸.

Como vantagens da contratação no modelo *Design-Build* pode-se citar a possibilidade de *fast-tracking* nas obras (início da construção antes da finalização dos projetos)⁴⁹, o emprego da estrutura de remuneração a preço fixo global (*lump sum*), eis que ao reunir a função de projetista e empreiteiro no contratado este torna-se capaz de estabelecer de antemão o custo total da obra e sua margem de remuneração e, por fim, criação do *single point of responsibility* no contratado⁵⁰, cujo efeito principal é mitigar as disputas complexas envolvendo o projetista e o empreiteiro, presentes no modelo do *Design-Bid-Build*, como visto.

Por outro lado, como potenciais desvantagens do modelo *Design-Build* Adriana Regina Sarra de Deus aponta para a crítica existente sobre um possível comprometimento na qualidade da prestação, eis que “o construtor atenderia aos requisitos do dono da obra buscando a solução de maior facilidade técnica e menor custo possível, preterindo aspectos da estética, inovação e qualidade”⁵¹. De fato, no modelo de *Design-Build* o pressuposto é a não interferência do dono da obra na execução dos trabalhos, com alocação integral das responsabilidades no

⁴⁸ “É indubitável, de qualquer maneira, que o *design-build* conquista sua grande popularidade nos anos 1970, como reconhecem até aqueles que situam sua origem no início do século XX. Seu emprego dali em diante só fez aumentar e, na década de 80, já conhecido de maneira a suscitar, na Inglaterra, os primeiros modelos institucionais. Inicia-se, então, um período de transição do método tradicional, com vistas a transferir as responsabilidades do contratante e do projetista para o construtor, ingressando o método em 1990 com um futuro promissor, a ponto de se falar em uma explosão de sua adoção e até mesmo na “era do *design-build*”. No presente século XXI, o *design-build* reputa-se a forma de contratação com maior crescimento, utilizada para todos os tipos de obra, de pequenos domicílios a grandes plantas industriais, e com recorrência tamanha que ameaça o domínio do arranjo tradicional nos EUA e Inglaterra. No setor privado, representa a forma padrão para grandes contratações, em que raramente se utiliza o método tradicional, enquanto no plano estatal os governos de ambos esses países passam também a se valer do *design-build*”. Fonte: *Ibidem*. p. 41-42; No mesmo sentido, Adriana Regina Sarra de Deus aponta que “Com a evolução da Revolução Industrial e o aumento da complexidade dos empreendimentos, o já explicado *DBB* passou a ser o método mais largamente praticado na indústria da construção, em detrimento do *DB*. Este apenas foi revivido no final do século XX, justamente como resposta aos problemas surgidos da separação entre projeto e construção característica do *DBB*”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 121.

⁴⁹ “A construção faseada, ou *fast-track* ocorre quando a construção se inicia antes da finalização da fase de projetos ou da definição precisa do escopo da obra. Tem, assim, por característica a sobreposição das fases de projeto e de construção”. ⁴⁹ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 104.

⁵⁰ “Ao centrar em uma única parte a responsabilidade por erros de projeto e por erros de execução, o *DB* propicia uma potencial redução dos conflitos entre dono da obra e construtor”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 125.

⁵¹ *Ibidem*. p. 127.

contratado⁵², o que poderia gerar incentivos perversos para que este majore o seu lucro em detrimento da qualidade do serviço. Todavia, segundo a Autora essa crítica não se sustentaria na realidade pois, conforme apontam John Murdoch e Will Hughes⁵³, volta-se à pessoa do contratado, e não ao modelo de contratação em si.

Destarte, fato é que com a popularização do modelo *Design-Build* na indústria não demorou muito para que o mercado de construção civil o aprimorasse para imprimir a ele um novo formato: a contratação no regime *turnkey* (chave na mão). Para Marcelo de Alencar Botelho Mesquita, o *turnkey* seria um desdobramento do *Design-Build*, no sentido de:

(...) concentrar maior responsabilidade nas mãos do construtor, pois caberá ao contratado entregar o empreendimento todo equipado, testado (comissionado) e pronto para uso. Em caso de instalações industriais ou empreendimentos de infraestrutura que envolvam processamento, o contrato *turnkey* incluirá a aquisição e instalação dos equipamentos e maquinário exigidos para operação na planta. A expressão chave na mão, assim, quer significar que o contratado assumirá todas as atividades necessárias para a colocação do empreendimento em funcionamento. Diferente do *design-build*, portanto, no *turnkey* há a responsabilidade da entrega da construção completa, equipada e operacional, bastando “virar a chave” para que tudo funcione⁵⁴.

Além das características inerentes ao processo construtivo, Marcelo Alencar Botelho de Mesquita sublinha que a contratação no regime *turnkey* representa um importante instrumento de desenvolvimento econômico e transferência de tecnologia, sobretudo para países subdesenvolvidos. E isso porque neste modelo de contratação, o contratado é quem detém o *know-how* para execução do empreendimento e sua operacionalização – aqui compreendido inclusive o fornecimento de manuais, treinamento de pessoal e partida assistida das instalações –, devendo ainda prestar garantia e responsabilizar-se por sua manutenção por determinado período. Caberia ao contratante apenas e tão somente virar a chave e administrar o empreendimento. Assim, a contratação no regime *turnkey* passa a possibilitar a implementação de soluções de infraestrutura e de tecnologias oriundas de países desenvolvidos,

⁵² “The use of the turnkey method of construction results in a considerable reduction of intervention by the employer in the design and construction process, as compared with other contracting methods. The role of the employer will consist primarily of contract administration. His role may also include, depending upon the terms of the turnkey contract, review and/or approval of designs. Further, the design used ought to be consistent with the technical capacities of the contractor, resulting in a more efficient and costeffective application of the design to the construction of the works”. Fonte: HUSE, Joseph. **Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts**. 2. ed. Londres: Thomson Reuters, 1997. p. 6.

⁵³ MURDOCH, John; HUGHES, Will. **Construction contracts: law and management**. 3. ed. Londres: Spon, 2000. p. 45.

⁵⁴ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 48.

que de outra forma não seriam factíveis em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, em razão da manutenção de segredos industriais pelas grandes empresas do setor⁵⁵.

Embora grande parte da doutrina utilize *turnkey* como sinônimo do contrato de EPC, e essa utilização não esteja de todo inadequada, à medida que o contrato de EPC operacionaliza-se sob o formato *turnkey* a preço global (*lump sum*), a doutrina ainda aponta que o movimento do *project finance* no mercado de construção civil foi o ponto de inflexão para a consolidação do contrato de EPC no modelo em que o conhecemos hoje.

O *project finance*, ou financiamento de projetos, passou a ocupar espaço na indústria da construção civil entre as décadas de 60 e 70, nas quais a prática de “viabilizar empreendimentos não somente sem prévio conhecimento tecnológico, mas também sem o capital necessário”, passou a ser necessária e a se popularizar na indústria petroleira:

A partir das décadas de 1960 e 1970, passa a vigorar internacionalmente a tendência de viabilizar empreendimentos não somente sem prévio conhecimento tecnológico, mas também sem o capital necessário, recorrendo-se a financiadores dispostos a prover os recursos para sua construção. Essa tendência foi incrementada com as crises do petróleo em '70 e '80, que tonaram imprescindíveis elevadas somas de recursos financeiros para implantação de novas plantas de extração e processamento, em que se investia toda a capacidade e tecnologia de engenharia existente. Hoje a mesma tendência é potencializada com o movimento de substituição do Poder Público na implantação de infraestrutura. Assim, a construção de grandes obras, antes baseada em uma contratação pelo método tradicional e com recursos do contribuinte, passa a ser custeada pelos próprios particulares, em regime de concessão, objetivando o retorno dos investimentos, ou seja, lucro⁵⁶.

A partir daí, sobretudo com o regime de concessões, a mesma prática passou a ser utilizada em outros setores, como de transportes e de geração de energia. Dentro desse contexto é que surge o denominado *project finance*, uma modalidade de financiamento que diverge das demais à medida que “os recursos são fornecidos com uma destinação específica, consistente no custeio de um empreendimento determinado, cuja receita gerada será a principal fonte de pagamento do empréstimo e cujos bens serão a garantia do agente financiador externo”⁵⁷.

⁵⁵ “Nesse caso, haverá na chave na mão transferência de tecnologia, não com a revelação dos processos sigilosos para que se replique o empreendimento, mas com a incorporação de recursos tecnológicos nos instrumentos e equipamentos necessários à operação das instalações. (...). Para garantir a referida autonomia na exploração da tecnologia adquirida, costumam integrar o *turnkey* obrigações como treinamento de pessoal, partida assistida das instalações, entrega de manuais de operação e manutenção, assistência técnica e fornecimento de sobressalentes. (...). A adição dessas novas prestações leva a se considerar este contrato um instrumento produtivo, de industrialização e de transferência de tecnologia”. Fonte: *Ibidem*. p. 49-50.

⁵⁶ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 55-56.

⁵⁷ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 140.

Portanto, o próprio empreendimento e o resultado a ser gerado com sua operacionalização (receita) passam a ser a garantia do agente financiador que, para tanto, exige maior previsibilidade sobre o custo da obra, o prazo para sua implementação, a responsabilidade pela execução e qualidade do que será entregue.

Nesse contexto, Paulo Henrique Signori Pinese aponta que o contrato de EPC emerge como um mecanismo para viabilizar o financiamento de projetos, normalmente operacionalizando-se através da constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para exploração do empreendimento⁵⁸, a qual toma o empréstimo perante o agente financiador e, também contrata o *epecista* responsável pela execução das obras:

No âmbito do financiamento de projetos, o contrato de EPC é frequentemente utilizado, pois possibilita, de um lado, à sociedade de propósito específico concentrar, em um mesmo empreiteiro (normalmente, uma sociedade de engenharia ou construtora com experiência no setor), a responsabilidade pelo projeto, os trabalhos e engenharia, o fornecimento de mão de obra e materiais (próprios ou de terceiros por ele subcontratados), a construção da obra, sua conclusão e entrega nos termos e condições definidos no contrato⁵⁹.

Portanto, o contrato de EPC surge como mecanismo para viabilizar a operação econômica circunscrita pelo financiamento de projetos, possuindo como escopo a construção de um empreendimento que será capaz de gerar receita para pagar o financiador. Dentro dessa dinâmica, praticamente a integralidade dos riscos relacionados à execução da obra – incluindo aqueles relacionados às informações e projetos eventualmente fornecidos em momento prévio pelo contratante, riscos geológicos e riscos pela variação de preços dos insumos no mercado – são alocados no *epecista*, o que implica uma aleatoriedade acessória ou acidental em seu escopo⁶⁰, de tal modo que “esses maiores riscos, inclusive, reputar-se-iam um diferencial entre o EPC e os ajustes *turnkey*”⁶¹.

O reflexo direto da alocação agravada de riscos sobre o *epecista* e da introdução de certa aleatoriedade sobre o escopo assumido é o preço global fixado, que será fatalmente mais

⁵⁸ “Os recursos, por sua vez, não são dados à pessoa do dono da obra, mas a uma sociedade criada especificamente para a exploração do empreendimento financiado, via de regra uma sociedade de propósito específico (SPE), cujos sócios têm responsabilidade limitada e são designados “patrocinadores” ou “*sponsors*”. *Idem*.

⁵⁹ PINESE, Paulo Henrique Signori. **O Regime Jurídico do Contrato EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) no Financiamento de Projetos (*Project Finance*)**. 2015. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. p. 54-55.

⁶⁰ Apesar de fazer referência a uma potencial aleatoriedade introduzida no escopo do *epecista*, Marcelo Alencar Botelho de Mesquita sublinha que “Não se teria, contudo, um contrato de pura sorte, como o jogo e a aposta, nos quais o acaso intervém de modo decisivo, mas só acessória ou acidentalmente aleatório”. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (*turnkey*) e EPC (*engineering, procurement and construction*)**; primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 125.

⁶¹ *Ibidem*. p. 115.

elevado do que aquele que seria cobrado para execução da mesma obra em um outro regime de contratação⁶².

Destarte, redigir um contrato de EPC nos termos acima delineados, que exige detalhamento sobre todos os seus elementos, é de extrema dificuldade até mesmo para o mais habilidoso jurista. Assim é que, no contexto do financiamento de projetos, normalmente o agente financiador tende a exigir que o contrato de EPC seja utilizado em seu formato já consolidado, ou seja, a partir da minuta-padrão do *Silver Book* elaborado pela FIDIC⁶³. A esse propósito, Leonardo Toledo da Silva ensina que ao se estruturar um empreendimento a ser viabilizado pelo contrato de EPC, um fator relevante é considerar a influência do agente financiador na escolha do modelo contratual:

(...) é saber quem será o fornecedor dos recursos financeiros necessários ao empreendimento. Será um projeto financiado integralmente pelo próprio empreendedor ou haverá uma ou mais instituições financeiras que financiarão, no todo ou em parte, o capital investido? A certeza jurídica quanto a preço e prazo é crucial na estruturação de grande parte dos financiamentos. Isso porque a principal garantia do financiador é, por vezes, o fluxo de caixa do empreendimento financiado. Essa é, aliás, a grande característica dos financiamentos estruturados na modalidade denominada *project finance*, nos quais a decisão quanto à concessão do crédito baseia-se, fundamentalmente, nas perspectivas de sucesso do próprio empreendimento.

A falta de certeza jurídica quanto a preço e prazo de implantação acabaria tendo que ser compensada ou por um maior custo do financiamento (taxas de juro), ou pelo oferecimento de outras garantias ao financiador. Neste contexto, o contrato EPC torna-se, de certo modo, verdadeira garantia aos organismos financiadores, os quais não raramente participam de forma ativa na definição e na negociação das condições do contrato. Daí por que algumas instituições financeiras já solicitam a adoção de modelos específicos de contrato, como é o exemplo do Banco Mundial, que, em suas operações de financiamento, procura recomendar a utilização dos modelos de contrato elaborado pela FIDIC – *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, em especial o modelo constante do chamado *Silver Book*, que traz condições para contratação de EPC / Turnkey na modalidade de preço global (Lump Sum)⁶⁴.

⁶² Lukas Klee aponta como uma das desvantagens do contrato de EPC o fato de que, em razão da alocação de riscos agravada sobre o epecista, normalmente o valor global dos contratos EPC tende a ser muito superior do que seria caso se optasse por outro modelo de contratação. Afinal, o risco precisa ser precificado. Tradução livre de: KLEE, Lukas. **International construction contract law**. 2. ed. Hoboken: Wiley, 2018. p. 174-175.

⁶³ “Contribuiu para o sucesso da FIDIC em sua missão institucional e na aceitação global de seus formulários a parceria com importantes instituições. O alto índice de contratos de construção que – em função da complexidade e dos altos valores envolvidos – foram submetidos à câmara arbitral da ICC, 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. 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, 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*”. Fonte: ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC – Silver Book para contratos EPC**. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013. p. 53-54.

⁶⁴ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 11.

Portanto, além de ser compreendido do ponto de vista jurídico, é essencial desde logo fixar a premissa de que o contrato de EPC, representado por seu modelo paradigmático (*Silver Book*), também demanda uma análise acurada sob a perspectiva econômica, de modo a compreender esse modelo de contrato como um mecanismo capaz de viabilizar operações de financiamento de projetos e de atender à demanda por infraestrutura.

2.1.4 Contrato de EPC: síntese

O contrato de *Engineering, Procurement and Construction* (EPC) pode ser compreendido como o resultado do processo histórico no mercado de construção civil de alocação de riscos sobre o contratado, com o objetivo de fornecer ao dono da obra e aos agentes financiadores do projeto maior segurança e previsibilidade.

Assim, em sua estrutura tradicional, o contrato de EPC reflete uma relação jurídica em que o *epecista* é uma sociedade empresária de arquitetura ou engenharia, que detém *expertise* e recursos suficientes para conceber e executar um empreendimento complexo e capaz de gerar receita, o que ocorre por meio do estudo de viabilidade e elaboração dos projetos (*engineering*), compra ou fabricação de todos os materiais e equipamentos necessários (*procurement*) e efetiva execução da obra (*construction*), entregando o empreendimento pronto e plenamente operacional, no nível de qualidade e eficiência exigidos, para que o contratante precise apenas virar a chave para gerar receita (*turnkey*). A estrutura de remuneração adotada no contrato de EPC é o preço global fixo (*lump sum*), que é estabelecido em momento anterior ao início das obras e normalmente é remetido ao *epecista* mediante desembolsos mensais, vinculados à progressão dos trabalhos.

Como vantagens deste modelo de ajuste⁶⁵, pode-se indicar a mitigação dos riscos por parte do dono da obra e financiadores, em razão da criação do *single point of responsibility* no *epecista*, a certeza do custo da obra, em razão do preço global fixado de antemão, a possibilidade de entrega do empreendimento em tempo menor, em razão da alocação de todas as fases de sua execução na pessoa do *epecista*, o que viabiliza o *fast-tracking* da obra.

⁶⁵ Como vantagens de contratação no modelo EPC, Lukas Klee elenca: (i) a geração do *single point of responsibility* no contratado, por todas as fases do projeto; (ii) a previsibilidade do preço fixo estabelecido (*lump sum*); (iii) orçamento simplificado da obra, do ponto de vista do contratante; (iv) implementação mais rápida do projeto, e data de conclusão previsível; (v) o *enforcement*, em relação às responsabilidades assumidas e à performance exigida, irão recair sobre um único contratado; e (vi) haverá incentivo para que o contratado (*epecista*) busque por soluções mais baratas e rápidas para implementar o empreendimento. Tradução livre de: KLEE, Lukas. **International construction contract law**. 2. ed. Hoboken: Wiley, 2018. p. 174.

Por outro lado, cita-se como pontos negativos⁶⁶ o fato de que o preço global exigido pelo *epecista* para executar a obra será fatalmente mais elevado do que aquele cobrado em outros formatos de contratação, já que é necessário precificar os maiores riscos assumidos e a aleatoriedade accidental inserida no escopo – tal como a possibilidade de variação no preço dos insumos ou de imprecisão das informações preliminares sobre as obras prestadas pelo contratante. Ainda, a doutrina aponta como potencial desvantagem a perda de controle do dono da obra sobre a execução dos trabalhos que ficarão sob integral responsabilidade do *epecista*: normalmente é permitido ao dono da obra apenas fiscalizar os trabalhos, mas não intervir diretamente, eis que tal conduta pode minar a eficiência⁶⁷.

Diante da especificidade e complexidade do contrato de EPC, bem como em razão de sua origem internacional, o direito brasileiro não oferece com clareza a qualificação jurídica a ser dispensada a este modelo de contrato. Assim é que há alguns anos a doutrina controverte acerca da qualificação jurídica do contrato de EPC e a possibilidade, ou não, de sua recondução ao regime jurídico da empreitada. Isso é o que foi detalhado no subcapítulo 2.2 a seguir.

2.2 A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO DE EPC NO DIREITO BRASILEIRO

Não há no Direito brasileiro previsão normativa específica sobre a qualificação jurídica do contrato de EPC. Este vácuo normativo tende a surgir com maior ênfase em disputas arbitrais envolvendo este modelo de contrato, de modo que a doutrina afirma que “um dos problemas críticos enfrentados em arbitragens de construção diz respeito à qualificação dos contratos para identificação do regime jurídico a ele aplicável”⁶⁸.

A doutrina nacional se debruçou sobre este problema crítico envolvendo a qualificação jurídica do contrato de EPC, dando origem a duas vertentes principais. A primeira delas entende que no direito brasileiro o contrato de EPC deve ser reconduzido ao regime jurídico da empreitada, tipo legal que possui elasticidade suficiente para comportá-lo. A segunda corrente defende que o contrato de EPC deve ser qualificado como um contrato legalmente atípico, derivado da liberdade contratual das partes, não sendo automática a aplicação do regime

⁶⁶ Por outro lado, como desvantagens da contratação no modelo EPC Lukas Klee aponta: (i) o controle limitado do contratante sobre os trabalhos executados pelo *epecista*, que normalmente se restringe à supervisão da obra; e (ii) em razão da alta alocação de riscos agravada sobre o *epecista*, normalmente o valor global dos contratos EPC tende a ser muito superior do que seria caso se optasse por outro modelo de contratação. Afinal, o risco precisa ser precificado. Tradução livre de: KLEE, Lukas. **International construction contract law**. 2. ed. Hoboken: Wiley, 2018. p. 174-175.

⁶⁷ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 211-213.

⁶⁸ FERNANDES, Wanderley. Arbitragem e construção. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 619-655. p. 620.

jurídico da empreitada. Além das duas anteriores, entende-se ser possível fazer referência a uma terceira corrente, que postula que o contrato de EPC seria socialmente típico, cujo modelo paradigmático é a minuta *standard* que lhe dá suporte, no caso, o *Silver Book* da FIDIC.

Dentro dessa perspectiva, é interessante notar que a discussão doutrinária nacional acerca da qualificação jurídica do contrato de EPC reproduz a mesma controvérsia já identificada pela doutrina no direito estrangeiro⁶⁹ e cinge-se à definição do grau de positividade do negócio jurídico⁷⁰.

Antes de adentrar à controvérsia doutrinária, no entanto, deve-se esclarecer sobre a opção metodológica utilizada para qualificação dos contratos. Vincenzo Roppo afirma que a qualificação é a “operação lógica por meio da qual, diante de uma hipótese concreta do contrato, se estabelece que essa corresponde mais a um do que a outro tipo legal, ou a um contrato atípico, pois não corresponde a nenhum tipo legal”⁷¹. Caio Mario da Silva Pereira arremata que a finalidade do juízo de qualificação do contrato é a definição das consequências jurídicas a ele aplicáveis⁷². Ainda, Angelo Prata de Carvalho faz a ressalva de que não se pretende, com a qualificação, “reconstruir a vontade das partes – operação possivelmente perseguida por intermédio da interpretação contratual –, mas, sim, realizar um juízo valorativo quanto aos efeitos do contrato concreto diante dos esquemas legais existentes”⁷³.

⁶⁹ Após analisar as discussões sobre a qualificação do *Turnkey* e do *EPC* no direito estrangeiro, mais especificamente na Grã-Bretanha, EUA, França, Bélgica, Itália, Espanha e Argentina, Marcelo Alencar Botelho de Mesquita conclui que existiriam “duas grandes linhas de pensamento”. Pela primeira delas, a empreitada seria uma “categoria com elasticidade e flexibilidade bastantes para enquadrar o *Turnkey* e o *EPC*, independentemente de se julgar o seu regime legal insuficiente para fazer frente à complexidade atual da construção”. A segunda linha de pensamento, eliminaria a possibilidade de recondução do *Turnkey* e do *EPC* ao regime jurídico da empreitada, reconhecendo estes contratos como essencialmente atípicos, e seria endossada por “estudos que reconhecem um novo gênero contratual, dos contratos de engenharia ou *engineering*, que não abrangeria a empreitada, a qual continuaria a subsistir sem se configurar uma de suas espécies”. Nestes termos, o autor conclui que “reproduz-se em nosso país a mesma polêmica verificada no direito estrangeiro, sendo bastante similares, também, as conclusões alcançadas”. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 158-160.

⁷⁰ Os critérios de classificação dos contratos empresariais elencados por Paula Forgioni consistem no (i) grau de vinculação futura das partes; (ii) grau de positividade; (iii) a abrangência do objeto; (iv) grau de ligação de contratos celebrados entre as mesmas partes; (v) grau de complexidade; (vi) grau de completude do regimento contratual; (vii) interesse principal das partes no contrato; (viii) tipo de negociação que lhes dá origem; (ix) grau de poder econômico das partes; e (x) a existência de coligação a contratos celebrados entre terceiros. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 47-48. Em relação ao contrato de EPC, a controvérsia doutrinária tem como foco o critério (ii) indicado pela Autora.

⁷¹ ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. 5. ed. Turim: G. Giappichelli, 2016. p. 414.

⁷² “Mas é irrecusável o interesse da classificação. Reduzindo-se todas as modalidades de tipo obrigacionais a uns poucos grupos, consegue-se ter à mão, para qualquer eventualidade, jogos de princípios que simplificam a solução das questões em torno de cada uma”. Fonte: PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 39.

⁷³ CARVALHO, Angelo Prata de. **Contratos empresariais atípicos: a atipicidade contratual na Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 137.

Nesse sentido, Carlos Nelson Konder explica a existência de três linhas principais para a qualificação contratual. A primeira delas é denominada de doutrina dos elementos essenciais (*essentialia*) que, pautada na subsunção do fato à norma, parte do pressuposto de que “todo tipo traz um rol de elementos reputados essenciais e suficientes para a qualificação e a tarefa do intérprete seria verificar a presença ou ausência desde elementos essenciais no caso concreto”⁷⁴. Entretanto, por se pautar em um processo excessivamente mecânico e fechado, segundo o Autor, a doutrina dos *essentialia* sofreu duras críticas e caiu em desuso⁷⁵. A partir de então, dois outros modelos de qualificação ganharam ênfase.

Com o desuso da doutrina dos *essentialia*, ganhou proeminência o método tipológico que, para proceder com a qualificação contratual parte de índices do tipo – “elementos que não são necessários ou suficientes à qualificação, mas que contribuem para uma imagem global do modelo” – com o fito de realizar “o cotejo horizontal entre os diversos tipos – clareando as áreas nebulosas entre eles – e vertical com os princípios que lhe inspiram”⁷⁶. Nesse contexto é que se insere o pensamento tipológico que, conforme ensina Rodrigo Xavier Leonardo, propõe “a assimilação de um determinado número aberto de dados característicos a partir dos quais torna-se possível observar em que medida determinada realidade pode ser considerada típica”⁷⁷.

Além do método tipológico, Carlos Nelson Konder também afirma que o método causal, que parte da causa do contrato, “entendida geneticamente como a função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato persegue”. Pelo método causal, cabe ao aplicador do direito cotejar a causa abstrata do tipo contratual previsto em lei, com a causa concreta do contrato, observada na realidade⁷⁸. A partir desse método, seria possível aproximar ou distanciar o contrato do regime jurídico previsto em lei para determinado tipo contratual, a depender de sua causa objetiva⁷⁹. Conforme pontua Angelo Prata de Carvalho, em relação aos contratos empresariais a causa possui especial relevância, na medida em que “estão

⁷⁴ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. ano 4, n. 1, p. 355-404, 2018. p. 366.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 366-370.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 371.

⁷⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no Direito Civil e os tipos contratuais gerais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 16, ano 5, p. 121-135, jul./set. 2018. p. 125.

⁷⁸ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. ano 4, n. 1, p. 355-404, 2018. p. 371.

⁷⁹ Sobre a causa do contrato como vetor de interpretação contratual, Paula Forgioni detalha que “a causa do negócio é indispensável à sua correta compreensão, sistematização e interpretação e não tem ligação com os motivos subjetivos ou egoísticos que levaram o agente à sua prática. Ao contrário, a causa liga o negócio ao mercado, à praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte”. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 233

necessariamente vinculados à sua finalidade prática, a partir da qual são verificados os seus efeitos jurídicos”⁸⁰.

Segundo Carlos Nelson Konder, ao contrário da doutrina dos *essentialia*, utilização do método tipológico ou causal estaria de acordo com a constitucionalização do Direito Privado⁸¹, eis que desloca o processo de qualificação contratual de um âmbito mecânico e fechado, para um ambiente que privilegia a autonomia do intérprete, atento aos princípios orientadores do ordenamento jurídico brasileiro e à realidade social⁸². Esclarecida a relevância e as consequências da qualificação contratual, bem como seus modelos proeminentes, passa-se a analisar as especificidades de cada uma das correntes doutrinárias envolvendo a qualificação jurídica do contrato de EPC.

2.2.1 A recondução do contrato de EPC ao regime jurídico da empreitada

A complexidade inerente ao contrato de EPC, observada especialmente na multiplicidade de prestações alocadas no *epecista*, fez com que parte da doutrina chegasse a afirmar que este modelo de ajuste consistiria na junção de diversos contratos parciais celebrados, e não em um contrato único⁸³.

De fato, caso as principais prestações do *epecista* contratado fossem seccionadas e observadas isoladamente, seria possível identificar, em cada uma das etapas compreendidas na execução de um contrato de EPC, elementos de espécies contratuais autônomas. A título exemplificativo, caso a etapa de elaboração de projetos (*engineering*) fosse observada isoladamente, seria possível enquadrá-la como mera prestação de serviços. Em relação à etapa de aquisição ou produção de materiais necessários para a obra (*procurement*), esta poderia ser qualificada como relação de mandato, compra e venda ou empreitada mista, a depender das

⁸⁰ CARVALHO, Angelo Prata de. **Contratos empresariais atípicos**: a atipicidade contratual na Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 148.

⁸¹ “(...) o direito civil-constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”. Fonte: SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁸² KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. ano 4, n. 1, p. 355-404, 2018. p. 373.

⁸³ Ao tratar do contrato de *engineering*, gênero no qual o EPC figura como espécie, Clóvis V. do Couto e Silva afirmava que “o contrato de *engineering* é um negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constituem, no seu todo, o aludido negócio jurídico”. Fonte: SILVA, Clóvis do Couto e. Contrato de “*Engineering*”. **Revista dos Tribunais**. v. 685, p. 29-40, nov. 1992. p. 5.

especificidades do projeto⁸⁴. Finalmente, observada de forma isolada, a etapa de efetiva execução da obra (*construction*) seria o tradicional contrato de empreitada⁸⁵.

Ocorre que o contrato de EPC é uma operação econômica una, de modo que as inúmeras prestações alocadas no *epecista* não podem ser observadas isoladamente. Pelo contrário, devem ser observadas como um feixe convergente, voltadas a um único resultado: a entrega ao contratante de um empreendimento operacional e capaz de gerar receita⁸⁶.

Dentro desta perspectiva, no direito brasileiro quem primeiro buscou a aproximação entre o contrato de EPC e o regime jurídico da empreitada foi Caio Mário da Silva Pereira⁸⁷, em célebre parecer direcionado a um consórcio de empresas brasileiras que havia sido contratado pelo Governo do Paraguai para a construção do Hospital do Câncer e Queimados em Assunção⁸⁸.

No caso colocado à enfrentamento do referido Jurista, a despeito da contratação do consórcio no regime *turnkey*, algumas das empresas consorciadas realizaram atividades correlatas ao escopo contratual no município de São Paulo, o que deu ensejo à lavratura de uma série de autos de infração pelo fisco municipal, que exigia o recolhimento do ISS correspondente à prestação daqueles serviços. A linha de defesa adotada pelas empresas atuadas foi a de que “a qualificação do contrato firmado com o Governo do Paraguai como

⁸⁴ Diz-se a depender das especificidades, pois pode ser que o *epecista* possua a obrigação de adquirir diretamente dos fornecedores os materiais e equipamentos necessários para execução e montagem do empreendimento, ou mesmo que tenha que fabricá-los e entregá-los ao dono da obra ou incorporá-los diretamente ao empreendimento.

⁸⁵ Esta perspectiva, de seccionar as fases do contrato para tentar enquadrar cada fase a um tipo contratual específico parece estar vinculado à doutrina dos *essentialia* que, segundo Carlos Nelson Konder “De acordo com este modelo, todo tipo traz um rol de elementos reputados necessários e suficientes para a qualificação e a tarefa do intérprete seria verificar a presença ou ausência destes elementos essenciais no contrato concreto. No exemplo clássico, faltando coisa ou preço, jamais se teria uma compra e venda, mas havendo coisa e preço, obrigatoriamente trata-se de compra e venda, independente de qualquer outro elemento que o contrato possua”. Fonte: KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. ano 4, n. 1, p. 355-404, 2018. p. 366.

⁸⁶ Importante anotar que a posição do contrato de EPC como um contrato único, excluindo a possibilidade de múltiplos contratos parciais celebrados, não é exclusividade da corrente doutrinária que defende a qualificação jurídica deste contrato como empreitada. Até mesmo para a corrente doutrinária que o entende o contrato de EPC como um ajuste atípico, o EPC também deve ser observado como uma operação econômica unitária. A propósito, ao tratar do contrato de EPC como hipótese de coligação contratual, Adriana Regina Sarra de Deus anota que “(...) é de se afastar a ocorrência de coligação contratual no contrato de EPC, configurando-se este como contrato único. Os principais fundamentos dessa conclusão são a unidade econômica que se origina da pluralidade de prestações a cargo do *epecista* (execução de um empreendimento em sua totalidade) e a unidade da contraprestação paga pelo dono da obra (preço fixo global)”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 247.

⁸⁷ “A orientação de reconduzir o chave na mão ao tradicional tipo da empreitada aparenta ter sido dada, pela primeira vez, em parecer de um dos mais conceituados estudiosos do direito civil pátrio”. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**; primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 160.

⁸⁸ Muito embora não se possa dizer que o contrato em análise se tratasse de um contrato de EPC, inexistem dúvidas de que era uma contratação no regime *turnkey*, conforme detalhado pelo próprio parecerista. Fonte: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e Contratos – Pareceres**: de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 383-394.

sendo de ‘empreitada global’, onde as atividades desempenhadas para alcançar o resultado final não se revestem da natureza jurídica de ‘serviços’ tributáveis no Município de São Paulo”. Assim, contrataram parecer a fim de elucidar (i) qual era a natureza jurídica do contrato celebrado com o Governo do Paraguai; e (ii) se a atividade desenvolvida pelas consorciadas, no âmbito do contrato, poderia ser qualificada como prestação de serviços⁸⁹.

Em seu parecer, Caio Mário da Silva Pereira leva a efeito uma distinção certa entre a empreitada e a prestação de serviços. Lastreado na doutrina nacional e internacional, o Autor conclui que “o objeto da empreitada é uma ‘obra’, como ‘resultado’ das atividades do empreiteiro”, circunstância que a diferenciaria da mera prestação de serviços, que não compreenderia um resultado almejado (obra) como escopo, mas consistiria apenas e tão somente na prestação de certo trabalho mediante uma remuneração⁹⁰. Ainda, segundo o Parecerista, na empreitada inexistiria o vínculo de subordinação entre empreiteiro e dono da obra, a remuneração fixada seria apenas em razão dos serviços efetivamente prestados para consecução do resultado, ignorando o tempo despendido⁹¹, e a assunção de riscos pelo empreiteiro seria uma nota característica⁹². Nesse sentido, a conclusão exarada por Caio Mário da Silva Pereira em relação aos quesitos a ele direcionados foram:

Ao Quesito Primeiro: O contrato firmado entre o CONSÓRCIO e o Governo do Paraguai é tipicamente de empreitada, compreendendo a execução integral do empreendimento, que consiste na realização completa de um Hospital. Qualquer que seja o critério adotado na sua qualificação, e assinalado pelos autores na forma que acima ficou visto, as empresas consorciadas obrigaram-se pela execução de uma obra completa e acabada, ou, como diz HEDEMANN, no livro e no parágrafo citados, obra que se concentra em uma “prestação única”, independentemente de uma divisão do trabalho especificar as atividades de cada consorciada.

Ao Quesito Segundo: As atividades de cada consorciada, no âmbito do contrato, convergem para a consecução do resultado final. Não há falar em prestação de serviços componentes de contratos autônomos, pois, como adverte o mesmo HEDEMANN, o contrato de serviços pressupõe um “prestar constante” durante um lapso de tempo, e representa, portanto, uma “relação de trato sucessivo”. No caso do CONTRATO, a obra foi contratada como um resultado final, que o Ministério poderia aceitar, estando conforme, ou enjeitar, se estivesse desconforme com o contratado⁹³.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e Contratos – Pareceres**: de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 383-384.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 389.

⁹¹ Neste ponto, é importante sublinhar que a prestação de serviços é entendida como uma obrigação de meio, ou seja, sem a obrigação da produção de um determinado resultado. Ao contrário da empreitada que, como visto, compreende uma obrigação de resultado – entrega da obra – pelo empreiteiro.

⁹² Caio Mario da Silva Pereira cita a doutrina de Serpa Lopes e Silvio Rodrigues no que tange à ausência de relação de subordinação e autonomia do empreiteiro; em relação à remuneração apenas pelo serviço efetivamente prestado para execução do resultado, cita a doutrina de Washington de Barros Monteiro e Costa Sena. Fonte: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e Contratos – Pareceres**: de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 389-391.

⁹³ *Ibidem*. p. 393.

Portanto, na linha estreada por Caio Mario da Silva Pereira, a multiplicidade de prestações contidas em um ajuste *turnkey* não seria suficiente para afastar o regime jurídico da empreitada, à medida que a obra, na condição de resultado almejado, é o que guia o desenvolvimento de todas as atividades pelo contratado, com autonomia e assunção de riscos. Além disso, também é a obra, como resultado perseguido, que serve como parâmetro para fixação da remuneração devida⁹⁴.

Já sob a égide do Código Civil de 2002, esta perspectiva foi seguida por José Virgílio Lopes Enei ao tratar do *project finance* no direito brasileiro⁹⁵ e, também, por Fábio Coutinho Alcântara Gil, nada obstante este último tenha aproximado o gênero dos contratos de *engineering* do regime jurídico da empreitada e não a especificamente o contrato de EPC⁹⁶.

Em sentido convergente, Luiz Olavo Baptista chegou a afirmar que “o contrato de EPC é apenas a designação em inglês do que para nós é uma empreitada”, nos seguintes termos:

Os contratos EPC apresentam características que nos permitem qualificá-los como sendo contratos de empreitada. Com efeito, o objeto do contrato é fazer uma obra por conta de alguém, portanto, similar ao da empreitada; o objeto das obrigações do Construtor EPC é o mesmo da obrigação do Empreiteiro, ou seja, uma obrigação de fazer, a obrigação do dono da obra, de pagar, também coincide. Finalmente, o objeto da prestação do empreiteiro é a obra e a do dono da obra é o preço contratado. Olhando sob o prisma econômico, o contrato visa adquirir uma obra que será feita por alguém, mediante retribuição⁹⁷.

Evidentemente que o principal impacto da qualificação do contrato de EPC como empreitada seria atribuir a este modelo contratual as características inerentes do tipo legal, especialmente considerando que “o contrato de empreitada é sinalagmático, oneroso,

⁹⁴ “Empreitada é o contrato em que uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para a outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado”. Fonte: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 301.

⁹⁵ “A prática comercial no âmbito de operações de financiamento de projetos tem levado as sociedades financiadas (e, indiretamente, os financiadores) a mitigar o risco de construção mediante a celebração de um contrato relativamente padronizado de empreitada global, conhecido no meio como Contrato de EPC (de “*Engineering, Procurement and Construction Contract*”), em regime de “chave na mão” (ou “*turn-key*” segundo jargão mais difundido). Fonte: ENEI, José Virgílio Lopes. **Financiamento de projetos: aspectos jurídicos do financiamento com foco em empreendimentos**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2005. p. 192.

⁹⁶ “Em conclusão às considerações expendidas neste capítulo, verifica-se que os contratos de *engineering*, como regra geral, submetem-se à disciplina da empreitada”. Fonte: GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. 2007. 143 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007. p. 56.

⁹⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da Engenharia e Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida. **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. p. 39-40.

comutativo, consensual; via de regra, indivisível e *intuitu personae*, e, finalmente, de execução continuada ou longo prazo”⁹⁸.

Nesse sentido, merece ênfase o parecer publicado por Luiz Gastão Paes de Barros Leães que, ao analisar controvérsia envolvendo a natureza jurídica de um contrato de EPC celebrado para a construção de uma usina térmica, consignou que “como toda empreitada, trata-se de um contrato comutativo”, o qual deveria guiar-se pelo pressuposto de que “deverá ser mantido o equilíbrio econômico entre as prestações recíprocas”, a despeito da alocação intencionalmente gravosa de riscos sobre o contratado, sob pena de conversão do negócio jurídico em aleatório⁹⁹.

A perspectiva dos autores filiados a esta primeira vertente doutrinária, portanto, parte do pressuposto de que os modelos de contratos que se espraíram internacionalmente “são construções jurídicas caracterizadas pela flexibilidade e adaptabilidade a diferentes sistemas jurídicos ou necessidades dos contratantes”¹⁰⁰. E, no caso do contrato de EPC, o regime jurídico da empreitada seria abrangente o suficiente para comportá-lo sem desnaturar suas características, finalidade e função econômica.

Há críticas a esse posicionamento que, como será visto adiante, centram-se no fato de que a complexidade do contrato de EPC e a multiplicidade de prestações nele contidas extravasaria os limites da empreitada, convertendo o contrato em atípico¹⁰¹. No entanto, para os autores filiados a essa primeira vertente, a crítica não é inovadora eis que desde o início dos estudos sobre o contrato de empreitada “as regras do tipo legal (...) foram consideradas insuficientes para regular as complexas atividades que uma obra envolve”¹⁰².

Ademais, Marcelo Alencar Botelho de Mesquita afirma que em razão da elasticidade inerente ao tipo legal da empreitada, que foi estruturado desde os primórdios para abarcar a multiplicidade de relações contratuais complexas observadas na indústria da construção civil, permitiria aos contratantes “a modificação, de alguns dos elementos do tipo sem desnaturá-la,

⁹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da Engenharia e Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida. **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. p. 17.

⁹⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O contrato EPC e o princípio do equilíbrio econômico. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 3, p. 130, jan./mar. 2015. p. 121-123

¹⁰⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da Engenharia e Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida. **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. p. 13-42. p. 27.

¹⁰¹ Em analogia, Adriana Regina Sarra de Deus sustenta que “pretender enquadrar o contrato de EPC no tipo contratual da empreitada é querer meter o Rossio na Betesga”, em referência à tradicional expressão portuguesa, considerando que Rossio é uma grande praça em Lisboa e Betesga uma das menores ruas da cidade. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 274.

¹⁰² MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 84.

permitindo a aplicação das regras típicas naquilo que as partes não tenham disposto em sentido contrário”¹⁰³. Essa perspectiva parece ter tido impactos práticos na medida em que foi aprovado, na I Jornada de Direito Comercial (2012), o Enunciado n. 34, segundo o qual com exceção do artigo 618 do Código Civil¹⁰⁴, que é reconhecidamente norma de ordem pública¹⁰⁵, o regime jurídico da empreitada seria aplicável somente de forma subsidiária aos contratos de EPC, naquilo que as partes não tivessem disposto de forma contrária:

Com exceção da garantia contida no artigo 618 do Código Civil, os demais artigos referentes, em especial, ao contrato de empreitada (arts. 610 a 626) aplicar-se-ão somente de forma subsidiária às condições contratuais acordadas pelas partes de contratos complexos de engenharia e construção, tais como EPC, EPC-M e Aliança¹⁰⁶.

Com efeito, para essa corrente doutrinária a alocação no empreiteiro da responsabilidade pela elaboração dos projetos, aquisição ou fabricação de equipamentos, e entrega do empreendimento no regime *turnkey*, com o agravamento de riscos e a introdução de certa álea em seu escopo, não seriam capazes de afastar a incidência das normas legais da empreitada, porque “quando houver a obrigação de fazer proeminente, com a obrigação de dar instrumental, em que a responsabilidade organizativa fica a cargo do contratado, assim como os riscos do negócio, de empreitada se tratará”¹⁰⁷.

Finalmente, um argumento definitivo utilizado por essa primeira corrente de pensamento é a de que a recondução do contrato de EPC ao regime jurídico da empreitada possui como principal efeito afastar o risco do julgamento por equidade e evitar a fuga

¹⁰³ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 80.

¹⁰⁴ Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

¹⁰⁵ “(...) embora previsto a propósito do contrato de empreitada, o dispositivo enuncia norma de ordem pública, destinada a tutelar a sociedade em geral contra os danos decorrentes da construção, atividade de risco por sua própria natureza. Considera-se correto, portanto, o entendimento da doutrina que estende o âmbito subjetivo de aplicação da norma a todos os construtores, entre os quais o epecista naturalmente se inclui. Quanto ao seu aspecto objetivo, é importante frisar que a responsabilidade quinquenal não abrange todas as prestações do epecista, temor que foi expresso por José Emilio Nunes Pinto no artigo analisado na seção anterior. Quando o enunciado do artigo 618 se refere a ‘edifícios e construções consideráveis’, deve-se entender que a responsabilidade pela solidez e segurança recai sobre obras civis de engenharia, as quais, não sendo edifícios, precisam ser construções de grande porte. Disso decorre que não estão abrangidos pela responsabilidade quinquenal, por exemplo, os equipamentos fornecidos pelo epecista, aos quais permanecerão aplicáveis as disposições sobre garantia eventualmente pactuada entre as partes e a disciplina geral da lei sobre vícios redibitórios”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 321.

¹⁰⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Consulta de Enunciados**. 2024.

¹⁰⁷ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 134.

intencional das normas positivadas, por meio da imposição do poder superior de barganha “de quem vise desviar-se do modelo legal a fim de obter vantagens que a lei procurou repartir de modo equitativo”¹⁰⁸.

2.2.2 O contrato de EPC como ajuste legalmente atípico

A segunda corrente doutrinária, no entanto, discorda da conclusão de que no direito brasileiro o contrato de EPC deve ser reconduzido ao regime jurídico da empreitada. Como visto, essa era a posição defendida por Clóvis V. do Couto e Silva ao tratar, de maneira pioneira, do contrato de *engineering*¹⁰⁹. A linha da atipicidade foi seguida por Orlando Gomes, que ao tratar do contrato de *engineering*, fez constar que:

O *engineering* é considerado um contrato atípico da espécie contrato misto, no entendimento de que resulta da justaposição de prestações características de vários contratos típicos. Alguns autores qualificam-no, todavia, como empreitada em modalidade especial, e outros acham que se funde com a venda (empreitada mista), formando uma entidade original¹¹⁰.

Logo após a promulgação do Código Civil de 2002, José Emílio Nunes Pinto avaliou o então novo regime jurídico da empreitada a fim de investigar sua compatibilidade com o contrato de EPC. Em sua análise, aduziu que buscar enquadrar o contrato de EPC no regime jurídico da empreitada seria “amesquinhar o escopo da relação jurídica existente”, pois “equivaleria enquadrar o contrato num tipo legal com base na atividade mais preponderante no complexo de todas as atividades, criando-se uma distinção internamente ao contrato que não corresponde ao que existe na prática”¹¹¹.

¹⁰⁸ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 183-184.

¹⁰⁹ “O contrato de *engineering* é um negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constituem, no seu todo, o aludido negócio jurídico. O seu conteúdo pode abrigar, assim, contratos de empreitadas parciais, de planejamento da obra, de realização de certas partes ou equipamentos, contratos de serviços, contratos de transporte, contratos de supervisão, sendo a sua totalidade o “contrato de *engineering*”. Configura-se, como um contrato atípico, que se desprende do modelo de empreitada, e que, conforme a complexidade da obra, poderia ter como partes, diversos figurantes, e não apenas um empreiteiro e o dono da obra, como sucedia, em regra, no modelo de empreitada previsto no Código Civil. Por esse motivo, não é possível descrever o desenvolvimento desse contrato em todas as suas formas; de um modo geral, ele supõe a existência de um projeto, realizado por empresas competentes para isso, projeto esse que depois é executado pelos empreiteiros”. Fonte: SILVA, Clóvis do Couto e. Contrato de “*Engineering*”. **Revista dos Tribunais**. v. 685, p. 29-40, nov. 1992. p.33.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 517.

¹¹¹ A fim de exemplificar sua afirmação, Nunes Pinto lança o seguinte questionamento: “O que dizer então do repasse pelo epcista ao contratante das garantias outorgadas pelos fornecedores de equipamentos e máquinas? Esse repasse, em nenhum momento, é da natureza da empreitada e diz respeito à garantia intrínseca a um contrato de venda e compra de equipamentos”. Fonte: PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para a construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, mar. 2002.

Nesta linha de raciocínio, José Emílio Nunes Pinto conclui que no direito brasileiro os contratos de EPC deveriam ser classificados como contratos atípicos mistos¹¹², na medida em que “englobam obrigações das partes que são encontradas em mais de um contrato típico”. Nesse sentido, segundo o Autor, “a correlação entre essas obrigações e respectivas contraprestações faz com que se crie um arranjo contratual diverso dos dois ou mais de que essas obrigações se originam, representando uma verdadeira fusão das disposições num todo unitário”¹¹³.

Com efeito, para José Emílio Nunes Pinto, o regime jurídico da empreitada não seria compatível com o contrato de EPC, que corresponderia a um modelo legalmente atípico e cuja interpretação deveria se pautar naquilo que foi regulamentado pelas partes, nas melhores práticas da indústria, nos “contratos vizinhos e invocados por analogia” e nos princípios gerais do Direito¹¹⁴.

A esta linha aderiu também Judith Martins-Costa que, em parecer voltado à qualificação jurídica e interpretação de cláusulas contratuais de exclusão e limitação de responsabilidades em relação a um contrato de aliança, afirmou que o contrato de EPC seria um contrato atípico, eis que possuiria causa diversa do contrato de empreitada¹¹⁵.

¹¹² Conforme ensina Adriana Regina Sarra de Deus, os contratos atípicos são subdivididos pela doutrina como contratos atípicos “puros” ou “mistos”. Enquanto aqueles primeiros dizem respeito a modelos contratuais disruptivos, sem proximidade com as figuras típicas já existentes, os contratos atípicos mistos correspondem aos modelos contratuais que “combinam elementos de diversos tipos contratuais”. Indo além, a Autora parte da definição fornecida por Pedro Pais de Vasconcelos para subdividir os contratos atípicos mistos em “contratos atípicos mistos de tipo modificado, em que as partes adotam, como regime jurídico de base, um determinado tipo contratual modificando-o de forma a melhor atender seus interesses” e “contratos atípicos de tipo múltiplo”, em relação aos quais “não é possível identificar um tipo de referência adotado pelas partes”. Como se verá adiante, para Adriana Regina Sarra de Deus o contrato de EPC é um contrato atípico misto de tipo múltiplo. DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 87-94.

¹¹³ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para a construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, mar. 2002.

¹¹⁴ “Concluindo este longo Artigo, reiteramos que os EPCs sempre foram e continuarão sendo contratos atípicos com traços similares aos do contrato de empreitada, mas dele se afastando por constituírem uma relação una e monolítica, não podendo qualquer das obrigações ser segregada do contexto em que tais contratos são firmados. Dessa forma, a questão da garantia do epcista, p. ex., que, no contrato de empreitada, passa a ser de 5 (cinco) anos irredutíveis, poderá continuar a ser praticada, nos EPCs, pelos prazos usuais de mercado, sem que se caracterize uma violação à norma legal cogente aplicável à empreitada (...) Desnecessário enfatizar que, como tem ocorrido até agora, a função dos advogados ao redigir os EPCs é de grande responsabilidade, especialmente quando se trate de simular situações teóricas que dêem origem a soluções contratualmente previstas”. Fonte: *Idem*.

¹¹⁵ “Reside a causa do contrato na própria construção e não – como, por exemplo, num contrato EPC amparado em Project Finance – em outras e peculiares formas de estruturação financeira que desloquem a causa contratual da empreitada (por mais sofisticada que seja), para ao exercício de determinação, alocação e mitigação de riscos que englobam não só o patrocinador do projeto como terceiros”. Fonte: MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de construção. “Contratos-Aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 1, p. 315-351. Out-Dez. 2014. p. 320.

Para chegar a esta conclusão, a Autora partiu de uma análise do contrato de empreitada que, como já visto, é um ajuste sinalagmático¹¹⁶, para, utilizando o método causal de qualificação, estabelecer o sinalagma como causa deste tipo contratual, nos seguintes termos:

De fato, a empreitada, como sintetiza Pontes de Miranda, “é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante remuneração, a fazer determinada obra, ou mesmo obra determinável (...)”. Vêm aí aludidos os chamados *deveres principais* – ou *deveres primários de prestação* (igualmente ditos “obrigações principais”) – que constituem o núcleo da relação obrigacional, definindo o tipo contratual. Os deveres principais, aquele núcleo definidor do tipo, são, portanto, fazer a obra e remunerá-la.

Manifestando-se o sinalagma, alocam-se os deveres colaborativos numa arquitetura de “troca” entre sacrifícios e vantagens: um contratante paga *porque* o outro constrói. Assim é descrito o que Antonio Junqueira de Azevedo bem denominou de *causa do contrato* como critério de apuração da eficácia de contratos sinalagmáticos. Quem fornece, vende ou constrói algo tem legítimo interesse à contrapartida em dinheiro. Assim, se esta contrapartida falha, atinge-se o plano da eficácia, ensejando-se a reparação ou a resolução¹¹⁷.

Considerando a causa do contrato de empreitada como a execução de uma obra em troca da remuneração respectiva, para Judith Martins-Costa desde que não desnaturada sua causa, o tipo da empreitada possuiria elasticidade suficiente para albergar uma multiplicidade de ajustes contratuais observados na indústria de construção civil¹¹⁸. Contudo, para a Autora, o contrato de EPC conduz justamente à modificação da causa inerente à empreitada, pois os contratantes afastam o sinalagma inerente a este tipo legal ao adotar “outras e peculiares formas de estruturação financeira que desloquem a causa contratual da empreitada (por mais sofisticada que seja), para ao exercício de determinação, alocação e mitigação de riscos que englobam não só o patrocinador do projeto como terceiros”¹¹⁹. Com a divergência da causa entre o contrato

¹¹⁶ “A empreitada é um contrato bilateral, consensual, comutativo, oneroso, não solene, de execução continuada e, em geral, de natureza indivisível”. Fonte: ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. **Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: Das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 279.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de construção. “Contratos-Aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 1, p. 315-351. Out-Dez. 2014. p. 318-319.

¹¹⁸ “21. É justamente por esta razão que, para a determinação da regência legal *in concreto* o que importa é a definição da causa contratual. Isso porque, quando os contratantes realizam uma espécie de “ajuste” dos modelos contratuais típicos, sem modificar a sua causa, “adotam implicitamente as normas legais que compõem a sua dogmática”. (...) 23. Ora, o modelo jurídico da empreitada, consabidamente, tem acolhido numerosas variantes elaboradas pela prática profissional, admitindo transformações, inclusive no regime de gestão, para afiná-lo à realidade e às necessidades das novas demandas econômicas, por vezes as variantes importando em mutação causal, por outras persistindo a causa sinalagmática da empreitada”. *Ibidem*. p. 319.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 320. Sobre a causa do contrato de EPC para fins do juízo de qualificação do contrato, Adriana Regina Sarra de Deus sustenta que esta ganharia importância em sua acepção objetiva, ou seja, enquanto função econômica, que, no caso do EPC, seria “atribuir ao epecista a execução de um empreendimento em sua totalidade, desde a responsabilidade pela concepção nos projetos básicos até sua colocação em funcionamento, prevendo-se para tanto uma estrutura de alocação de riscos fortemente concentrada no epecista (*single point responsibility*) e que garanta o interesse do dono da obra em obter um elevado grau de certeza quanto ao preço, ao prazo de entrega

de EPC e a empreitada, Judith Martins-Costa conclui que aquele é um ajuste legalmente atípico¹²⁰.

Na mesma linha, ao tratar dos contratos de aliança em sua tese, Leonardo Toledo da Silva sustenta que o regime jurídico da empreitada é incompatível com os modelos contratuais erigidos da experiência internacional e disseminados no contexto da globalização, que vêm se aperfeiçoando e hoje são largamente utilizados na indústria de construção civil, em especial o contrato de EPC. Para o Autor a estrutura de alocação de riscos contida no contrato de EPC diverge daquela dispensada pelo legislador ao contrato de empreitada:

(...) os regramentos legais da empreitada e da prestação de serviços são quase inteiramente incompatíveis com os contratos de aliança, como aliás também são incompatíveis com contratos EPC, e com outros modelos contratuais complexos de construção, em que as partes têm o cuidado em regular os riscos envolvidos de forma muito mais apropriada e detalhada do que o regime legal da empreitada¹²¹.

Na perspectiva adotada por Leonardo Toledo da Silva, a atipicidade do contrato de EPC – e de outros modelos contratuais utilizados na indústria da construção pesada – se justifica porque, com base na experiência prática, “as empreitadas parecem estar sendo celebradas mais com a preocupação de afastar certas presunções do regramento da empreitada, (...) do que propriamente o aproveitamento do regime e das condições de alocação de riscos existentes na empreitada”¹²².

Por fim, deve-se consignar a posição adotada por Adriana Regina Sarra de Deus que, igualmente aos autores anteriormente citados, entende que “o contrato de EPC está fora dos limites do tipo contratual da empreitada”, o que ocorreria, precipuamente, em razão das “divergências relativas à função econômica e ao conteúdo das prestações”¹²³.

Para a Autora, o modelo estabelecido pelo Código Civil para a empreitada fornece a “estrutura jurídica apenas a execução de obras de engenharia segundo o modelo de operação do *DBB*”, ao passo que o contrato de EPC “estrutura juridicamente operações econômicas no modelo *DB*”¹²⁴. Assim, o regime jurídico da empreitada, por pretender veicular operação

e à qualidade do empreendimento”. DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 252.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de construção. “Contratos-Aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 1, p. 315-351. Out-Dez. 2014. p. 319.

¹²¹ SILVA, Leonardo Toledo da. **Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 188.

¹²² *Idem*.

¹²³ *Ibidem*. p. 271.

¹²⁴ Sobre a diferenciação entre o *Design-Bid-Build* (DBB) e o *Design-Build* (DB), ver o subcapítulo 2.1.3.

econômica mais restrita – em que há a separação estanque entre a elaboração dos projetos e execução das obras –, não possui identidade causal com o contrato de EPC e nem é capaz de albergar a estrutura complexa que acumula no empreiteiro a responsabilidade pelos “projetos básicos da obra e pela sua execução”, com o objetivo de gerar o *single point of responsibility*¹²⁵.

Ao defender esse posicionamento, Adriana Regina Sarra de Deus sustenta que alguns dos autores que defendem a recondução do contrato de EPC ao regime jurídico da empreitada o fazem aplicando “o conceito de empreitada *lato sensu* ao tipo contratual regulado nos artigos 610 a 626 do Código Civil¹²⁶ o que, em sua perspectiva, está em desacordo com os objetivos do Código Civil de 2002, que foi “regular a empreitada em seu sentido estrito, como empreitada de construção”¹²⁷.

Assim, conclui a Autora que o contrato de EPC é um contrato legalmente atípico¹²⁸. Nada obstante, Adriana Regina Sarra de Deus o qualifica como socialmente típico¹²⁹, em razão de sua utilização recorrente e uniforme ao longo dos anos na indústria de construção civil. Além da *práxis*, deveria ser considerada a extensa produção bibliográfica sobre o tema e especialmente os modelos internacionais (*standard contracts*), com ênfase ao *Silver Book* da FIDIC, que exemplifica o modelo padronizado de contrato de EPC, refletindo as melhoras práticas de mercado para esse modelo de contratação. Dentro desta perspectiva, a interpretação e intervenção judicial nos contratos de EPC deve levar em consideração as “práticas negociais consolidadas” no setor, em detrimento do regramento jurídico dispensado pelo Código Civil à empreitada – nada obstante sua aplicação analógica, igualmente, não seja vedada¹³⁰.

¹²⁵ “A cumulação, na pessoa do epecista, dos papéis de projetista e de construtor é característica imprescindível à formação do *single point responsibility* que individualiza o contrato de EPC. Característica essa, porém, que extrapola os limites do tipo contratual da empreitada”. DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 272-273.

¹²⁶ Para a Autora, a empreitada *lato sensu* seria o conceito amplo preconizado por Pontes de Miranda, que compreenderia inúmeras situações além das obras de construção civil, tais como “O contrato concluído com o médico, mais frequentemente com o cirurgião, pode ser empreitada. O que é preciso é que se haja prometido a produção do resultado, e não a prestação dos serviços”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. XLIV, Direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 517. *Apud.* DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 166 e 263.

¹²⁷ Por outro lado, a empreitada *stricto sensu* contemplaria apenas as modalidades de contrato de construção. *Ibidem*. p. 170.

¹²⁸ “Segue-se, portanto, a corrente majoritária da doutrina, concluindo pela classificação do contrato de EPC no âmbito dos contratos legalmente atípicos, classificando-se como contrato atípico misto de tipo múltiplo”. *Ibidem*. p. 283.

¹²⁹ “(...) é imprescindível recordar que o contrato de EPC é socialmente típico. Como tal, é bastante provável que a norma específica para colmatar a lacuna concretamente identificada seja extraída do tipo social, ou seja, normas originadas dos usos e costumes em função normativa”. Fonte: *Ibidem*. p. 322.

¹³⁰ “Com relação às normas dos tipos contratuais do Código Civil de 2002, não se nega a possibilidade de aplicá-las ao contrato de EPC. (...) Na hipótese de concurso entre uma norma socialmente típica do contrato de EPC e uma norma legal de outro tipo contratual aplicada por analogia, o critério da especialidade resultará na escolha da primeira, pois mais específica do que a segunda”. Fonte: *Ibidem*. p. 322-323.

Portanto, o núcleo central do argumento utilizado pela corrente doutrinária que se posiciona pela atipicidade do contrato de EPC é de que a recondução deste contrato ao regime jurídico da empreitada não se mostra possível na medida em que a complexidade do contrato de EPC e a multiplicidade de prestações alocadas no *epecista* (i) extravasam o regramento disponibilizado pelo Código Civil; e (ii) implicam uma dissociação entre a causa do contrato de empreitada (sinalagma) e a causa do contrato de EPC (alocação agravada dos riscos sobre o contratado para aumentar a calculabilidade e previsibilidade do contratante e agentes financiadores do projeto).

2.2.3 O contrato de EPC como tipo social

Embora as duas correntes doutrinárias expostas nos subcapítulos anteriores adotem posições diametralmente opostas, é possível delas extrair uma terceira corrente. Isso porque, mesmo os autores que divergem quanto ao regime jurídico aplicável ao contrato de EPC, são unânimes em afirmar o seu uso reiterado no mercado de construção civil, bem como sua disseminação e consolidação no setor mediante o modelo *standard* contratual elaborado pela FIDIC (*Silver Book*).

Conforme explica Paula Forgioni, existem modelos contratuais que embora não sejam expressamente previstos por lei, em razão da prática reiterada em determinado setor da indústria, passam a ser “reconhecidos pelos operadores econômicos, pela doutrina e pela jurisprudência como tipo contratual. Assim, o contrato é socialmente típico porque o tráfico jurídico assim o considera”¹³¹. Nesse contexto, para que um contrato seja considerado socialmente típico, são três os requisitos a serem preenchidos para comprovar sua relevância social, sendo eles “(i) reconhecimento de sua função econômico-social; (ii) difusão e relevo da prática na sociedade e (iii) recepção do negócio pela ordem jurídica”¹³².

No caso do contrato de EPC, não há dúvidas sobre o fato de que este modelo contratual teve sua função econômico-social reconhecida desde muito cedo e houve sua difusão e relevo na sociedade, em especial no contexto das concessões e do *project finance*. Conforme aponta a doutrina, desde os anos 90 percebe-se a difusão do contrato de EPC no cenário nacional¹³³, que vem lastreada pela já consolidada e bem-sucedida experiência estrangeira, tomando por base o

¹³¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 51.

¹³² *Idem*.

¹³³ SILVA, Clóvis do Couto e. Contrato de “Engineering”. **Revista dos Tribunais**. v. 685, p. 29-40, nov. 1992.

modelo *standard* elaborado pela FIDIC¹³⁴. A partir de então, o reconhecimento da função econômico-social do contrato de EPC pode ser averiguado na cada vez mais intensa utilização deste instrumento, que inclusive fez com que a doutrina nacional tivesse que sobre ele se debruçar, a fim de tentar estabelecer seu regime jurídico, conforme evidenciado no subcapítulo anterior.

Quanto à recepção do negócio pela ordem jurídica, igualmente parece inexistir dúvidas, eis que há vários anos o contrato de EPC é utilizado na indústria da construção civil nacional e decorre da autonomia privada das partes, que decidem adotar um modelo de contrato consagrado internacionalmente que se amolda aos interesses dos envolvidos naquela operação econômica. A divergência doutrinária acerca da recondução ou não, do contrato de EPC ao regime jurídico da empreitada efetivamente, não afasta a recepção do contrato pela ordem jurídica, mas revela opiniões divergentes sobre sua qualificação e expõe a relevância da discussão em vigor.

Além disso, Pedro Pais de Vasconcelos adiciona que para ser considerado socialmente típico o contrato em questão teria que possuir, na prática, “um modelo de disciplina que seja também pelo menos tendencialmente completo. Este modelo regulativo, que é o tipo social propriamente dito, constitui a principal fonte e critério da integração da parte não estipulada dos contratos que lhe correspondam”¹³⁵. No caso do contrato de EPC, o tipo social propriamente dito é o *Silver Book* editado pela FIDIC, conforme reconhece a mais atualizada doutrina nacional¹³⁶, corroborada pela doutrina estrangeira, que aponta o amplo uso do *Silver Book*, sobretudo em arbitragens internacionais, como fonte de direito (*source of law*) para a resolução de disputas¹³⁷.

Aliás, é interessante notar que a estrutura do *Silver Book* é dividida em condições gerais (*general provisions*) e condições particulares (*particular conditions*). Como aponta a própria FIDIC, as condições gerais são aquelas recomendadas a todos os contratos de EPC e

¹³⁴ SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

¹³⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2009. p. 215.

¹³⁶ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 323.

¹³⁷ “FIDIC conditions were not created with the intent of becoming a source of law. What is relevant, however, is how they are practically applied by contract drafters, parties to the contract and in dispute resolution. FIDIC forms are sometimes used as a source of law in disputes resolved in arbitration where there is a gap between contractual provisions and the governing law. When there is doubt or uncertainty, adjudicators, arbitrators or judges fill these “gaps” with generally accepted FIDIC form provisions. Similarly, FIDIC forms can be used to find out what clauses would be generally accepted in construction contracts before the project begins. For instance, it may be possible to compare unclear or potentially invalid clauses of a bespoke contract to a particular FIDIC clause at the negotiation stage”. Fonte: KLEE, Lukas. **International construction contract law**. 2. ed. Hoboken: Wiley, 2018. p. 224.

constituem o cerne do modelo *standard*; já as condições particulares serão aquelas que os agentes envolvidos deverão alterar, conforme orientações da própria FIDIC para evitar ambiguidades, a depender das especificidades da obra¹³⁸. Com efeito, os princípios essenciais de alocação de riscos entre os contratantes, os direitos e deveres das partes em cada uma das fases do projeto, os procedimentos a serem adotados em caso de atrasos, suspensão das obras, variações no escopo ou ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a forma de pagamento, a fiscalização dos prazos, o procedimento para realização de testes, etc., são todos previstos nas condições gerais do *Silver Book*, e derivam das melhores práticas e da experiência acumulada no setor. Efetivamente, o *Silver Book* serve de parâmetro para as contratações neste formato e revela os usos, costumes e práticas de mercado relativos ao tipo de negócio¹³⁹.

Conforme ensina Paula Forgioni, há um ciclo natural para que um contrato possa ser considerado socialmente típico. Tudo se inicia com o exercício da liberdade de iniciativa pelos agentes, que formatam determinados modelos de contrato para atender seus interesses. Os contratos celebrados, no entanto, estão sujeitos ao crivo da autoridade estatal. Então, quando os tribunais se deparam com discussões e controvérsias oriundos destes modelos contratuais e exaram uma decisão definitiva, “sinalizam para o mercado o que será ou não admitido, fechando o ciclo de criação dos contratos socialmente típicos”¹⁴⁰.

No caso do contrato de EPC, praticamente a totalidade de controvérsias derivadas são levadas à arbitragem, tanto é que o próprio *Silver Book* recomenda em suas condições gerais a inclusão de cláusula compromissória no contrato¹⁴¹. Nada obstante, controvérsias envolvendo contratos de EPC já chegaram aos tribunais brasileiros, oportunidade em que a jurisprudência reconheceu as especificidades deste modelo contratual, permitindo afirmar que se trata de contrato socialmente típico, eis que validado pela autoridade estatal.

Em 2018, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi instada a se manifestar sobre controvérsia entre empresas privadas, em que a contratada se insurgia contra a aplicação de multa contratual por atraso e pleiteava o pagamento do saldo remanescente do valor global. Contudo, o pedido foi julgado improcedente, tendo o Tribunal

¹³⁸ “These Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects include conditions, which are likely to apply to the majority of such contracts. Essential items of information which are particular to each individual contract are to be included in the Particular Conditions Part A – Contract Data”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

¹³⁹ FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 53.

¹⁴¹ “Clause 21.6 – Arbitration”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

se manifestado no sentido de validar e reconhecer a alocação de riscos agravada sobre o contratado em ajustes na modalidade *turnkey*:

Compulsando detidamente os autos, observo que o contrato celebrado entre a apelante e a ré da presente ação foi na modalidade "*turn key*".

E, como sabido, tal tipo de contrato é celebrado visando que a parte contratada assumia de forma basilar os riscos decorrentes da execução, como elaboração de projetos básico e executivo, metodologia executiva, quantitativos, atendimento das especificações técnicas, desenhos, riscos geológicos/arqueológicos, etc., estando a contratada consequentemente obrigada a concluir o objeto em conformidade com os termos do Contrato, independentemente de qualquer revisão, aprovação, exame ou comentários, e, ainda, sem o ressarcimento de custo adicional, uma vez que estes riscos são assumidos pela contratada¹⁴².

Mais especificamente em relação ao reconhecimento do contrato de EPC pela jurisprudência, por mais de uma vez o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já explicitou suas especificidades ao dirimir litígio tributário¹⁴³, assim como fez a 3ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ainda que de maneira lateral¹⁴⁴. Merece destaque, no entanto, o teor do acórdão proferido pela 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, ao se deparar com autuação de empresa *epcista* pelo fisco municipal. Na oportunidade, a Corte consignou que o contrato de EPC “não se trata de mera empreitada” e que corresponde a ajuste atípico e legítimo, derivado da autonomia privada das partes:

O cerne do recurso repousa em identificar se é legal a cobrança de ISSQN referente aos valores dos equipamentos comprados para seres empregados na edificação do empreendimento contratado por meio de EPC, em modalidade *turn key*, cuja execução completa era de responsabilidade contratual da empresa Engevix Engenharia S/A.

(...)

¹⁴² TJ-MG - AC: 10145140403919001 MG, Relator: Luiz Artur Hilário, Data de Julgamento: 05/12/2017, Data de Publicação: 24/01/2018.

¹⁴³ TJ-SP - Apelação Cível: 1000319-48.2017.8.26.0456 Pirapozinho, Relator: Eutálio Porto, Data de Julgamento: 18/04/2024, 15ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/04/2024; TJ-SP - Apelação Cível: 1001414-50.2016.8.26.0456 Pirapozinho, Relator: Tania Ahualli, Data de Julgamento: 16/02/2023, 15ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 16/02/2023; e TJ-SP - AC: 10323047520208260053 São Paulo, Relator: Luciana Bresciani, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/08/2022.

¹⁴⁴ “(...) Assim, a empresa ENGIE contratou a Recorrente para execução de determinadas funções, o que se deu por meio de contrato EPC (engineering, procurement and construction). Diante de sua especificidade, o contrato EPC merece algumas linhas de esclarecimento. Como visto, EPC são as iniciais de “engineering, procurement and construction”, palavras inglesas que indicam os deveres assumidos pela “EPCista”, sendo os deveres: elaboração de projeto de engenharia, fornecimento de equipamentos e construção do empreendimento. Em outras palavras, o contrato EPC apresenta fixação de obrigações e alocação de riscos, os quais são objeto destes autos, mas cujo contrato não foi juntado pela Recorrente”. TJ-PR - RI: 00001824720218160157 São João do Triunfo 0000182-47.2021.8.16.0157 (Acórdão), Relator: Denise Hammerschmidt, Data de Julgamento: 09/12/2022, 3ª Turma Recursal, Data de Publicação: 15/12/2022.

Contudo, não se trata de mera empreitada, porquanto pactuado os serviços relacionados, bem como a aquisição de materiais e equipamentos incorporados ao patrimônio ativo do polo industrial da Petrobrás. É contrato firmado na modalidade *turn key*, em substituição à tradicional empreitada, se assemelha a empreitada mista (serviços e fornecimento/aquisição de equipamentos), em que a contratante delega à contratada toda a infraestrutura, incluindo-se o fornecimento de equipamentos e materiais a serem incorporados, para, ao final, receber a instalação pronta para uso, ao funcionamento da Unidade de Tratamento de Gás de Cacimbas UTGC. Denomina-se, a modalidade contratual de EPC (*engineering, procurement and construction* Engenharia, Suprimento, Construção e Montagem) em que a contratada diligencia o projeto, a execução das obras de engenharia civil, a compra e fornecimento dos materiais, seu transporte, e, enfim, a fabricação e montagem completa dos equipamentos principais, auxiliares e acessórios, restando concluído o serviço de forma integral, pronto ao contratante apenas virar a chave (*turn key*) e iniciar a utilização do empreendimento acabado.

(...)

De responsabilidade, pois, do Fisco identificar efetivamente as ações de serviço que deseja tributar, na medida em que o contrato atípico, comumente utilizado na construção e obras de grande porte, não se reputa ilegal de qualquer forma¹⁴⁵.

Além disso, em 2024, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também precisou se debruçar sobre contrato de EPC celebrado entre uma sociedade de economia mista e *epecista* contratada para implantação de linha de transmissão de energia que ligava subestações do estado de Santa Catarina ao Paraná no regime *turnkey*. Na oportunidade, houve por bem o Tribunal de Justiça suspender liminarmente a exigibilidade da multa contratual aplicada em desfavor da contratada por supostos atrasos nas obras, tendo a fundamentação se centralizado na incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ao mesmo tempo em que reconhecia a legitimidade do modelo contratual entabulado¹⁴⁶.

Portanto, pode-se dizer que o contrato de EPC já se encontra consolidado em cenário nacional, inclusive com a existência de precedentes judiciais que validam o contorno jurídico a ele dado pelas partes, com fundamento nas práticas de mercado.

Embora a existência de uma disciplina normativa específica aplicável aos contratos de EPC ainda seja opaca no direito brasileiro, em razão da divergência doutrinária abordada nos subcapítulos anteriores ou em razão da pouca jurisprudência sobre o tema e da confidencialidade dos procedimentos arbitrais que enfrentam de forma recorrente a matéria, a reiterada utilização desse tipo de contrato no setor da construção civil permite afirmar que o

¹⁴⁵ TJ-ES - APL: 00114652920148080030, Relator: CARLOS SIMÕES FONSECA, Data de Julgamento: 15/06/2021, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/06/2021.

¹⁴⁶ TJ-PR – Agravo de Instrumento n. 0048273-52.2024.8.16.0000 AI, Relator Leonel Cunha, Data de Julgamento: 13/09/2024, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 18/09/2024; TJ-PR – Agravo de Instrumento n. 0001637-28.2024.8.16.0000 AI, Relator Leonel Cunha, Data de Julgamento: 15/10/2024, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 08/11/2024.

contrato de EPC é socialmente típico e, sendo assim, é “fundamental que o aplicador do direito, antes de proceder à integração de lacunas segundo a fonte legal, considere as normas do tipo social do contrato de EPC”, que seriam extraíveis do *Silver Book* editado pela FIDIC e tido como “modelo paradigmático” desta espécie contratual¹⁴⁷⁻¹⁴⁸.

2.2.4 A qualificação jurídica do contrato de EPC: síntese

Como visto no início deste capítulo, a qualificação jurídica do contrato de EPC possui o efeito prático de determinar as consequências jurídicas a ele aplicáveis. Nesse sentido, constatou-se que a divergência doutrinária se debruça sobre o nível de posituação do negócio jurídico, de modo a classificá-lo como contrato típico ou atípico, existindo ainda uma terceira vertente considerada plausível por este trabalho, que a ele se refere como contrato socialmente típico.

De fato, em um primeiro momento a consequência de relegar um contrato à tipicidade ou à atipicidade parece ser brusca: enquanto o contrato típico estaria restrito à incidência das normas positivadas no Código Civil, o contrato atípico seria relegado a um campo em que inexistiria norma jurídica específica a ele aplicável, senão as cláusulas gerais e princípios do direito. Entretanto, com a superação da doutrina dos *essentialia*, Carlos Nelson Konder explica que a dicotomia rígida entre contratos típicos e contratos atípicos não é compatível com a ordem jurídica contemporânea, eis que:

Assim como os contratos ditos típicos não são regidos exclusivamente pelas normas do tipo abstrato, submetendo-se à obediência ao ordenamento como um todo, também os contratos atípicos não são imunes à incidência de nenhuma norma do ordenamento – mesmo aquelas provenientes dos tipos – cuja função, depreendida de sua inserção no sistema, seja pertinente à causa concreta do contrato

Assim, os contratos ditos atípicos não configuram uma categoria qualitativamente distinta dos demais, uma vez que em todo contrato concreto – exatamente por ser concreto – há peculiaridades que o distinguem do modelo abstrato. Ao contrário, o contrato será dito atípico porque quantitativamente, as peculiaridades relevantes para determinação de seus efeitos jurídicos – aquelas que configuram sua causa concreta – são em tal intensidade diversas do modelo abstrato que se inviabiliza mesmo o

¹⁴⁷ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 323.

¹⁴⁸ Neste ponto, é importante sublinhar sobre a tipicidade social, a partir das conclusões de Angelo Prata de Carvalho, que “a atipicidade social, no entanto, por mais que opere de maneira semelhante à tipicidade legal no que se refere à produção de normas supletivas, não tem o condão de formular normas imperativas. Ademais, a tipicidade social se estrutura normativamente a partir de um processo de conformação dos usos e costumes pela jurisprudência, que, porém, é mediada por uma série de outras fontes – como a lei e a doutrina –, sem que necessariamente exista um corpo de diretrizes gerais para a celebração de negócios que não estejam capitulados em lei – para além da própria lei, dos usos e costumes e da ordem pública”. Fonte: CARVALHO, Angelo Prata de. **Contratos empresariais atípicos: a atipicidade contratual na Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 229.

precário estabelecimento da premissa de que há um jogo de normas predisposto a, em princípio, incidir sobre aquele contrato¹⁴⁹.

Portanto, a qualificação do contrato de EPC como um contrato típico não restringe sua interpretação ao regime jurídico da empreitada, em detrimento de qualquer outro parâmetro para interpretação ou colmatação de lacunas, ao mesmo tempo que sua classificação como atípico não o afasta definitivamente das normas previstas nos artigos 610 a 625 do Código Civil¹⁵⁰. Por outro lado, a qualificação jurídica do contrato terá o condão de guiar o aplicador do Direito durante o processo de interpretação do contrato, possuindo um importante impacto prático, conforme se verá de maneira detalhada no Capítulo 4.

Destarte, observou-se anteriormente que os contratos de EPC pretendem ser autossuficientes (*self-contained contracts*) e possuem como modelo paradigmático o *Silver Book* elaborado pela FIDIC, que prevê de forma suficiente e adequada as intercorrências que podem vir a afligir os contratantes durante a execução das obras.

A despeito disso, há um fato: não existe disciplina jurídica específica, no direito brasileiro, direcionada aos contratos de EPC. Com efeito, natural concluir que o contrato de EPC é legalmente atípico. Ao mesmo tempo, não é possível ignorar a tipicidade social deste tipo contratual, que deriva do reconhecimento de sua função econômica e social, com reiterada utilização no setor da construção civil e da elaboração de modelo *standard* que parametrizou, ao longo dos anos, os usos, costumes e práticas de mercado relativas ao tipo de negócio.

Assim, entende-se que caso o intérprete precise recorrer às fontes extranegociais para preenchimento de lacunas em relação a um contrato de EPC concretamente celebrado¹⁵¹, com

¹⁴⁹ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. ano 4, n. 1, p. 355-404, 2018. p. 387-388.

¹⁵⁰ Nesse sentido, Adriana Regina Sarra de Deus conclui que “o contrato de EPC apresenta significativas diferenças em relação ao tipo contratual legal da empreitada, as quais o tornam incompatível com grande parte das normas integrantes do regime jurídico legalmente previsto para a empreitada. Não se defendeu, por outro lado, uma absoluta e apriorística incompatibilidade de todas as suas normas. Para aquelas que não foram desde logo identificadas como incompatíveis com o contrato de EPC, sua aplicação estará sempre condicionada aos dois pressupostos indicados na seção anterior, quais sejam (i) demonstração da existência de efetiva relação de identidade entre os pontos juridicamente relevantes; e (ii) ausência de concurso normativo que, resolvido de acordo com os critérios de resolução de antinomias, resulte na prevalência de outra norma, particularmente de uma norma integrante do tipo social do contrato de EPC”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 329.

¹⁵¹ Conforme ensina Francisco Marino, após a interpretação do negócio jurídico, sobrevém a “fase complementar”, em que o intérprete buscará, para determinar todos os efeitos jurídicos produzidos pelo referido negócio, “integrar a ele os efeitos advindos de fontes ‘extranegociais’, mais especificamente das normas supletivas (cogentes ou dispositivas), do princípio da boa-fé e dos usos em função normativa”. Fonte: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

exceção do artigo 618 do Código Civil que é norma de ordem pública¹⁵²⁻¹⁵³, as normas integrantes do tipo social que revelam os usos e costumes interentes ao tipo de negócio (art. 113, §1º, inciso II, do Código Civil¹⁵⁴), por sua especialidade, devem incidir com preferência às normas da empreitada contidas no Código Civil¹⁵⁵.

A tudo isso, deve ser adicionado mais um elemento: a natureza nitidamente empresarial do contrato de EPC, conforme passa-se a detalhar na sequência.

2.3 NATUREZA EMPRESARIAL DO CONTRATO DE EPC

A utilização reiterada do contrato de EPC no mercado de construção civil e a elaboração dos modelos *standard*, em especial o *Silver Book* editado pela FIDIC, o consolidaram em ambiente internacional. No direito brasileiro, a liberdade de contratar, amparada na premissa de que aos agentes privados é permitido tudo aquilo que não é proibido pela lei (autonomia privada)¹⁵⁶, legitimou a utilização deste modelo contratual¹⁵⁷.

¹⁵² Enunciado n. 34, aprovado na I Jornada de Direito Comercial: “Com exceção da garantia contida no artigo 618 do Código Civil, os demais artigos referentes, em especial, ao contrato de empreitada (arts. 610 a 626) aplicar-se-ão somente de forma subsidiária às condições contratuais acordadas pelas partes de contratos complexos de engenharia e construção, tais como EPC, EPC-M e Aliança”. Fonte: BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Consulta de Enunciados**. 2024.

¹⁵³ Sobre o artigo 618 do Código Civil, Adriana Regina Sarra de Deus ensina que “o dispositivo enuncia norma de ordem pública, destinada a tutelar a sociedade em geral contra os danos decorrentes da construção, atividade de risco por sua própria natureza”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 321.

¹⁵⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (...) II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

¹⁵⁵ Conforme aponta Adriana Regina Sarra de Deus em relação ao regime jurídico aplicável ao contrato de EPC “para colmatar eventuais lacunas do contrato, será preciso encontrar uma norma extraída de fontes extranegociais, sendo estas a fonte legal, os usos e costumes em função normativa e o princípio da boa-fé objetiva”. Nesse contexto, em razão da tipicidade social do contrato de EPC, entende a Autora que “é fundamental que o aplicador do direito, antes de proceder à integração de lacunas segundo a fonte legal, considere as normas do tipo social do contrato de EPC”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 320-323.

¹⁵⁶ “Em um primeiro momento, a liberdade de contratar está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado, sendo uma liberdade plena, em regra. Entretanto, em alguns casos, nítidas são as limitações à carga volitiva, eis que não se pode, por exemplo, contratar com o Poder Público se não houver autorização para tanto. Como limitação da liberdade de contratar, pode ser citado o art. 497 do CC/2002, que veda a compra e venda de bens confiados à administração em algumas situações. Em outro plano, a autonomia da pessoa pode estar relacionada com o conteúdo do negócio jurídico, ponto em que res^{Idem} limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana. Trata-se, portanto, da liberdade contratual. Conforme será exposto, há muito tempo os sujeitos do direito vêm encontrando limitações ao seu modo de viver, inclusive para as disposições contratuais, eis que o velho modelo individualista de contrato encontra-se superado. Dessa dupla liberdade do sujeito contratual é que decorre a autonomia privada, que constitui a liberdade que a pessoa tem para regular os próprios interesses. De qualquer forma, que fique claro que essa autonomia não é absoluta, encontrando limitações em normas de ordem pública”. Fonte: TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 60.

¹⁵⁷ Como demonstrado no subcapítulo 2.2.3, o contrato de EPC é socialmente reconhecido, inclusive pelos tribunais pátrios.

A tudo isso, contudo, é necessário acrescentar mais um elemento: a natureza nitidamente empresarial do contrato de EPC, na medida em que ambos os contratantes, e demais envolvidos¹⁵⁸, são agentes econômicos sofisticados, que com a celebração do contrato possuem como principal objetivo o lucro. A natureza empresarial do contrato de EPC é ponto nevrálgico para que o aplicador do direito possa selecionar os critérios para sua interpretação, colmatação de lacunas e observar os limites para intervenção.

2.3.1 Os contratos empresariais no direito brasileiro

Para compreender as características particulares que gravam os contratos empresariais e que por consequência incidem sobre o contrato de EPC, objeto desse estudo, inicialmente é preciso evidenciar a autonomia material do direito empresarial em relação aos demais ramos do Direito.

Nesse sentido, Rubens Requião ensina que o direito comercial – ou empresarial¹⁵⁹ – surge para tutelar as relações estabelecidas entre comerciantes, as quais sempre foram pautadas por intenso dinamismo e não se adequavam à rigidez e solenidades exigidas pelo direito romano vigente à época¹⁶⁰. Em razão de sua origem, pode-se afirmar que o direito comercial possui base classista, cuja preocupação central ao longo do tempo sempre foi fornecer às relações estabelecidas entre comerciantes previsibilidade e segurança jurídica. Conforme ensina Alfredo de Assis Gonçalves Neto, mesmo com a ascensão dos estados modernos e a centralização do poder, que culminou o aumento da intervenção do estado na economia e edição de normas formais para pautar o comportamento dos agentes econômicos, “o direito comercial continuou sendo identificado como o direito dos comerciantes”¹⁶¹.

Daí que o direito comercial “é o direito que regula a atividade empresarial e todos os atos que normalmente são praticados no exercício dessa atividade”¹⁶², possuindo como

¹⁵⁸ Sobre a posição dos agentes financiadores no contexto dos contratos de EPC (*Project Finance*), confira-se o subcapítulo 2.1.3.

¹⁵⁹ Sem ignorar a distinção entre os termos Direito Comercial e Direito Empresarial ou Direito de Empresa que, conforme ensina Alfredo de Assis Gonçalves Neto, remete ao deslocamento do enfoque objetivo – atos de comércio – para o enfoque subjetivo – resgate da figura do comerciante ou do empresário, neste trabalho ambos serão utilizados como sinônimos. Sabedores, contudo, de que “a empresa é mais compreensiva e adequada para apontar o norte que enfeixa as normas do direito especial voltado para regular as relações jurídicas intersubjetivas e envolvendo a atuação do agente econômico, em suas diversas manifestações, e os destinatários de sua atividade”. Fonte: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 67-69.

¹⁶⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 18.

¹⁶¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 70.

¹⁶² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 45.

características o cosmopolitismo, a onerosidade, o informalismo e o fragmentarismo¹⁶³. Ademais, como fontes do direito comercial, deve-se citar a lei, os princípios gerais do direito e os usos e costumes. Esta última fonte, aliás, possui especial relevância no direito comercial em razão de seu aspecto dinâmico, servindo como base ao aplicador do direito naqueles casos em que o contrato ou a legislação se mostrem lacunosos¹⁶⁴.

Estabelecidas tais características, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelo Bertoldi evidenciam que, no Brasil, o grande marco para a regulamentação do direito comercial foi o Código Comercial de 1850¹⁶⁵, que em seu artigo 4º limitou sua abrangência àqueles que estivessem matriculados em algum dos Tribunais do Comércio do Império e fizessem da mercancia sua profissão habitual¹⁶⁶.

Sobre o Código Comercial de 1850, importa sobrelevar que o seu Título V, representado pelos artigos 121 e seguintes, era integralmente dedicado aos contratos de obrigações mercantis, o que revelava verdadeira autonomia dos contratos celebrados entre comerciantes dos demais contratos. Inclusive, na condição de regras para interpretação dos contratos mercantis, o Código Comercial estabelecia expressamente em seu artigo 131, item 4, a relevância dos usos e costumes para cada espécie de negócio, de modo a sobrelevar o cosmopolitismo e a origem consuetudinária do direito comercial como elementos relevantes:

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

(...)

¹⁶³ Para Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelo Bertoldi, o cosmopolitismo do direito comercial teria origem na necessidade de intercâmbio entre os povos, o que “fez com que surgissem usos e costumes comuns a todos os comerciantes, independentemente de sua nacionalidade”, a onerosidade enquanto traço característico da atividade econômica desenvolvida pelos comerciantes, que sempre buscam o lucro, o informalismo enquanto consequência da dinamicidade das relações e o fragmentarismo por ocasião da subdivisão interna das matérias afetas ao direito comercial como, por exemplo, direito societário e direito falimentar. Fonte: BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 41-42.

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 49.

¹⁶⁵ “Não há que se falar em direito comercial brasileiro no período do Brasil-colônia. (...) Somente se detecta um direito comercial brasileiro propriamente dito com a Independência do Brasil, em 1822, marco inicial para a construção do ordenamento jurídico nacional. Entretanto, com a dificuldade da criação de uma legislação mercantil brasileira logo após a Independência, continuaram vigorando temporariamente no Brasil as leis portuguesas então vigentes, sendo que, em matéria de direito comercial, destacavam-se as leis e alvarás dos séculos XVII e XVIII, dentre eles a chamada Lei da Boa Razão (...). Fortemente influenciados pelos Códigos francês, espanhol e português, surgiu entre nós o Código Comercial do Império do Brasil, promulgado pela Lei 556, de 25.06.1850”. Fonte: *Ibidem*. p. 29.

¹⁶⁶ Art. 4 - Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo nº 9).

4 - O uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras.

A promulgação do Código Civil de 2002 operou a unificação parcial do Direito Privado, com a inserção do Livro II – Do Direito de Empresa, e a consequente revogação, praticamente total¹⁶⁷, do Código Comercial de 1850¹⁶⁸. A partir de então, passa a doutrina a propugnar novos critérios para classificação dos contratos, sendo a mais célebre a distinção levada a efeito por Antonio Junqueira de Azevedo entre os contratos existenciais e contratos de lucro:

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são "descartáveis" e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes devem ser expulsas, "descartadas", do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força¹⁶⁹.

Nesse contexto, a despeito de ter o direito comercial perdido sua autonomia formal, a doutrina comercialista sempre foi unânime em afirmar que o direito comercial nunca perdeu sua autonomia material. Sobre o tema, Alfredo de Assis Gonçalves Neto afirma de modo peremptório que o núcleo e âmbito do direito comercial não está apenas no Código Civil, mas sim na legislação como um todo, à medida que “sob a perspectiva de que o direito comercial regula o comerciante no exercício de sua atividade profissional (...) devem-se determinar os contornos de seu conteúdo, portanto, a partir do regime econômico adotado pela constituição brasileira”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Permanece vigente apenas a Parte Segunda do Código Comercial, referente ao Comércio Marítimo, representado pelos artigos 457 e seguintes.

¹⁶⁸ Embora o recorte efetivado nesta oportunidade seja objetivo, com um salto do Código Comercial de 1850 para o Código Civil de 2002, como aponta a doutrina, antes mesmo da unificação do direito privado, “o direito comercial brasileiro já há muito tempo deixara de ser o direito contido no Código Comercial. Para atender as sempre crescentes exigências do tráfico mercantil, diversas leis esparsas passaram a ser editadas, trazendo novas regras, revogadoras daquelas que entraram em vigor em 1850, e que deram os primeiros contornos de nossa disciplina no Brasil-colônia. Fonte: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 85.

¹⁶⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

¹⁷⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 86.

A autonomia material do direito comercial em relação aos demais ramos do Direito, vinculada ao a uma perspectiva contemporânea, com a compreensão de um “novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também, em sua dinâmica”¹⁷¹, despertou a doutrina comercialista para o fato de que a empresa atua no mercado mediante a celebração de diversos e sucessivos contratos. Portanto, se a empresa atua por meio dos contratos, aos contratos empresariais também deve ser dispensada atenção particular¹⁷².

A particularidade dos contratos empresariais não ficou restrita à doutrina. Os tribunais pátrios também passaram a interpretar os ajustes privados celebrados entre empresários à luz de seus vetores de funcionamento, conforme revela trecho do voto proferido pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do Recurso Especial n. 1.409.849/PR, oportunidade em que fez questão de explicitar a particularidade do controle judicial sobre contratos celebrados entre empresas, nos seguintes termos:

Efetivamente, no Direito Empresarial, regido por princípios peculiares, como a livre iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa, a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado.

O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia¹⁷³.

No mesmo sentido, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa afirmava que “mesmo com um único corpo legislativo, ainda assim podemos diferenciar, com precisão e proveito metodológico, os contratos civis dos mercantis”¹⁷⁴. Ainda, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior colocam em evidência que os contratos empresariais pressupõem uma classificação que toma por elemento central a qualidade dos sujeitos contratantes:

Contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são empresários no exercício de sua atividade profissional. Contratos vocacionados à execução continuada e que reúnem elementos de distinção em relação aos demais contratos em razão de seus sujeitos, de sua história e sua função. Em princípio, seus contratantes, por serem empresários, apresentam condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda negociação empresarial. O risco é seu elemento essencial,

¹⁷¹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 73.

¹⁷² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 23.

¹⁷³ REsp n. 1.409.849/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/4/2016, DJe de 5/5/2016.

¹⁷⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial: fundamentos da teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 45.

ainda que eventualmente não seja simples distinguir a frustração que pode advir de uma situação de risco e a existência de fatores excepcionais capazes de afastar a força vinculante do contrato.¹⁷⁵

Além da qualificação dos agentes contratantes como empresários, Paula Forgioni explica que o elemento central para segregar os contratos empresariais dos contratos consumeristas ou civis, é justamente o “escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona o seu comportamento, sua ‘vontade comum’ e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar”¹⁷⁶. Com efeito, os contratos empresariais são aqueles “celebrados entre empresas, *i.e.*, em que somente empresas fazem parte da relação”¹⁷⁷. Consequentemente, estão excluídos desta definição os contratos celebrados entre empresas e consumidores ou entre empresas e trabalhadores, eis que “ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro. Esse fato imprime viés peculiar aos negócios jurídicos entre empresários”¹⁷⁸.

Embora a doutrina aponte o escopo de lucro como característica inerente ao contrato empresarial, é importante sublinhar, conforme ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr., que “nem sempre os empresariais têm por propósito a obtenção de uma vantagem patrimonial (...) como acontece no acordo de acionistas, que é um contrato empresarial, mas não pode ser de lucro (acordo de gestão)”¹⁷⁹, e aí residiria a diferenciação entre a classificação do contrato empresarial e do contrato de lucro, proposto por Antônio Junqueira de Azevedo.

Apesar do reconhecimento da autonomia dos contratos empresariais em relação aos demais contratos, o Código Civil de 2002 não trouxe em seu bojo uma diferenciação nesse sentido. Diante desse contexto, o ferramental para que a interpretação dos contratos empresariais ocorresse de maneira adequada foi desenhado pela doutrina e pela jurisprudência, de modo que ao interpretar esta modalidade de negócio jurídico, o julgador era compelido a desenvolver em suas decisões raciocínio que considerasse os princípios orientadores do direito

¹⁷⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 32-33.

¹⁷⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 39.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 27.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 27-28.

¹⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. v. 45, p. 91-110, ano 12, jan./mar. 2011. p. 105.

comercial na contratação para, então, decidir pela intervenção mínima, respeito à alocação de riscos e prevalência da racionalidade econômica dos contratantes, por exemplo¹⁸⁰.

Foi somente em 2019, com o advento da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), que foi inserido no Código Civil de 2002 dispositivos que trataram expressamente dos “contratos empresariais”, especificamente com a inclusão do artigo 421-A, que passou a prever o seguinte:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - As partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019);

II - A alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - A revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

Infere-se do *caput* do artigo 421-A que o legislador fez questão de mencionar os “contratos civis e empresariais” de tal sorte que, a partir deste momento, o Código Civil passa a reconhecer expressamente a autonomia dos contratos empresariais como espécie distinta dos contratos civis e, por consequência, suas “esferas de atuação autônomas”¹⁸¹, seguindo a linha do que já havia se consolidado na doutrina e jurisprudência. Ademais, o *caput* do mesmo dispositivo também fez questão de sobrelevar que há presunção relativa de paridade e simetria dos contratos empresariais, até a existência de “elementos concretos” que a afastem, bem como ressalvados os “regimes jurídicos previstos em leis especiais”.

De modo a maximizar ainda mais a autonomia dos contratos empresariais, o Projeto de Lei n. 4 de 2025, que propõe a revisão e atualização do Código Civil¹⁸², sugere a inclusão do artigo 421-C no Código Civil, o qual, em seu §1º, incisos III e V, faz questão de pautar com

¹⁸⁰ FRADERA, Véra Jacob de. Art. 7º: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 294-295.

¹⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukaschek. A Liberdade Contratual e a Função Social do Contrato – Alteração do Art. 421-A do Código Civil: Art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 318.

¹⁸² PACHECO, Rodrigo. Senado. **Projeto de Lei nº 4, de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Minas Gerais, 31 jan. 2025.

mais ênfase os usos e costumes como fonte para interpretação e colmatação de lacunas em contratos empresariais, retomando em parte aquilo que constava do artigo 131, item 4, do Código Comercial de 1850¹⁸³, e a atipicidade natural dos contratos empresariais¹⁸⁴, respectivamente:

Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais.

§ 1º Para sua interpretação, os contratos empresariais exigem os seguintes parâmetros adicionais de consideração e análise:

(...)

III - Na falta de redação específica de cláusulas necessárias à execução do contrato, o juiz valer-se-á dos usos e dos costumes do lugar de sua celebração e do modo comum adotado pelos empresários para a celebração e para a execução daquele específico tipo contratual;

(...)

V - A atipicidade natural dos contratos empresariais.

Dentro desta perspectiva, endossada pelo advento da Lei de Liberdade Econômica e que pretende ser maximizada com a eventual reforma do Código Civil de 2002, entende-se que ao se deparar com os contratos empresariais, o aplicador do Direito deve considerar que além de o principal objetivo da contratação ser o lucro, existem determinados vetores que pautam o funcionamento destes contratos.

2.3.2 Vetores de funcionamento dos contratos empresariais: alocação de riscos, assimetria informacional, oportunismo, vinculação, usos, costumes e práticas de mercado

Estabelecida a autonomia dos contratos empresariais, é importante observar que estes possuem “traços peculiares que imprimem mecânica comum a todos eles, ou seja, diretrizes içadas do funcionamento próprio ao sistema do direito comercial”, as quais nos permitem

¹⁸³ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras

¹⁸⁴ Angelo Prata de Carvalho ressalta a atipicidade natural dos contratos celebrados entre empresários, advertindo que “a dogmática associada aos contratos empresariais não pode olvidar-se do papel das práticas reiteradas dos agentes econômicos e de sua circulação na forma dos usos e costumes, que, longe de reproduzirem uma ritualidade primitiva, encontram-se em constante evolução, construída pela sedimentação dos negócios e pelas decisões dos tribunais”. Fonte: CARVALHO, Angelo Prata de. **Contratos empresariais atípicos: a atipicidade contratual na Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 321.

explicitar determinados vetores de funcionamentos relevantes para a assimilação, interpretação e intervenção nos contratos empresariais¹⁸⁵. Para os objetivos deste trabalho importa, nesse momento, debruçar-se sobre a alocação de riscos, assimetria informacional, oportunismo, vinculação, usos, costumes e práticas de mercado.

No contexto dos contratos empresariais, o risco alocado pelas partes está estreitamente associado ao oportunismo e às assimetrias de informação entre os contratantes. Quando se fala na existência de oportunismo ou assimetria de informações, a tendência é que se busque uma aproximação com as figuras do erro ou dolo (artigos 138 e 154 do Código Civil, respectivamente). Contudo, no contexto dos negócios jurídicos entre empresários a incidência destas figuras deve ser observada com parcimônia, eis que o objetivo final de lucro e o profissionalismo dos agentes faz com que o oportunismo e a assimetria informacional sejam elementos naturais no contexto de formação e execução dos contratos empresariais.

Em relação ao oportunismo, por exemplo, é absolutamente natural que um agente econômico que busca o lucro se aproveite de situações que possam lhe trazer resultados melhores. Quanto à assimetria de informações, em razão da dinamicidade, celeridade e escassez de recursos que circundam as relações estabelecidas entre empresas é comum que no ato de contratação as partes não estejam suficientemente informadas. E é justamente neste contexto que surge o dever dos contratantes de dimensionar o risco da contratação, de modo a optar entre celebrar, ou não, um determinado negócio¹⁸⁶.

Percebe-se, assim, que ao considerar esses elementos o empresário aloca o risco na contratação, sendo este um traço marcante dos contratos empresariais¹⁸⁷. A vinculação ao conteúdo da obrigação após a alocação dos riscos, na dicção de Ricardo Lupion, “refere-se ao acerto ou erro da decisão empresarial, no sentido de reconhecer a regra básica e elemento do jogo e da competição empresarial ‘que premia as decisões acertadas e penaliza as equivocadas’”¹⁸⁸. Não por outro motivo é que, ainda em 2004 o Superior Tribunal de Justiça já

¹⁸⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 109.

¹⁸⁶ Importante sublinhar que este trabalho não defende que o oportunismo contratual e a assimetria de informações dos contratantes não devem ser modulados ou reprimidos em determinadas situações. O objetivo é, apenas e tão somente, demonstrar que são elementos naturais no contexto da celebração de contratos entre empresas e, por ser assim, não devem ser repudiados de plano.

¹⁸⁷ “A incerteza não se confunde com os riscos. Estes são elementos inatos a qualquer contrato e são marcantes na atividade empresarial. Por intermédio de cálculos, pautados em uma grande quantidade de variáveis oriundas do contexto em que cada relação contratual se passará, os riscos podem ser mensurados e, portanto, são passíveis de serem incluídos e alocados no instrumento firmado pelas partes, ainda que submetidos a níveis de acerto ou desacerto”. Fonte: ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Compra e Venda de Empresas: ferramentas para prever, estimular e julgar comportamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 37.

¹⁸⁸ LUPION, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. **Revista da AJURIS**. v. 41, n. 135, p. 405-426, set. 2014. p. 409.

havia se posicionado no sentido de que “o risco é fato intrínseco à exploração da atividade econômica”, de modo que não caberia ao Poder Judiciário intervir para impedir a consumação de riscos que, inegavelmente, haviam sido alocados pelas partes no momento da celebração da avença¹⁸⁹.

Dessarte, as particularidades envolvendo a interpretação e intervenção judicial nos contratos empresariais se expressam na medida em que é necessário compreender o contexto de formação do contrato, o risco como elemento intrínseco relacionado à decisão empresarial e os objetivos pretendidos pelas partes com a contratação de modo a tomar os devidos cuidados para não desvirtuar a lógica do mercado e gerar efeitos sociais nefastos.

Nesse contexto, certo é que “se lhes fosse permitido, os agentes econômicos valer-se-iam dos contratos para vincular apenas seus parceiros comerciais, e nunca a si próprios”, na medida em que ante o advento posterior daqueles riscos que foram alocados no momento de assinatura do contrato, é natural que haja inconformismo por parte do agente econômico que precisa suportá-los. Ocorre que “o funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados”, razão pela qual o *pacta sunt servanda* incide com intensidade majorada nas contratações empresariais, servindo como freio ao oportunismo prejudicial à dinâmica de mercado¹⁹⁰.

Com efeito, nos contratos empresariais a regra é que o aplicador do direito respeite o que foi pactuado entre as partes, inclusive para evitar a concessão de vantagens concorrenciais indevidas e sem lastro legal a determinados agentes econômicos, conforme adverte Marcia Carla Pereira Ribeiro:

Qualquer interpretação que desprestigie os termos do que foi pactuado pelas partes num contrato empresarial acarretará, dentre outros efeitos, a outorga de um diferencial competitivo apto a interferir nas condições concorrenciais em determinado mercado relevante¹⁹¹.

Em arremate, deve-se destacar que nos negócios jurídicos entre empresários, os usos, costumes e práticas de mercado relacionadas a um determinado setor da indústria possuem impacto direto para a tomada de decisão dos agentes ao se vincularem, eis que possuem “força

¹⁸⁹ STJ - REsp: 532570 RS 2003/0059368-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 21/10/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/12/2004 p. 292 RDR vol. 34 p. 317 RSTJ vol. 191 p. 208.

¹⁹⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 111-112.

¹⁹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 256.

uniformizadora”, capaz de “planificar o comportamento das empresas”¹⁹². Evidentemente que, para que sejam legitimados e capazes de gerar impacto direto nos contratos empresariais, os usos e costumes dependem de validação pela autoridade estatal, o que ocorre mediante a consolidação da jurisprudência dos tribunais, ou mesmo da positivação no texto normativo¹⁹³. De qualquer forma, não se pode negar sua influência para a atividade do aplicador do direito, que obrigatoriamente precisará considerar o local e o contexto em que o contrato foi celebrado e será executado para interpretá-lo adequadamente e decidir pela possibilidade e conveniência de intervenção nos termos pactuados.

2.3.3 O contrato de EPC como contrato empresarial

Nos termos abordados neste trabalho¹⁹⁴, inexistente polêmica acerca da natureza empresarial do contrato de EPC. Aliás, Marcia Carla Pereira Ribeiro, bem elucida que:

Um contrato EPC enquadra-se na categoria dos contratos empresariais, quer seja pela qualificação de seus signatários (empresários), quer seja pelo fato de ambos os polos voltarem os seus esforços na busca do lucro e se sujeitarem à alocação de riscos com base em escolhas calcadas em sua expertise e estratégias. Não há, em relação à espécie analisada, situação de dependência ou hipossuficiência que pudesse vir a descaracterizar o livre exercício da autonomia privada na escolha dos termos do contrato firmado¹⁹⁵.

Na condição de contrato empresarial, deve-se considerar que para fins de interpretação e intervenção judicial no contrato de EPC, alguns pressupostos devem ser considerados. Dentre eles, cabe citar a presunção de simetria e paridade entre os contratantes, o risco como elemento essencial característico e, especialmente, o respeito à autonomia privada e a excepcionalidade da intervenção, nos termos dos artigos 421 e 421-A do Código Civil. Afinal, “não se chegará a

¹⁹² “Os usos e costumes geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (i. e., estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança”. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. 143-144.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Cumpre recordar que foge ao escopo deste trabalho os contratos de EPC celebrados com o Poder Público, que ostentam normas próprias. Nesse sentido, cabe menção ao artigo 42, inc. VI, da Lei n. 13.303/16 (Lei das Estatais) e artigo 46, inc. V, da Lei n. 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos Públicos), que tratam da contratação integrada pela Administração Pública. A contratação integrada é definida pelo artigo 6º, inc. XXXII, da Lei de Licitações como “regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” pela Administração Pública.

¹⁹⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 270.

um ambiente econômico e social desejável sem que a interpretação dos contratos empresariais seja considerada a partir de suas peculiaridades”¹⁹⁶.

A bem verdade, é que o contrato de EPC é celebrado por agentes extremamente sofisticados¹⁹⁷, com base em uma alocação de riscos naturalmente agravada sobre o contratado e bem ilustrada no *Silver Book* da FIDIC, que serve como parâmetro para esse modelo de contratação. Nesse sentido, com base nos critérios de classificação dos contratos empresariais fornecidos por Paula Forgioni¹⁹⁸, entende-se ser possível classificar o contrato de EPC, a fim de melhor compreendê-lo.

Quanto ao grau de vinculação futura entre as partes, o contrato de EPC consiste em um contrato de colaboração ou híbrido, compreendido no meio-termo entre os contratos *spot* (de execução instantânea) e os contratos societários, que vinculam as partes de maneira mais rígida:

Esses contratos de colaboração ou híbridos surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de extensa série de contratos de intercâmbio desconectados, como os custos de transação, e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários ou hierárquicos¹⁹⁹.

De fato, o contrato de EPC representa o interesse do dono da obra de contratar um *expert*, a preço e prazo pré-fixados, para a concepção, execução e entrega de um empreendimento complexo em operação²⁰⁰. A relação contratual, neste ponto, é continuada ou diferida²⁰¹, de modo que o decurso do tempo é elemento essencial para o adimplemento,

¹⁹⁶ *Ibidem*. p. 255.

¹⁹⁷ Conforme pontua Marcelo Alencar Botelho de Mesquita “Ao lado do caráter global, o EPC se diferenciaria do contrato de obra comum por configurar-se sempre um instrumento empresarial com fins produtivos. Assim, enquanto um contrato de empreitada pode ser celebrado para operações envolvendo desde consumidores até empresários, âmbito do chave na mão e do EPC estaria circunscrito aos negócios entre grandes corporações, objetivando a exploração de recursos naturais e o uso de bens de capital”. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 111.

¹⁹⁸ Conforme ensina Paula Forgioni, “classificações não são corretas ou incorretas e sim úteis ou inúteis”, de modo que para o direito empresarial, seria útil classificar os contratos quanto (i) ao grau de vinculação futura das partes; (ii) grau de positividade; (iii) abrangência do objeto; (iv) grau de ligação de contratos celebrados entre as mesmas partes; (v) grau de complexidade; (vi) grau de completude do regramento contratual; (vii) interesse principal das partes no contrato; (viii) tipo de negociação que lhes dá origem; (ix) grau de poder econômico das partes; e (x) existência de ligação a contratos celebrados entre terceiros. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 48.

¹⁹⁹ *Ibidem*. p. 49.

²⁰⁰ “O escopo do epecista é bastante extenso e compreende a realização de todas as etapas de implantação de um empreendimento até a sua entrega em condições de operação e com o desempenho esperado. Essa amplitude é sintetizada pela própria denominação *engineering, procurement and construction* (elaboração dos projetos, fornecimento e construção)”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 202.

²⁰¹ Ao comentar o artigo 478 do Código Civil, que trata da onerosidade excessiva superveniente, Cristiano Zanetti explica sobre os contratos de execução continuada que “o decurso do tempo é essencial ao cumprimento dos

revelando inclusive a necessidade de que o instrumento contratual preveja expressamente procedimentos para adaptação do contrato a intercorrências que tendem a atingi-lo no lapso compreendido entre sua assinatura e seu encerramento, conforme se verá adiante.

Quanto ao grau de positivação, por sua vez, o contrato de EPC é um contrato legalmente atípico e socialmente típico²⁰², conforme devidamente delineado ao subcapítulo 2.2.4. Já em relação à abrangência do objeto, o contrato de EPC pode ser classificado com um contrato-quadro (*umbrella agreement*), na medida em que possui como uma de suas funções “formatar o negócio em linhas gerais, contendo a previsão da celebração, futura ou concomitante, de vários outros contratos com objetos mais específicos”²⁰³.

Obras complexas, como são àquelas para os quais os contratos de EPC são desenhados, não se limitam à interação entre o contratante (dono da obra) e o contratado (*epecista*). Muito embora afaste-se a hipótese de ser o contrato de EPC um contrato coligado, à medida que consiste em um único contrato²⁰⁴, fato é que para a execução da obra o *epecista* terá a necessidade de, por exemplo, celebrar contratos com fornecedores de materiais e equipamentos, de acordo com as especificações da obra, e subcontratar prestadores de serviços. Somente mediante a celebração de contratos satélite, que orbitam em torno do contrato-quadro, é que tais necessidades poderão ser supridas durante a execução do contrato de EPC. Por este motivo é que, por exemplo, o *Silver Book* traz em suas condições gerais, nas subcláusulas 4.4 e

objetivos que norteiam a celebração de um contrato de duração, como vêm a ser a locação, o depósito e a distribuição. Nessas hipóteses, o prolongamento da relação contratual é imprescindível para que as partes possam extrair as vantagens que justificaram a conclusão do negócio jurídico. Do ponto de vista teórico, os contratos de duração costumam ser divididos em dois grupos: de um lado, os contratos de execução sucessiva e, de outro, os de execução continuada. A título ilustrativo, a prestação do locatário é de execução sucessiva; a do depositário, de execução continuada”. Fonte: ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V – Dos Contratos em Geral. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. et al. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 469.

²⁰² Em relação à classificação dos contratos como típicos ou atípicos, Adriana Regina Sarra de Deus afirma que é possível formular a seguinte tripartição: “(i) contratos legalmente típicos; (ii) contratos legalmente atípicos, mas socialmente típicos; e (iii) contratos legalmente atípicos e socialmente atípicos”, sendo que o contrato de EPC corresponde a um contrato legalmente atípico e socialmente típico, conforme defendido pela Autora e evidenciado nos capítulos anteriores deste trabalho”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 59-60.

²⁰³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 54.

²⁰⁴ “Aplicando-se os critérios acima indicados pela doutrina ao contrato de EPC, afasta-se a hipótese de coligação contratual e conclui-se pela existência de um contrato único. A principal razão que afasta a pluralidade contratual é a unidade econômica que subjaz ao contrato de EPC, qual seja, a execução do empreendimento em sua totalidade, transferindo-se ao *epecista* a maior parte dos riscos envolvidos”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 244.

seguintes²⁰⁵, requisitos e exigências para a subcontratação; e na subcláusula 7.3²⁰⁶ a possibilidade e inspeção dos materiais adquiridos para a obra por parte do contratante.

Ato contínuo, em relação ao grau de coligação, e conforme foi antecipado no parágrafo acima, o contrato de EPC é um contrato independente, e não coligado²⁰⁷, sobretudo em razão da “unidade econômica que se origina da pluralidade de prestações a cargo do *epecista* (execução de um empreendimento em sua totalidade) e a unidade da contraprestação paga pelo dono da obra (preço fixo global)”²⁰⁸.

No que tange ao grau de complexidade, não restam dúvidas de que o contrato de EPC é um contrato complexo, e não um contrato simples. Afinal, conforme indica Paula Forgioni, em relação aos fatores de variação para a complexidade contratual certamente o contrato de EPC aponta para a maximização de todos eles²⁰⁹, a saber: (i) duração da relação: o contrato é de duração continuada, se protraindo no tempo por meses e até mesmo anos até o integral adimplemento das prestações; (ii) iteração da contratação: sabe-se que o *iter* contratual em um contrato de EPC compreende eventos que vão desde a concepção da obra, passando pela aquisição de todos os materiais e equipamentos, até a efetiva execução do empreendimento, realização de testes e entrega em funcionamento, o que corresponde a inúmeras nuances que revelam a complexidade do ajuste; (iii) valores das prestações e contraprestações: os contratos de EPC rotineiramente envolvem cifras milionárias, relacionadas a obras complexas de infraestrutura; (iv) grau de ingerência de uma parte das prestações devidas pela outra: via de regra, nenhuma das partes tem gerência sobre a contraprestação da outra no contrato de EPC, cabendo, contudo, a colaboração para a fiel execução do escopo; (v) magnitude dos prejuízos decorrentes do eventual insucesso da operação: os prejuízos derivados do inadimplemento de um contrato de EPC são vultuosos, por vezes dando origem a lides arbitrais extremamente

²⁰⁵ FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

²⁰⁶ *Ibidem*. p. 41.

²⁰⁷ “Alguns contratos existem por si, independentemente de outras avenças; outros assumem sentido se vistos dentro de um contexto composto por diversos pactos”. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 57.

²⁰⁸ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 247.

²⁰⁹ A complexidade dos contratos pode variar conforme os seguintes fatores, todos interligados: (i) duração da relação; (ii) iteração da contratação; (iii) valores das prestações e contraprestações; (iv) grau de ingerência de uma parte das prestações devidas pela outra; (v) magnitude dos prejuízos decorrentes do eventual insucesso da operação; e (vi) quantidade de pessoas envolvidas na execução do contrato. Vários são os indutores da simplicidade ou da complexidade contratual, tais como ambiente institucional, características da transação, expectativa sobre êxito em eventual renegociação e preenchimento de lacunas (*‘agreeing to agree’*), grau de assimetria informacional entre as partes, dificuldade ou facilidade de monitoramento do comportamento da outra parte, presença de confiança, boa ou má reputação da contraparte, custos que decorreriam de eventual litígio, relação contratual pretérita, etc. Regra geral, quanto mais complexos os contratos, maior o grau de atenção e de recursos que os agentes econômicos estão dispostos a investir em sua concreção e monitoramento”. *Ibidem*. p. 60.

complexas. Ademais, em obras de infraestrutura, o interesse público pode estar atrelado à execução do contrato, cujo inadimplemento pode gerar impactos sociais e ambientais relevantes; e (vi) quantidade de pessoas envolvidas na execução do contrato: em obras complexas, como aquelas para as quais se destinam os contratos de EPC, os envolvidos facilmente extrapolam centenas de pessoas, entre diretores das companhias envolvidas, gestores do contrato, funcionários celetistas, terceirizados e subcontratados, sendo esta a razão pela qual a contratação de seguros para as obras também é fator relevante e está estampada na subcláusula 19 do *Silver Book*²¹⁰.

Ademais, em relação à complexidade do contrato de EPC, é importante resgatar a classificação levada a efeito por Lie Uema do Carmo. Em sua tese, a Autora graduou os índices relevantes do tipo comuns aos contratos de construção de grandes obras²¹¹, colocando-os como fortes (sempre presentes) nos contratos de EPC, à medida que neste modelo de contratação: (i) sempre há a presença de uma obra complexa, (ii) sempre existe uma sociedade de engenharia ou de arquitetura nos polos da relação, (iii) as prestações sempre são complexas e articuladas, e (iv) o contrato ocupa posição central em uma rede de contratos²¹².

Em arremate, cita-se como traço de complexidade o fato de que o *Silver Book* da FIDIC dispensa aproximadamente cem páginas para estabelecer as cláusulas para condições gerais, ou seja, aquelas aplicáveis a todos os contratos celebrados nesta modalidade, o que revela a multiplicidade de prestações envolvidas, que precisam ser suficientemente detalhadas para viabilizar a operação econômica em questão²¹³.

Outro critério para classificação dos contratos empresariais fornecido por Paula Forgioni é em relação à completude do regramento: contratos completos e incompletos. Embora os contratos de EPC pretendem ser completos (*self-contained contracts*)²¹⁴, razão inclusive pela

²¹⁰ “19.1. *General Requirements. Without limiting either Party’s obligations or responsibilities under the Contract, the Contractor shall effect and maintain all insurances for which the Contractor is responsible with insurers and in terms, both of which shall be subject to consent by the Employer. These terms shall be consistent with terms (if any) agreed by both Parties before the date that both Parties signed the Contract Agreement*”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

²¹¹ Lie Uema do Carmo elege como índices relevantes do tipo para sua classificação: “(a) o objeto, qual seja, uma obra de porte, complexa do ponto de vista técnico, tecnológico ou financeiro; (b) a qualidade de uma das partes, especificamente a presença de sociedade de engenharia ou arquitetura como contratada; e (c) a qualidade das prestações, altamente articuladas e complexas. Acresce-se, de seara de reflexões próprias, também como índice do tipo a pertença a (centralidade em) uma rede de contratos”. Fonte: CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 216.

²¹² *Ibidem*. p. 218.

²¹³ Conforme infere-se do *Silver Book*, as cláusulas relacionadas às condições gerais estão presentes da página 1 até a página. 102, desconsiderando o apêndice e anexos. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

²¹⁴ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 322.

qual o *Silver Book* cuida de prever minuciosamente cada uma das etapas da relação contratual, fato é que em razão da racionalidade limitada dos agentes não existem contratos completos, ou seja, capazes de projetar integralmente o regramento necessário para disciplinar a relação comercial de longo prazo estabelecida²¹⁵. Com efeito, e como será adiante delineado, o próprio *Silver Book* cuida de estabelecer *ex ante*, em suas condições gerais, procedimentos contratuais para adaptação do contrato a eventos que tendem a atingi-lo durante a execução das obras, partindo da premissa de que a contratação é, inexoravelmente, incompleta.

Passo seguinte, Paula Forgioni expõe a classificação dos contratos empresariais quanto ao interesse principal da parte no contrato, dividindo-os em contratos de prestação e contratos de relação (relacionais), nos seguintes termos:

São apontadas as seguintes características dos contratos relacionais, em oposição aos contratos de execução imediata:

(i) Tendem a se estender no tempo;

(ii) Em virtude de sua longa duração, neles busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato visa a disciplinar, além das trocas em si, o relacionado a ser fruído ao longo da vida do contrato. É normal que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas;

(iii) Há certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma parte (e do negócio) reverterá em benefício da outra (i.e., de todas elas)²¹⁶.

Na perspectiva adotada neste trabalho, o contrato de EPC é relacional. A uma porque sua execução é continuada ou diferida, sendo o decurso do tempo um elemento essencial. A duas porque embora todas as fases da obra sejam muito bem delineadas, as partes possuem especial interesse em disciplinar questões futuras, ainda que de maneira generalista, tais como direitos e deveres no curso de execução da obra, procedimentos a serem adotados em caso de intercorrências imprevisíveis, pleitos de parte a parte, requisitos para aquisição de materiais, treinamento de pessoal e entrega do empreendimento, procedimento para constatação de eventuais defeitos após a entrega, dentre outros, com o objetivo de manter a relação contratual

²¹⁵ “Contratos são, por natureza, incompletos e maior sua complexidade, mais lacunas far-se-ão sentir”. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 61.

²¹⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 62.

perene e sem surpresas para os envolvidos²¹⁷. A três, porque é evidente que o interesse de ambas as partes converge para o sucesso da obra, existindo um interesse recíproco de entre os contratantes de que o escopo contratual seja preenchido.

Seguindo adiante, os contratos empresariais podem ser classificados como contratos de adesão e contratos negociados, a depender do tipo de negociação que lhes dá origem²¹⁸. Em relação aos contratos de EPC, embora não se negue a possibilidade de existir adesão, o próprio *Silver Book* da FIDIC reforça a necessidade de negociação entre as partes, ao sublinhar que o modelo de contrato não é indicado para os casos em que os agentes econômicos não possuam tempo hábil para negociar detidamente os requisitos das obras e destacar que as condições particulares (*particular conditions*) precisam ser alteradas, em comum acordo, a depender das especificidades do empreendimento²¹⁹. Assim, na esmagadora maioria das vezes, há a necessidade de que o contratante e o *epcista* negociem as condições contratuais, de modo que a imposição de uma minuta contratual, configurando adesão, seria inclusive desinteressante aos envolvidos e avesso à lógica do contrato de EPC, eis que majoraria os riscos do contratante e dos agentes financiadores, podendo significar o insucesso do empreendimento.

Em relação ao grau de poder econômico das partes, os contratos empresariais podem ser paritários ou refletir uma situação de dependência econômica entre as partes. Longe de ser uma classificação estanque, na medida em que “a dependência econômica verifica-se com maior ou menor intensidade e pode inexistir quando os contratos são paritários”²²⁰, o contrato

²¹⁷ Nesse sentido, confira-se mais uma vez as condições gerais (*general conditions*) contidas no *Silver Book*. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

²¹⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 65-66.

²¹⁹ Conforme extrai-se das Notas Preliminares do *Silver Book*: “*These Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects are not suitable for use in the following circumstances: – If there is insufficient time or information for tenderers to scrutinise and check the Employer’s Requirements or for them to carry out their designs, risk assessment studies and estimating; (...) These Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects include conditions, which are likely to apply to the majority of such contracts. Essential items of information which are particular to each individual contract are to be included in the Particular Conditions Part A – Contract Data. In addition it is recognised that many Employers, especially governmental agencies, may require special conditions of contract, or particular procedures, which differ from those included in the General Conditions. These should be included in Part B – Special Provisions. It should be noted, that the General Conditions and the Particular Conditions (Part A – Contract Data and Part B – Special Provisions) are all part of the Conditions of Contract. To assist Employers in preparing tender documents and in drafting Particular Conditions of Contract for specific contracts, this publication includes Notes on the Preparation of Tender Documents and Notes on the Preparation of Special Provisions, which provide important advice to drafters of contract documents, in particular the Employer’s Requirements and Special Provisions. In drafting Special Provisions, if clauses in the General Conditions are to be replaced or supplemented and before incorporating any example wording, Employers are urged to seek legal and engineering advice in an effort to avoid ambiguity and to ensure completeness and consistency with the other provisions of the contract*”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

²²⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 68.

de EPC, enquanto contrato empresarial e não sujeito a regime legal específico, se submete à regra geral do artigo 421-A do Código Civil, segundo o qual “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”.

Embora seja um ajuste paritário, existem situações em que durante a execução do contrato de EPC o grau de dependência entre as partes é gradativamente aumentado, o que não raras vezes observa-se na prática. Afinal, para a execução de empreendimentos de grande porte são necessários vultuosos investimentos, que somente serão ressarcidos ao final da obra, com a entrada em operação e geração de receita. Assim, caso já tenha realizado investimentos muito altos para executar a obra, pode-se chegar a um determinado momento em que o *epecista* se verá refém do contratante, precisando aceitar imposições desvantajosas para manutenção do contrato e da expectativa de lucro ao final (*hold up*)²²¹⁻²²². O mesmo pode ocorrer em relação ao contratante, que pode se ver obrigado, durante a execução do contrato, a ter que aceitar imposições desvantajosas do *epecista*, com o objetivo de alterar as bases contratuais estabelecidas e os riscos alocados para que a obra seja finalizada e possa entrar em operação na data esperada.

Finalmente, em sua classificação dos contratos empresariais, Paula Forgioni remete à ligação contratos celebrados entre terceiros: contratos isolados e contratos em rede. Na perspectiva de rede contratual sugerida pela Autora, “a concepção de rede está associada a um conjunto de contratos unidos por um escopo comum; o todo é divisível, visto ser possível destacar uma avença da outra, com execuções independentes”²²³. No caso do contrato de EPC, assim como ocorreu com a hipótese de coligação²²⁴, a possibilidade de uma rede contratual nos termos propostos está descartada, pois trata-se de um contrato isolado, que no máximo poderá

²²¹ “Por conta disso, para verificar a situação de dependência econômica, é importante analisar a eventual existência de alternativas viáveis ou solução equivalente para a parte. A opção, para ser considerada possível, não pode envolver prejuízos econômicos relevantes”. *Ibidem*. p. 70.

²²² “Na sua forma mais elementar, o *holdup* é a tomada de um refém, e esse refém é a contraparte no contrato: - a contraparte pode estar refém do mero defasamento temporal das prestações na relação contratual: já cumpriu uma parte das suas obrigações contando que o seu parceiro contratual fizesse o mesmo subsequentemente, e descobre agora que este último não cumprirá a sua parte, ou ameaça só cumprir contra uma compensação adicional (nomeadamente uma revisão dos termos contratuais) (...) - a contraparte pode estar refém dos investimentos de confiança que se viu na necessidade de fazer, investimentos que são específicos da relação e por isso não podem ser recuperados através de *covering*, através de um regresso ao mercado (...), e descobre agora que o seu parceiro contratual não cumprirá a sua parte, ou ameaça não cumprir o suficiente para recobrir sequer os referidos investimentos de confiança, exigindo uma compensação adicional para retirar a ameaça”. Fonte: ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 632-633.

²²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 70.

²²⁴ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 247.

ser orbitado por contratos satélite, celebrados entre o *epecista* e terceiros. Aliás, conforme percurso histórico detalhado no subcapítulo 2.1.2, a celebração do contrato de EPC busca, justamente, evitar a celebração de dois ou mais contratos direcionados ao escopo pretendido, a fim de impedir a ocorrência de disputas complexas envolvendo discussões sobre responsabilidades dos contratados, razão pela qual gera-se o *single point of responsibility* sobre o *epecista*.

Portanto, este trabalho parte da premissa de que o contrato de EPC é um contrato empresarial, de colaboração ou híbrido, legalmente atípico e socialmente típico, que pode ser classificado como um contrato-quadro (*umbrella agreement*) orbitado por contratos satélite, sendo também um contrato independente, complexo, incompleto, relacional, de origem negociada, paritário e isolado.

2.3.4 A natureza empresarial do contrato de EPC: síntese

Não existem dúvidas de que o contrato de EPC é um contrato empresarial, seja em razão do escopo de lucro que pauta o interesse do contratante (dono da obra), dos agentes financiadores envolvidos e do *epecista* contratado, ou mesmo da qualificação destes agentes, que sempre consistem em *players* sofisticados do mercado, tais como sociedades de engenharia ou de arquitetura e instituições financeiras.

Como traço elementar desse ajuste nitidamente empresarial, tem-se a alocação de riscos intencionalmente agravada sobre o *epecista* contratado, condição absolutamente válida a partir da autonomia privada das partes, e consagrada no *Silver Book* da FIDIC, cuja premissa elementar é justamente uma alocação adequada dos riscos²²⁵ sobre a parte que possui maior condições de suportá-lo adequadamente²²⁶. O risco agravado, aliás, é fator de extrema importância para estabelecimento do preço global e dos prazos de entrega, sendo a razão pela qual o contrato de EPC é naturalmente mais caro do que uma contratação no modelo convencional.

²²⁵ “This Second Edition of the FIDIC Silver Book maintains the principles of risk sharing established in the 1999 edition, while seeking to build on the substantial experience gained from its use over the past 18 years. For example, this edition provides: 1) greater detail and clarity on the requirements for notices and other communications; 2) provisions to address Employers’ and Contractors’ claims treated equally and separated from disputes; 3) mechanisms for dispute avoidance and 4) detailed provisions for quality management, and verification of Contractor’s contractual compliance”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

²²⁶ “Os contratos FIDIC são elaborados e estruturados de modo a proporcionar uma equilibrada alocação de riscos entre as partes contratantes, um mecanismo eficiente de controle e administração contratual, a plena comunicação entre as partes e um sofisticado procedimento de pleitos e outras reivindicações”. Fonte: NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 131-152, out./dez. 2020. p. 145.

Nesse contexto, apesar de existir assimetria natural deste tipo de contratação, que decorre de um elemento subjetivo dos contratantes, à medida que o *epecista* é, presumidamente, um *expert* em engenharia de ponta, que deverá conceber o projeto, viabilizar sua execução e entregá-lo em perfeita operação ao dono da obra, para que este possa apenas virar a chave e auferir receita com o empreendimento, por ocasião da natureza empresarial da avença, o contrato de EPC é paritário e, consequentemente, mais rígido à intervenção.

Finalmente, as externalidades geradas pelo contrato de EPC, a depender do vulto do empreendimento, podem variar desde um edifício até uma usina hidrelétrica para abastecimento de determinada região, possuem especial relevância. Afinal, sejam as externalidades positivas ou negativas, a intensidade destas externalidades, em razão da envergadura da contratação, será muito maior – tomando por exemplo a construção da usina hidrelétrica: ao mesmo tempo que o sucesso do contrato pode representar o desenvolvimento econômico-social de uma região, seu insucesso pode representar uma tragédia socioambiental sem precedentes. Portanto, pode-se dizer que existe não apenas um interesse mútuo dos contratantes em colaborar para que a contratação atinja sua finalidade, respeitando as premissas estabelecidas pelas partes, mas também um interesse social²²⁷, que está relacionado à geração de externalidades positivas, ao cumprimento dos objetivos do contrato de EPC e à sua consolidação como instrumento de circulação de riquezas, transferência de novas tecnologias, geração de empregos e promoção do desenvolvimento econômico e social.

²²⁷ Ao comentar o artigo 421, *caput*, do Código Civil, que estabelece que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, Paula Forgioni explica que “a autonomia privada existe nos espaços deixados pelas regras cogentes, incluindo aquela imposta pelo *caput* do art. 421, que proíbe a celebração de acordos que aviltem ‘a função social dos contratos’”. Se a empresa gera riquezas, aumentando o grau de bem-estar, o contrato empresarial também cumpre essa função, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país”. ²²⁷ Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 281.

3 A RACIONALIDADE ECONÔMICA DO CONTRATO DE EPC

Conforme ensina Enzo Roppo, o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo se o intérprete ou aplicador do Direito limitar-se a analisá-lo sob perspectiva exclusivamente jurídica. Há a necessidade de entender o contrato como operação econômica e mecanismo apto a viabilizar a circulação de riquezas, à medida que “onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”²²⁸. Nesse sentido, Fernando Araújo expõe que “na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades”, que permite a “circulação de bens e serviços em direção àqueles que revelem maior necessidade e capacidade de obtê-los”²²⁹.

O contrato, portanto, é a roupagem jurídica conferida pelas partes à operação econômica que pretendem realizar. No exercício da autonomia privada, os agentes econômicos formatam modelos contratuais capazes de satisfazer seus interesses. E, no caso da execução de grandes obras, o contrato de EPC é reiteradamente utilizado no setor da construção civil, tomando como base o modelo *standard* do *Silver Book*, elaborado e atualizado pela FIDIC.

Nesse contexto, surge importante questionamento para que se compreenda essa operação econômica: qual é a razão pela qual os agentes optam pela celebração do contrato de EPC para viabilizar a execução de grandes obras? O questionamento é relevante, porque ao se ver obrigado a executar determinada obra, diversas possibilidades se abrem ao interessado, que pode desde angariar recursos para construir, por si próprio, o empreendimento, até buscar soluções dispersas no mercado de modo a celebrar inúmeros contratos autônomos, conforme modelo de contratação tradicional (*Design-Bid-Build*)²³⁰.

A análise econômica, como “método de investigação (...) cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas”²³¹ é útil para responder ao questionamento formulado acima. Com efeito, neste capítulo propõe-se descortinar qual é a racionalidade econômica dos agentes ao celebrar um contrato de EPC para, na sequência, delinear as consequências jurídicas daí advindas.

²²⁸ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11-13.

²²⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 18.

²³⁰ Sobre o tema, conferir o Capítulo 2.1.3 deste trabalho.

²³¹ GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 19.

3.1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL E A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Sob a ótica da análise econômica, entende-se que os agentes optam por celebrar um contrato de EPC, em detrimento das diversas alternativas possíveis, porque entendem que aquela formatação contratual é a mais eficiente e reduzirá os custos de transação envolvidos na execução de uma obra de grande porte. Nesse sentido, este trabalho entende que a Economia dos Custos de Transação (ECT) preconizada por Ronald Coase²³² e operacionalizada por Oliver Williamson²³³, economistas alocados pela doutrina na escola de pensamento da Nova Economia Institucional (NEI)²³⁴, é capaz de ditar as nuances e implicações decorrentes desta decisão dos agentes que, como visto, possui repercussão jurídica. Isso é o que passa a ser detalhado a seguir.

3.1.1 Nova Economia Institucional

A Economia dos Custos de Transação (ECT), abordagem elegida para análise do contrato de EPC, está alocada na escola de pensamento denominada de Nova Economia Institucional (NEI). Dessa forma, faz-se relevante, em um primeiro momento, compreender as origens desta escola de pensamento econômico e quais são as premissas por ela adotadas.

²³² Ronald Coase desenvolve o conceito de custos de transação em seu artigo *The Problem Of Social Cost*, de 1960. (COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960). Conforme ensinam Mackaay e Rousseau, foi embasado neste artigo de Coase que George Stigler enunciou, posteriormente, o que denominou de Teorema de Coase. Fonte: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 201-203. Sobre o Teorema de Coase, Zylbersztajn e Sztajn explicam que “em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos”. (ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1-2).

²³³ Sobre a Economia dos Custos de Transação (ECT), ensinam Zylbersztajn e Sztajn que “Se Coase apontou para o tema, não chegou a operacionalizá-lo, o que foi feito por Oliver Williamson”. (ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 7). Em relação à operacionalização da ECT, aduz Klein que “A ECT tem como principal referência a trilogia de livros de Williamson (1975, 1985 e 1996) iniciada com a obra *Markets and Hierarchies* de 1975, desenvolvida de forma mais aprofundada no livro *Economics Institutions of Capitalism*, de 1985, e condensada em *Mechanism of Governance*, de 1996”. KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 141.

²³⁴ “A origem da NEI remonta ao artigo seminal de Ronald Coase, *The Nature of the Firm* de 1937, mas o uso do termo, de modo a designar uma proposta autônoma de teoria econômica, é atribuído à Oliver R. Williamson no seu livro *Markets and Hierarchies* de 1975. Além de Coase e Williamson, pode-se apontar Douglass North como autores centrais da NEI. Outros autores também responsáveis por contribuições essenciais são Armen Alchian, Harold Demsetz, Steven N. S. Cheung, Avner Grief e Bengt Holmstrom”. Fonte: KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 129-130.

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Eduardo Agostinho ensinam que a Economia Institucional surge como contraponto ao paradigma da economia neoclássica adotado pela Escola de Chicago, que parte da concepção de que as escolhas dos agentes “são pautadas pela racionalidade, a qual é pautada pelo autointeresse e pela maximização da utilidade”²³⁵. Por considerar os fundamentos adotados pelo pensamento neoclássico excessivamente abstratos e afastados da realidade, os institucionalistas introduzem a premissa de que as escolhas dos agentes também são orientadas pelas instituições vigentes, sejam elas formais, tais como as leis e regulamentos, ou informais, como normas de convívio social e crenças²³⁶.

Para os institucionalistas, “a principal falha no pensamento neoclássico está no ‘individualismo metodológico’, que consiste em tratar indivíduos como independentes, auto-subsistentes, com suas preferências dadas, enquanto, na realidade, os indivíduos são cultural e mutuamente interdependentes”²³⁷. A esse propósito, cabe fazer menção à obra *Legal Foundations of Capitalism*, publicada por John R. Commons em 1924²³⁸, em que o economista evidencia como fundamentos do pensamento institucionalista “a concepção de que o comportamento humano é influenciado pelas instituições; a percepção da interação mútua entre as instituições e os atores econômicos como um processo evolutivo; a necessidade de interdisciplinariedade da Economia com outras Ciências Sociais”²³⁹.

À disseminação do pensamento institucionalista²⁴⁰ os neoclássicos não ficaram inertes, passando a criticar a metodologia desta escola de pensamento sob o pretexto de ser

²³⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 127.

²³⁶ “As its name implies, institutional economics places at the center of analysis the study of the institutions of the economic system. Institutions are variously and broadly defined within institutional economics. John R. Commons (1934) defined an institution as ‘collective action in control of individual action’ and as ‘collective action in restraint, liberation, and expansion of individual action’, thereby emphasizing the social bases of the individual which orthodox economists took given and self-subsistent. Thorstein Veblen (1899) defined institutions as ‘widely followed habits of thought and the practices which prevail in any given period’, thereby emphasizing their problematic and belief-oriented nature. Herbert J. Davenport essentially combined the two definitions in his description of an institution as ‘a working consensus of human thought or habits – a generally-established attitude of mind and a generally-adopted custom of action as for example, private property, inheritance, government, taxation, competition, and credit’”. Fonte: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law**. Chinchester: Princeton University Press, 1999. p. 102.

²³⁷ CONCEIÇÃO, Octávio Augusto C. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? p. 25.43. **Revista Análise Econômica**. ano 19, n. 36. p. 25-45, 2001. p. 32.

²³⁸ COMMONS, John Rogers. **Legal Foundations of Capitalism**. New York: The Macmillan Company, 1924.

²³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 129.

²⁴⁰ Além de John R. Commons, Mercuro e Medema apontam como autores relevantes para a escola institucionalista Henry Carter Adams, Richard T. Ely, Wesley C. Mitchell, Thorstein Veblen, Robert Lee Hale, Walton H. Hamilton, Karl Llewellyn, Jerome Frank e Roscoe Pound. Fonte: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law**. Chinchester: Princeton University Press, 1999. p. 100.

“demasiadamente descritiva e indutiva” além de apontar para a “ausência de preocupação com um quadro teórico mais preciso”²⁴¹. De fato, como ensina Octavio Conceição, os chamados “velhos institucionalistas” desenvolveram uma “linha analítica mais descritiva, deixando para um segundo plano questões teóricas não resolvidas”²⁴². Neste ponto é que surge a Nova Economia Institucional (NEI). E isso porque alguns economistas, embora afetos ao pensamento institucionalista, passaram a concordar com a crítica relacionada ao fato de sua metodologia ser excessivamente descritiva e indutiva. A NEI, portanto, surge com o objetivo de desenvolver “um raciocínio pautado pelo método dedutivo, envolto em uma composição teórica mais precisa”²⁴³ sobre as bases do institucionalismo.

A partir de então, as premissas adotadas pela NEI passam a ser as seguintes: “(i) as instituições são importantes para a análise econômica; (ii) a determinação dessas instituições pode ser compreendida e explicada por meio do instrumental da teoria econômica; (iii) as instituições afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva”²⁴⁴. Ademais, importa sublinhar que a NEI não nega os pressupostos da economia neoclássica, mas os relativiza considerando a influência das instituições nas escolhas dos indivíduos²⁴⁵.

Como autores centrais da Nova Economia Institucional, a doutrina aponta de forma recorrente os ganhadores do Prêmio Nobel de economia Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North²⁴⁶, apesar de igualmente reconhecer a dificuldade de “construção de um critério demarcatório preciso” para definir esta escola de pensamento, em razão da heterogeneidade das propostas que a compõe²⁴⁷.

Nada obstante a heterogeneidade relatada, Nicholas Mercurio e Steven Medema indicam que dois blocos fundamentais de análise da Nova Economia Institucional podem ser

²⁴¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 129.

²⁴² CONCEIÇÃO, Octávio Augusto C. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? p. 25-43. **Revista Análise Econômica**. ano 19, n. 36. p. 25-45, 2001. p. 28.

²⁴³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 130.

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ RICHTER, Rudolf. The New Institutional Economics – Its Start, Its Meaning, Its Prospects. **The European Business Organization Law Review** (EBOR). v. 6, n. 2, p. 161-200, 2005.

²⁴⁶ Além destes, a doutrina também aponta como nomes relevantes para a Nova Economia institucional Armen Alchian, Harold Demsetz, Steven N. S. Cheung, Avner Grief e Bengt Holmstrom. Fonte: KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 130.

²⁴⁷ “Apesar da origem comum, a NEI é formada por um conjunto de propostas bastante heterogêneas. Esta diversidade revela-se inclusive na discussão sobre quais seriam os seus pontos centrais, como bem observa Hodgson (1998). Assim, a definição do *hard-core* da NEI é objeto de disputa na literatura. (...) Esse cenário de heterogeneidade da NEI torna difícil a construção de um critério demarcatório preciso, que possa englobar todos os autores usualmente considerados ou autointitulados integrantes da NEI, como bem observa Dequech (2002)”. Fonte: *Idem*.

identificados. Segundo os autores, o primeiro deles assume que os indivíduos são racionais e perseguem seus interesses, mas neste percurso estão sujeitos a restrições. Estas restrições são muito mais numerosas e impactantes do que aquelas cogitadas pelos neoclássicos e compreendem os direitos de propriedade e os custos de transação, bem como a racionalidade limitada dos agentes, que impossibilita a tomada de decisões perfeitas. Como segundo bloco de análise da NEI, os autores salientam a busca por estruturas institucionais capazes de melhorar a capacidade de produção de riquezas de determinada sociedade²⁴⁸.

Em adição a estes dois blocos fundamentais, Giovani Ribeiro Rodrigues Alves ainda aponta como premissas convergentes entre os pensadores na Nova Economia Institucional, e que são relevantes para a análise pretendida neste trabalho, “a inserção dos custos de transação nas análises econômicas; a necessária incursão interdisciplinar para a compreensão das condutas dos agentes econômicos e a aceitação de que as instituições são importantes para a economia”²⁴⁹. De mais a mais, Paula Forgioni sustenta que os neoinstitucionalistas também assumem como premissa em comum que “a empresa (que chamam de ‘firma’) não se resume a um mero ente transformar de produtos, mas em uma forma de organização” e pontua que a Nova Economia Institucional “dá importância a institutos que são pouco estudados pela economia clássica, tais como instituições, contratos, formas de governança (ou seja, de organização econômica), direitos de propriedade e custos de transação”²⁵⁰.

De fato, a Nova Economia Institucional tem origem com o artigo *The Nature of the Firm*, publicado em 1937 por Ronald Coase²⁵¹, em que o economista introduz a ideia de custos de transação como fundamento para compreender por que os agentes optam em constituir firmas (empresas), internalizando a produção, ao invés de buscar suas necessidades no mercado²⁵². Após introduzir o conceito dos custos de transação, Coase o desenvolve em 1960, no artigo denominado *The Problem of Social Cost*²⁵³, seu mais célebre trabalho. As teorizações de Coase nesta produção deram origem ao chamado Teorema de Coase, posteriormente

²⁴⁸ MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law**. Chinchester: Princeton University Press, 1999. p. 130.

²⁴⁹ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Compra e Venda de Empresas: ferramentas para prever, estimular e julgar comportamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 24.

²⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 18-19.

²⁵¹ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 130.

²⁵² “A resposta à indagação conduziu Coase à percepção de que a opção do empresário (entre produzir o que necessita para o negócio ou busca no mercado) atrela-se ao fato custo. É o que Coase chama pioneiramente de custos de transação”. Fonte: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria. **Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019. p. 360.

²⁵³ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

enunciado por George Stigler²⁵⁴, segundo o qual em um ambiente de custos de transação zero – o que não se observa na realidade – os indivíduos chegariam a soluções eficientes para problemas de externalidades mediante barganha direta, ou seja, sem a necessidade de intervenção estatal²⁵⁵.

Embora pioneiro, Coase não operacionalizou o conceito de custos de transação, o que acabou sendo feito por Oliver Williamson²⁵⁶, em sua trilogia de livros: *Markets and Hierarchies*, de 1975, *Economics Institutions of Capitalism*, de 1985 e *Mechanism of Governance*, de 1996²⁵⁷. Para operacionalizar o conceito de custos de transação, e dar origem ao que hoje denomina-se de Economia dos Custos de Transação, Williamson adotou como hipóteses comportamentais para sua análise a racionalidade limitada e o oportunismo dos agentes. Além disso, estabeleceu a transação como unidade básica de análise, de modo a identificar nela três dimensões essenciais: “especificidade de ativos (*asset specificity*), incerteza (*uncertainty*) e frequência (*frequency*)”²⁵⁸. Estes elementos da transação seriam capazes de explicar a razão pela qual o agente econômico escolhe determinada forma de organização (mercado, firma ou contrato) para celebrar uma determinada transação²⁵⁹.

Douglass North, por sua vez, centrou sua análise na história econômica, com o objetivo de investigar o papel das instituições no desenvolvimento social. Em relação às suas teorizações, cabe especial menção ao ensaio *Economic Perfomance Through Time*, em que o Autor sobreleva a importância das instituições – sejam elas formais, como leis ou regulamentos, ou informais, como crenças e costumes – como estruturas de incentivos e desincentivos em uma sociedade que, em um contexto de custos de transação positivos, interferem nas escolhas dos indivíduos e, por consequência, no desenvolvimento econômico²⁶⁰. Para North, as instituições atuam de modo a restringir as escolhas dos indivíduos, que tendem a adotar um ou outro comportamento, a depender das instituições vigentes.

²⁵⁴ Conforme ensinam Mackaay e Rousseau, foi embasado neste artigo de Coase que George Stigler enunciou, posteriormente, o que denominou de Teorema de Coase. Fonte: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 201-203.

²⁵⁵ YEUNG, Luciana; CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. Pituba, Salvador: Editora Juspodivm, 2024. p. 192.

²⁵⁶ ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 7.

²⁵⁷ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 141.

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 143-145.

²⁵⁹ WILLIAMSON, Oliver Eaton. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. (Org.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 35.

²⁶⁰ NORTH, Douglass. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

Conforme ensinam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Eduardo Agostinho, a Nova Economia Institucional é desenvolvida em dois níveis, sendo o primeiro deles o Ambiente Institucional e o segundo os Arranjos Institucionais. Enquanto o primeiro volta-se à compreensão dos ambientes formal e informal, “nos quais se desenvolvem as relações econômicas em geral”, em que se destaca a produção de Douglass North, o segundo nível “concentra-se na análise da escolha de estruturas de governança realizada pelos atores econômicos”, possuindo destaque as teorizações de Ronald Coase e Oliver Williamson²⁶¹.

3.1.2 A Economia dos Custos de Transação

Ronald Coase desenvolveu o conceito de custos de transação em seu artigo *The Problem of Social Cost*, de 1960. O conceito de custos de transação está vinculado ao fato incontroverso de que para celebrar transações no mundo real, os agentes se deparam com diversos custos inerentes, tais como o de identificar com quem pretendem contratar, estabelecer contato com esta pessoa, negociar os termos do contrato, estabelecer salvaguardas contratuais para garantir o seu fiel cumprimento e fiscalizar sua execução:

Para celebrar uma transação no mercado é necessário descobrir com quem se deseja negociar, informar às pessoas com quem se deseja negociar e em que termos, conduzir as negociações, o que implica barganhar, redigir o contrato, fiscalizar a execução do contrato, e assim por diante. Essas operações são, em sua maioria, extremamente custosas, a ponto de impedir a ocorrência de várias transações que ocorreriam em um mundo no qual o sistema de preços funcionasse sem custo algum²⁶².

Partindo do conceito introduzido por Ronald Coase, Kenneth Arrow afirmou que os custos de transação corresponderiam aos “custos de funcionamento do sistema econômico”²⁶³. Oliver Williamson agrega ao conceito afirmando que “custos de transação são os equivalentes econômicos ao atrito dos sistemas físicos”²⁶⁴.

²⁶¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 131.

²⁶² Tradução livre de “In order to carry out a market transaction it is necessary to Discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost”. Fonte: COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960. p. 15.

²⁶³ ARROW, Kenneth Joseph. The organization of economic activity: Issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation. In: **The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System**. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1969. p. 16.

²⁶⁴ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 16.

Em relação aos custos de transação, Ronald Coase também sublinhou que eles são diretamente impactados pela delimitação dos direitos dos agentes envolvidos nas transações, o que é feito pelas leis e, também, pelo rearranjo destes direitos por meio de decisões judiciais. Com efeito, há a possibilidade de que a delimitação de direitos ou seu rearranjo pelo Poder Judiciário sejam capazes de maximizar determinadas atividades econômicas, de modo a diminuir os custos de transação, ao mesmo tempo que podem inviabilizar outras, caso os aumentem excessivamente, de modo a influenciar na forma como os agentes econômicos atuam no mercado²⁶⁵.

É também dentro da ideia da existência de custos de transação no mundo real que, segundo Coase, os agentes optam por internalizar determinada atividade, constituindo uma firma (empresa) ao invés de celebrar transações no mercado. Como indica o economista, com a internalização da atividade pela firma, a barganha com terceiros é eliminada e substituída por uma decisão administrativa interna à estrutura hierarquizada²⁶⁶. Para Coase, portanto, a decisão do agente de constituir uma empresa ou contratar no mercado é uma decisão orientada pela redução dos custos de transação envolvidos²⁶⁷.

Para além do desenvolvimento do conceito de custos de transação, as ideias enunciadas por Ronald Coase em seu artigo *The Problem of Social Cost* (1960) deram origem ao que George Stigler denominou de Teorema de Coase, enunciado da seguinte maneira: “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importando a configuração legal inicial acerca da propriedade desse bem”²⁶⁸.

²⁶⁵ “Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will Only be undertaken When the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about. When it is less, the granting of an injunction (or the knowledge that it would be granted) or the liability to pay damages may result in an activity being discontinued (or may prevent its being started) which would be undertaken if market transactions were costless. (...). One arrangement of rights may bring about a greater value of production than any other. But unless this is the arrangement of rights established by the legal system, the costs of reaching the same result by altering and combining rights through the market may be so great that this optimal arrangement of rights, and the greater value of production which it would bring, may never be achieved”. Fonte: COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960. p. 15-16.

²⁶⁶ *Ibidem*. p. 16.

²⁶⁷ Ana Frazão e Angelo Prata de Carvalho advertem, a partir das teorizações de Richardson, que “os dois polos da equação de Coase não são propriamente opostos, mas pontos extremos de um movimento contínuo que vai do mercado puro (*pure market*) à empresa pura (*pure firm*), havendo vários estados intermediários entre os dois: empresas como mercados (*firm-like markets*) ou mercados como empresas (*market-like firms*). Fonte: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de. *Os contratos empresariais de cooperação e os mecanismos de governança*. In: BAGNOLI, Vicente. *et al. Direito, Empresas e Empreendedorismo*. São Paulo: Eseni Editora, 2020. p. 64.

²⁶⁸ STIGLER, George J. *The Theory of Price*. 3. ed. New York: Mac-millan, 1966. p. 113 *apud* KLEIN, Vinicius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 134.

Conforme ensina Oksandro Gonçalves, o Teorema de Coase parte do pressuposto de que caso os custos de transação não existissem o Direito seria desnecessário, pois mediante barganha os agentes econômicos atingiriam a solução mais eficiente possível, a despeito de qualquer intervenção. Nada obstante, como no mundo real os custos de transação são positivos o Direito adquire especial relevância, à medida que:

(...) o Direito pode ser, ele próprio, a fonte para solucionar problemas de custos de transação elevados. Assim, uma norma será tanto melhor quanto menores forem os custos de transação por ela causados. (...) Assim, uma boa norma é aquela que viabiliza a realização das trocas com a menor imposição de custos de transação, como um ‘lubrificante’ da negociação²⁶⁹.

Ainda, em relação ao papel do Direito no Teorema de Coase, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau esclarecem que diante de determinados problemas decorrentes das externalidades²⁷⁰ causadas pela atividade econômica, recorrentemente observados na realidade²⁷¹, a delimitação clara dos direitos possui a função de determinar quem é o agente responsável por tomar a iniciativa para implantar a solução do problema ou absorver os custos necessários para a sua solução²⁷². O Teorema de Coase, portanto, auxilia a refletir sobre o papel do Direito para o funcionamento do sistema econômico.

Destarte, é a partir das teorizações de Coase sobre os custos de transação que Oliver Williamson operacionaliza este conceito, aplicando-o para compreender as formas de organização adotadas pelos agentes econômicos para atuar no mercado²⁷³. Nesse sentido, Williamson utiliza da Economia dos Custos de Transação para analisar as “instituições econômicas do capitalismo, nas quais estão compreendidas as firmas, os mercados e as relações

²⁶⁹ GONÇALVES, Oksandro. **Análise econômica do Direito**. 1. ed. Curitiba: IESDE, 2020. p. 24-25.

²⁷⁰ Sobre as externalidades ocasionadas pelos contratos empresariais, que é o foco de análise deste trabalho, confira-se o Capítulo 1.3.2.

²⁷¹ Em seu artigo, Ronald Coase utiliza o exemplo do médico que utilizava equipamentos que produziam ruídos altos o suficiente para atrapalhar o trabalho de um confeitiro, que atuava próximo ao consultório: “*The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm. I instanced in my previous article² the case of a confectioner the noise and vibrations from whose machinery disturbed a doctor in his work. To avoid harming the doctor would inflict harm on the confectioner. The problem posed by this case was essentially whether it was worth while, as a result of restricting the methods of production which could be used by the confectioner, to secure more doctoring at the cost of a reduced supply of confectionery products*”. Fonte: COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960. p. 2.

²⁷² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 205.

²⁷³ “A ECT atua num nível específico da realidade social, aquele em que se tem os mecanismos de governança. Esta divisão permite que os demais níveis sejam tomados como fixos para fins de análise, isolando-se a ECT das discussões mais amplas acerca do ambiente institucional e da mais específica referente as decisões individuais”. Fonte: KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 142.

contratuais”²⁷⁴. Para Williamson, os custos de transação são o elemento central para explicar a razão pela qual os agentes econômicos elegem determinada forma de organização para viabilizar o desenvolvimento de sua atividade econômica, adotando a premissa de que para escolher os agentes tendem a visualizar a “troca em mercados discretos, em um extremo” e “organizações hierárquicas centralizadas no outro extremo, com uma miríade de modos mistos ou intermediários preenchendo o intervalo entre eles”²⁷⁵.

Em outros termos, na perspectiva de Williamson, o agente econômico possui três possibilidades centrais para escolher de que forma irá se organizar no mercado para celebrar determinada transação: (i) a primeira delas, ocupando um dos extremos, é realizar a transação no mercado, submetendo-se ao mecanismo de preços; (ii) a segunda opção, que ocupa o outro extremo, é internalizar a atividade mediante a constituição de uma firma (empresa), de modo a substituir a transação no mercado por uma decisão administrativa dentro de uma estrutura hierárquica; (iii) a terceira opção compreendida entre os mercados e a firma, é a celebração de contratos pelos agentes, denominados de formas híbridas de organização.

Para Williamson, o fundamento central para que o agente econômico escolha o mercado, a firma ou os contratos para celebrar determinada transação é a redução dos custos de transação. E isso porque “custos de transação são economizados em se alocando transações (que diferem em seus atributos) a estruturas de governança (as capacidades adaptativas e os custos associados a elas diferem) de uma forma discriminatória”²⁷⁶.

Com efeito, para os fins pretendidos neste trabalho, é necessário aprofundar nas teorizações de Williamson com o objetivo de compreender qual é a racionalidade econômica que orienta os agentes a celebrarem o contrato de EPC para execução de uma grande obra.

3.1.3 Os contratos na Economia dos Custos de Transação

Para compreender a racionalidade econômica subjacente à celebração do contrato de EPC, pretende-se posicioná-lo com base na Economia dos Custos de Transação de Oliver Williamson. Nesse sentido, é importante inicialmente fazer uma ressalva terminológica em relação ao conceito de contrato para os economistas.

Conforme ensina Vinicius Klein, a literatura econômica utiliza o termo contrato “desvinculada de seu significado jurídico, definindo-o usualmente a partir das funções que ele desempenha no modelo em discussão, mas geralmente no contexto de uma transação econômica

²⁷⁴ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 12.

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 15.

no ambiente de mercado”. Assim, conclui o Autor que as definições econômicas de contrato correspondem a um conceito mais amplo do que o jurídico²⁷⁷, que se limita a entender o contrato como “uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes”, podendo ser resumido a um “negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”²⁷⁸. Com efeito, é importante fixar que em suas teorizações Williamson adota para o termo contrato uma amplitude que extravasa o seu conceito jurídico.

O conceito de transação é, igualmente, particular nas teorizações de Williamson. Conforme indica Vinicius Klein, Williamson presume que “uma transação ocorre quando um bem ou um serviço é transferido através de uma interface tecnológica distinguível” e, para o economista, “as transações são mediadas pelas estruturas de governança”²⁷⁹.

Isso estabelecido, em suas teorizações, Williamson desenvolve a proposição de que as instituições econômicas do capitalismo – o mercado, a firma (empresa) e as formas híbridas (contratos) – possuem o propósito principal de economizar custos de transação. Nesse contexto, Williamson toma a transação como unidade básica de análise e propõe que “custos de transação são economizados em se alocando transações (que diferem em seus atributos) a estruturas de governança (as capacidades adaptativas e os custos associados a elas diferem) de uma forma discriminatória”²⁸⁰.

Portanto, o Autor coloca o problema da organização econômica como um problema de contratação. Para investigar as nuances das contratações celebradas, Williamson parte do pressuposto de que os agentes possuem racionalidade limitada²⁸¹ e agem com oportunismo²⁸².

Em razão da racionalidade limitada dos agentes, os contratos são necessariamente incompletos, na medida em que é impossível prever todas as contingências que podem atingi-lo e o comportamento oportunista da outra parte com quem se está contratando, o que também é uma premissa inafastável. Assim adquire importância a dimensão da incerteza contratual, que

²⁷⁷ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 23-24.

²⁷⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022 p. 36.

²⁷⁹ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 142.

²⁸⁰ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 15.

²⁸¹ Williamson parte do conceito de racionalidade limitada lançado por Herbert Simon: “A racionalidade limitada é o pressuposto cognitivo sobre a qual reside a economia dos custos de transação. Esta é uma forma semiforte de racionalidade na qual os atores econômicos são pressupostos como 'intencionalmente racional, mas apenas limitadamente assim' (Simon, 1961, p. xxiv)”. Fonte: *Ibidem*. p. 41.

²⁸² “Por oportunismo eu quero dizer busca do autointeresse com avidez. Isto inclui, mas é difi cilmente limitado a, formas mais fl agrantes, como mentir, roubar e trapacear. O oportunismo mais frequentemente envolve formas sutis de fraude. Ambos, as formas ativa e passiva, e tanto tipos ex ante quanto ex post, são incluídos”. Fonte: *Ibidem*. p. 43.

torna importante a previsão de salvaguardas e mecanismos de adaptação no momento de celebração do contrato²⁸³.

Nesta dinâmica, os custos da contratação podem ser divididos em custos *ex ante* e custos *ex post*, os quais são “interdependentes e devem ser tratados simultaneamente ao invés de sequencialmente”. Os custos *ex ante* são “os custos de redigir, negociar e salvaguardar um acordo”. Já os custos *ex post* assumem diversas formas, nas quais estão compreendidos (i) “os custos de má adaptação incorridos quando as transações saem do alinhamento”, (ii) “os custos de barganha incorridos quando se fazem esforços bilaterais para corrigir desalinhamentos *ex post*”, (iii) “os custos de instalação e funcionamento associados às estruturas de governança para que se recorra aos litígios” e (iv) “os custos de criação de vínculos para efetuar compromissos seguros”²⁸⁴.

Conforme explica Fernando Araújo, na elaboração dos contratos existem três causas principais para a existência de custos de transação, sendo elas (i) custos de redação das cláusulas, também compreendidos como custos de complexidade do contrato; (ii) custos de disciplina contratual; e (iii) custos relativos a contingências imprevistas²⁸⁵. Especificamente em relação aos custos *ex ante*, delinea o Autor que “a elaboração e a execução de um contrato tende a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir”²⁸⁶.

Ao tratar da Economia dos Custos de Transação na obra Williamson, Vinicius Klein explica que “o homem contratual da ECT vive num contexto de contratos incompletos, em função da racionalidade limitada, uma vez que não consegue *ex ante* planejar soluções eficientes para todos os riscos presentes na contratação”. Com efeito, a construção de estruturas de governança seria a chave para “solucionar conflitos *ex post*”²⁸⁷.

Em sentido convergente, Robert Scott e George Triantis sobrelevam que ao negociar um contrato, os agentes econômicos tendem a incorrer em “*front-end transactions costs*”, os

²⁸³ Conforme sintetiza Fernando Araújo: “(...) a Teoria dos Custos de Transação visa examinar os constrangimentos que para as partes advêm da circunstância de elas, munidas de racionalidade limitada e dotadas de informação incompleta e assimetricamente repartida, deverem adicionalmente lidar com um apoio institucional lacunar e frágil, limitada também ele por factores cognitivos e racionais que o impedem de vir em socorro de uma parte contextualmente fragilizada para lá de um limite – do limite daquilo que se aceite como justo. (...). Com esse intuito, a Teoria dos Custos de Transação sustenta que o contrato é susceptível de, com algumas ajudas e emendas, se transformar num veículo de colaboração estável entre as partes, um ordenamento privado, um misto de: - rigidez que sustenta a confiança e habilita as partes a procederem a investimentos de confiança e a tornarem-se reféns da relação; - de flexibilidade que deixa às partes amplitude para moldarem as reacções às circunstâncias supervenientes, eventualmente renegociando”. Fonte: ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 208.

²⁸⁴ *Ibidem*. p. 17-18.

²⁸⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 149.

²⁸⁶ *Idem*.

²⁸⁷ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 144.

quais estão relacionados à busca de informações para identificar possíveis contingências e estabelecer os mecanismos contratuais para lidar com cada uma delas. Contudo, como é impossível antecipar todas as contingências, e por vezes os custos de busca por informação são muito altos, não raras vezes os agentes econômicos optam por não antecipar contingências e incorrer em “*back-end enforcement costs*”, os quais estão relacionados aos custos para renegociar ou litigar em relação aos termos do contrato²⁸⁸.

Destarte, para explicar a razão pelas quais os agentes econômicos escolhem determinada forma de organização, Williamson discorre sobre três dimensões elementares da transação. A primeira dimensão, e mais importante para a Economia dos Custos de Transação, é a da especificidade do ativo. De maneira bastante resumida, a especificidade do ativo é inversamente proporcional à sua fungibilidade. Isto é, quanto mais restrita for a utilização daquele ativo, maior é a dificuldade de alocá-lo em uma outra transação e, por consequência, maior será sua especificidade. Ou, nas palavras de Williamson:

A especificidade de ativos surge no contexto intertemporal. Como enunciado no esquema contratual no capítulo 1, as partes da transação comumente têm uma escolha entre investimentos de propósito especial e geral. Pressupondo que os contratos chegam à completude como pretendido, os primeiros frequentemente permitirão a obtenção de economias de custo. Mas tais investimentos são também arriscados, no sentido de que ativos especializados não podem ser reimplantados sem o sacrifício do valor produtivo se os contratos devem ser interrompidos ou prematuramente terminados. Os investimentos de propósito geral não colocam estas mesmas dificuldades. Os “problemas” que surgem durante a execução contratual podem ser resolvidos em um regime de ativos de propósito geral em que cada parte segue o seu caminho. A seguinte questão tem que ser avaliada: as economias de custo potenciais obtidas pela tecnologia de propósito especial justificam os perigos estratégicos que surgem como consequência do seu caráter inaproveitável?²⁸⁹

A segunda dimensão da transação é a incerteza, que decorre da racionalidade limitada e do oportunismo dos agentes, de tal modo que existem eventos futuros cuja predição é impossível no momento de celebração do contrato. Segundo Williamson, a incerteza ganha especial relevância quando interage com a especificidade do ativo, uma vez que quanto maior a especificidade do ativo transacionado maior deverá ser o empenho e os custos *ex ante* das

²⁸⁸ “We refer to the former as “front-end” transaction costs and the latter as “back-end” enforcement costs. In particular, consider the information necessary to identify contingencies and to provide for the optimal trade obligations in each contingency. On the front end, the parties might not foresee all possible contingencies or they would have to incur prohibitively high negotiation and drafting costs to partition all contingencies sufficiently to provide for efficient obligations in each case. On the back end, contracts that provide optimal obligations for all contingencies may be too costly to enforce because they require the court to distinguish among too many possible states of the world, some of which may be known only to one party or known to the parties but not the court”. Fonte: SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design. **Case Western Reserve Law Review**, v. 56, n. 1, p. 187-201, 2005. p. 191.

²⁸⁹ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 48-49.

partes para aparelhar a transação e estabelecer salvaguardas para diminuir os custos *ex post* “uma vez que as lacunas contratuais serão maiores e as ocasiões para adaptações sequenciais crescerão em número e importância na medida em que o grau de incerteza aumenta”²⁹⁰.

Em terceiro lugar, Williamson elenca a frequência como atributo relevante da transação, compreendida como o número de vezes com que aquela mesma transação ocorre e que ganha relevância para fins de organização empresarial ao interagir com a especificidade do ativo e com a incerteza, para fins de delimitar se há necessidade de uma estrutura de governança mais complexa e porosa ou mais simples e imediata para suportar a transação²⁹¹.

Com base nestas dimensões da transação, Williamson sustenta que o fenômeno da “variedade contratual” é explicado “pelas diferenças subjacentes nos atributos das transações”, que ao interagirem, orientam os agentes econômicos a elegerem a forma de organização mais eficiente, no sentido de reduzir os custos de transação²⁹². Para explicar a questão da “variedade contratual”, Williamson se vale das distinções entre o direito contratual clássico, neoclássico e relacional formuladas por Macneil em seu artigo *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law*, de 1978²⁹³.

Conforme expõe Williamson, para Macneil o direito contratual clássico adota a premissa de que os contratos são descontínuos, isto é, “compõe uma entidade separada, na medida em que planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas, ou subsequentes”²⁹⁴. Nesse sentido, para o direito contratual clássico os contratos seriam “presentificadores”, na medida em que buscam trazer a integralidade da negociação ao momento presente de modo a prever as contingências futuras de forma perfeita, hipótese em que até mesmo a identidade das partes se tornaria irrelevante, pois a ênfase é “em normas jurídicas, documentos formais e transações autoliquidáveis”²⁹⁵.

O direito contratual clássico, contudo, não se aplica a todas as formas de contratação, especialmente quando se trata de “contratos de longo prazo executados sob condição de incerteza” em que a apresentação é impossível. Nesse contexto, segundo Macneil, os

²⁹⁰ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 53.

²⁹¹ *Ibidem*. 2012. p. 54.

²⁹² *Ibidem*. p. 61.

²⁹³ MACNEIL, Ian Roderick. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law*. **Northwestern University Law Review**. v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978.

²⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Renegociação de contratos relacionais em momentos excepcionais - como na pandemia. *IV: ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. et al. Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 2. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 390.

²⁹⁵ MACNEIL, Ian Roderick. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law*. **Northwestern University Law Review**. v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978. p. 854-905 WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 62.

contratantes tendem a assumir que “o mundo é complexo e que os acordos são incompletos”, de modo a formalizar estratégias para colmatar lacunas contratuais²⁹⁶. Nas palavras de Macneil, no direito contratual neoclássico assume que para os contratos de longo prazo “a existência de lacunas em seu planejamento e a presença de uma variedade de processos e técnicas usadas pelos planejadores de contrato para criar flexibilidade na substituição de lacunas ou tentar planejar rigidamente”²⁹⁷.

Apesar de o direito contratual neoclássico ser capaz de explicar o fenômeno das contratações de longo prazo, Williamson expõe que Macneil sustenta, ainda, a existência do que chamou de contratação relacional, justificando que “o crescimento progressivo da ‘duração e complexidade do contrato’ tem resultado no deslocamento do processo de ajuste neoclássico pelo processo uma transação específica mais profunda”²⁹⁸. Basicamente, a contratação relacional seria aquela em que, por ocasião da intensa complexidade e da longa duração do contrato, as partes estabelecem uma espécie de “mini-sociedade com um vasto conjunto de normas além daquela centradas nas trocas e no processo imediato”²⁹⁹. Nesta “mini-sociedade” contratual, existem salvaguardas e procedimentos claros para colmatação de lacunas e adaptação do contrato, que se protraí no tempo, a eventos de incerteza.

Isso estabelecido, Williamson sustenta, então, que a interação entre as classificações contratuais de Macneil e as dimensões das transações (especificidade do ativo, incerteza e frequência) podem explicar as formas de organização adotadas pelos agentes econômicos, da seguinte forma: (i) os contratos clássicos se aproximam daquilo que Williamson denomina “governança de mercado”; (ii) os contratos neoclássicos induzem “governança trilateral”; e (iii) os contratos relacionais representam “estruturas de governança bilateral ou unificadas”³⁰⁰. Para detalhar sua teorização, Williamson a representa pela seguinte figura denominada de “governança eficiente”³⁰¹:

²⁹⁶ *Ibidem*. p. 62-63.

²⁹⁷ MACNEIL, Ian Roderick. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*. v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978. p. 865 *apud* WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 63.

²⁹⁸ *Ibidem*. p. 64.

²⁹⁹ MACNEIL, Ian Roderick. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*. v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978. p. 854-905 *apud* WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 63.

³⁰⁰ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 66.

³⁰¹ *Ibidem*. p. 70.

FIGURA 1 - GOVERNANÇA EFICIENTE.

		Características do investimento		
		Não específico	Misto	Idiossincrático
Frequência	Ocasional	Governança de mercado (contratação clássica)	Governança trilateral (contratação neoclássica)	
	Recorrente		Governança bilateral (contratação relacional)	Governança unificada

Fonte: Williamson (2012).

A figura acima toma a incerteza como uma dimensão perene das transações e revela, em primeiro lugar, que para transações de frequência recorrente ou ocasional, mas em que o ativo transacionado não seja específico, aplica-se a classificação do “contrato clássico” de Macneil, ou seja, do contrato “descontínuo” ou “instantâneo”³⁰², e a forma de organização adotada tende a ser governança de mercado. Nesse modelo de organização, “a identidade específica das partes é de importância insignificante; o conteúdo substantivo é determinado pelos termos formais do contrato; e as regras formais aplicáveis”. Além disso, a governança de mercado protege “cada parte contra o oportunismo da parte oposta” e “o litígio é estritamente voltado para o conjunto de reclamações; esforços concentrados para sustentar a relação não são feitos devido à relação não ser estimada independentemente”³⁰³.

Por outro lado, para transações de baixa frequência, mas nas quais a especificidade do ativo seja de nível médio (misto) ou alto (idiossincrático), a estrutura de governança adotada tende a ser a do contrato neoclássico, de modo a configurar a “governança trilateral”. Neste tipo de transação, a “governança de mercado” seria insatisfatória, já que “não apenas investimentos

³⁰² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Renegociação de contratos relacionais em momentos excepcionais - como na pandemia. IN: ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. et al. **Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19**. 2. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 390.

³⁰³ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 66.

especializados são colocados em prática, com custo de oportunidade muito menor em usos alternativos, mas a transferência destes ativos para um fornecedor subsequente colocaria enormes dificuldades na avaliação do ativo”.³⁰⁴ Em razão do alto interesse das partes em manter o contrato, decorrente da dificuldade de realocação dos ativos específicos, Williamson sustenta que a judicialização de disputas decorrentes seria desinteressante, adotando a posição de Macneil que sugere mecanismos similares à *dispute review boards* ou à mediação para superar impasses³⁰⁵.

É importante ressaltar que, conforme a figura da “governança eficiente”, para as transações em que a frequência é ocasional e a especificidade do ativo é alta (idiossincrático), as teorizações de Williamson apontam no sentido de que embora a tendência seja a adoção da governança trilateral, conforme anteriormente explicitado, os agentes econômicos também poderão optar pela adoção de uma estrutura de governança unificada ou mesmo bilateral, induzindo a contratação relacional, a depender das especificidades concretas da transação.

Finalmente, para transações de frequência recorrente e com especificidade de ativos em nível médio (misto) ou extremamente alta (idiossincrático), Williamson aponta que a contratação seria relacional mediante estrutura de governança tende a ser “bilateral” ou “unificada”. A estrutura de governança unificada é observada em situações nas quais a especificidade do ativo é tamanha que o agente econômico decide internalizar a transação, constituindo uma firma (empresa) e afastando o risco de celebrar a transação de forma recorrente no mercado, mediante contrato. Por outro lado, a governança bilateral se estabelece mediante a celebração de um contrato de longo prazo, no qual as partes estabelecem salvaguardas contratuais e mecanismos de adaptação a potenciais contingências futuras para suportar a transação³⁰⁶. Sobreleve-se mais uma vez que a contratação relacional, conforme figura da “governança eficiente”, também pode ser induzida por uma transação em que a frequência é ocasional, mas a especificidade do ativo é muito alta (idiossincrática).

Assim, tem-se que, segundo Williamson: (i) se os ativos transacionados não forem específicos, a recorrência é irrelevante, eis que as partes tendem sempre a efetuar a transação no mercado; (ii) caso os ativos sejam de especificidade média ou alta e a frequência da transação

³⁰⁴ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 67.

³⁰⁵ “(...) em vez de recorrer imediatamente ao contencioso judicial – com características de ruptura de transações – a assistência da terceira parte (arbitragem) para resolver disputas e avaliação do desempenho são utilizadas constitui um exemplo o uso de um arquiteto como um perito relativamente independente para determinar o teor de contratos de construção”. Fonte: MACNEIL, Ian Roderick. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law*. **Northwestern University Law Review**. v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978. p. 854-905 *apud* WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 63.

³⁰⁶ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 67-70.

seja ocasional, a tendência das partes é celebrar um contrato de longo prazo, com previsões claras para a resolução de disputas; (iii) para a hipótese em que a transação seja recorrente, mas a especificidade do ativo seja média, a tendência é a celebração de um contrato relacional, no qual as partes irão prever de maneira clara mecanismos de colaboração e procedimentos para adaptação e colmatação de lacunas; e (iv) finalmente, se a transação for recorrente, com altíssima especificidade do ativo, existe a predileção do agente econômico pela internalização da transação, mediante a constituição de uma firma (empresa), de modo a retirar o risco da contratação com terceiros.

3.2 O CONTRATO DE EPC COMO ESTRUTURA DE GOVERNANÇA

Conforme afirma Williamson, o fenômeno da organização econômica é altamente complexo, justamente porque o mundo real é complexo. Assim, a Economia dos Custos de Transação deve ser utilizada “em acréscimo, em vez de por exclusão, de abordagens alternativas” para compreender a razão pela qual os agentes econômicos se organizam no mercado, da forma que se organizam³⁰⁷. Nesse contexto é que o modelo teórico desenvolvido por Williamson possui função orientativa, sendo útil para compreender a racionalidade subjacente dos agentes econômicos ao elegerem determinada estrutura para se organizar no mercado, dentro do contexto em que estão inseridos.

Isso estabelecido, a partir das premissas teóricas lançadas pela Economia dos Custos de Transação de Oliver Williamson, conclui-se que os agentes econômicos optam por celebrar um Contrato de EPC com o objetivo de reduzir os custos de transação que envolvem a execução de uma grande obra de elevada complexidade. Para Lie Uema do Carmo, as características econômico-financeiras de grandes obras, que requerem “capital intensivo, são indivisíveis, irreversíveis, de longa duração e apresentam ativos e investimentos específicos”, justificam a opção dos contratantes pela celebração de um contrato complexo e de longa duração, em detrimento da busca por uma solução no mercado *spot* ou mesmo pela internalização da atividade³⁰⁸. Passa-se a investigar esta afirmação.

³⁰⁷ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 15.

³⁰⁸ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 188-195.

3.2.1 Especificidade do ativo, frequência e incerteza no Contrato de EPC

Embora os agentes econômicos envolvidos na execução de grandes obras no mercado de construção civil sejam extremamente sofisticados, cabendo mais uma vez anotar a presença dos financiadores dos projetos³⁰⁹, o que torna essa operação econômica ainda mais refinada, fato é que no mundo real a racionalidade limitada e o oportunismo dos agentes são constantes³¹⁰. Daí também decorre a incerteza que circunda a operação³¹¹. Nesse contexto, os agentes econômicos sabem, de antemão, que é impossível antecipar *ex ante* todas as intercorrências que podem afetar a execução de uma obra grande porte *ex post*, justamente porque algumas delas não são passíveis de mensuração, razão pela qual se faz necessária uma estrutura de governança adequada aos fins pretendidos.

A isso se somam as características econômico-financeiras indissociáveis da execução de grandes obras, as quais são listadas por Lie Uema do Carmo como “capital intensivo, indivisibilidade e irreversibilidade”. Segundo a Autora, “os projetos de grandes obras exigem um investimento inicial gigantesco”³¹², que convivem com o risco de nem sempre ser recompensado, na medida em que “é alta a probabilidade de não se seguir adiante, de nem se iniciar a construção de um empreendimento no qual foram investidos altos volumes na fase de estudos”. A indivisibilidade como característica de megaprojeto, a seu turno, estaria presente

³⁰⁹ “O contratante do EPC costuma ser uma sociedade de propósito específico, constituída pelos investidores do projeto. O construtor contratado, que recebe a alcunha na indústria de “epcista”, pode ser uma única sociedade de engenharia e arquitetura, ou um consórcio dessas sociedades com outras, inclusive com os fornecedores principais. Outro agente econômico muito importante em um EPC é o financiador. Ele acompanha de perto o progresso dos trabalhos, para liberar parceladamente o montante financiado, que será utilizado primordialmente no pagamento do preço do EPC”. Fonte: *Ibidem*. p. 138.

³¹⁰ Recorde-se que o homem contratual, para a Economia dos Custos de Transação possui racionalidade limitada, com o reconhecimento dos limites para sua competência cognitiva, e é oportunista, no sentido de que busca de forma constante seu auto interesse, podendo omitir informações e burlar regras com este objetivo. Fonte: WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 39-47.

³¹¹ Conforme ensina Frank Knight, a incerteza se diferencia do risco porque este último é mensurável pelo agente econômico, enquanto a incerteza seria algo de impossível mensuração: “*The essential fact is that ‘risk’ means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character; and there are far-reaching and crucial differences in the bearings of the phenomenon depending on which of the two is really presente and operating. There are other ambiguities in the term ‘risk’ as well, which will be pointed out; but this is the most important. It will appear that a measurable uncertainty, or ‘risk’ proper, as we shall use the term, is so far diferente from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all. We shall accordingly restrict the term ‘uncertainty’ to cases of the non-quantitative type. It is this ‘true’ uncertainty, and not risk, as has been argued, which forms the basis of a valid theory of profit and accounts for the divergence between actual and theoretical competition*”. Fonte: KNIGHT, Frank Hyneman. **Risk, uncertainty and profit**. Boston and New York: The Riverside Press Cambridge, 1921. p. 19-20.

³¹² Lie Uema do Carmo faz referência à afirmação de Roger Miller e Donald R. Lessard: “o preço de entrada – os gastos iniciais exigidos para dar forma a um projeto e ter a oportunidade de investir alguns bilhões de dólares na construção – é perto de 35 por cento do custo total, dependendo do projeto”. Fonte: MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. Introduction. In: MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. **The Strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks and governance**. Hong Kong: MIT, 2000. p. 12 *apud* CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 189.

pois (i) não é possível para o dono da obra dividi-la em etapas segregadas e administrá-la perante contratados diferentes, sendo necessário que a coordenação seja centralizada em um contratado principal; e (ii) “a natureza do ativo raramente permite sua segregação em partes”, eis que “os ativos dessa natureza se tornam utilizáveis, via de regra, quando integralmente prontos”. Da indivisibilidade de uma grande obra decorre sua irreversibilidade, porque há “impossibilidade de utilização diversa dos ativos, que são considerados *sunk assets*” (ativos irre recuperáveis)³¹³ após construídos³¹⁴.

Das características de uma grande obra listadas por Lie Uema do Carmo, infere-se que o ativo transacionado em um Contrato de EPC é altamente específico, pois consiste em um empreendimento de elevada complexidade. Recorde-se que o escopo do *epecista* “consiste em uma obrigação de resultado (*fitness for purpose obligation*)”, o que significa que ele “se obriga a obter determinado resultado, sendo este a entrega de um empreendimento em conformidade com os requisitos de qualidade e de desempenho especificados pelo dono da obra”³¹⁵. Assim, nos Contratos de EPC, tem-se a transação de um ativo altamente idiossincrático, que possui como nota característica sua amplitude, por englobar “as atividades do projeto, fornecimento de todos os materiais e equipamentos e a construção das obras, havendo a incorporação de tecnologia, caso se lide com soluções avançadas de engenharia, e os meios necessários para que o dono da obra opere o empreendimento de forma autônoma”³¹⁶. Há, portanto, um feixe de prestações complexas e diversas que precisam ser articuladas e efetivadas para viabilizar a transação.

Com efeito, a elevada especificidade do ativo em uma transação que envolve a execução de uma grande obra, tal como é uma linha de transmissão de energia, uma hidrelétrica ou uma usina térmica, por exemplo, justificaria por si só a escolha dos agentes econômicos em se organizar mediante a celebração de um contrato complexo e de longa duração. Conforme aponta a Economia dos Custos de Transação de Williamson, quanto maior a especificidade do

³¹³ Em relação aos *sunk assets*, ou da tradução para o português, ativos irre recuperáveis, Lie Uema do Carmo cita a lição de Roger Miller e Donald R. Lessard, que exemplificam a situação ao estabelecer que “equipamentos de mineração podem ser revendidos em mercados secundários, mas pontes, rodovias, túneis e plantas são *sunk assets*”. Fonte: MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. Introduction. In: MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. **The Strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks and governance**. Hong Kong: MIT, 2000. p. 12 *apud* CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 190.

³¹⁴ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 189-190.

³¹⁵ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 210.

³¹⁶ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction): primeira aproximação: conteúdo e qualificações**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 55.

ativo, maior também tende a ser a incerteza que circunscreve a transação, o que faz com que as partes busquem uma estrutura de governança mais elaborada para mitigar os custos envolvidos:

Quando os ativos são específicos em um grau não trivial, o aumento do grau de incerteza torna mais imperativo que as partes elaborem um aparato para ‘trabalhar as coisas’ – uma vez que as lacunas contratuais serão maiores e as ocasiões para adaptações sequenciais crescerão em número e importância na medida em que o grau de incerteza aumenta³¹⁷.

Além da especificidade do ativo e da incerteza em graus elevados, a frequência da transação suportada por um Contrato de EPC é ocasional, porque a execução da obra ocorre uma única vez. Apesar disso, a especificidade do ativo transacionado é tão alta que impõe a “postergação do momento da troca: a partir da contratação, as partes fazem investimentos com vistas ao cumprimento diferido das obrigações assumidas para a entrega de bens de caráter idiossincráticos”³¹⁸. Em outros termos, um ativo de tamanha complexidade, como é um empreendimento de grande porte, torna impossível que a transação ocorra instantaneamente, sendo o decurso do tempo um elemento necessário para que as prestações sejam devidamente articuladas e efetivadas pelas partes interessadas³¹⁹.

Portanto, em razão da baixa frequência da transação, que não justificaria sua internalização pelo agente econômico interessado e da alta especificidade do ativo, que também majora a incerteza incidente, a alternativa que possui maior capacidade de reduzir os custos em uma transação desta natureza, conforme a Economia dos Custos de Transação, é a celebração de um contrato de longa duração que estabeleça, *ex ante*, salvaguardas contratuais e mecanismos para colmatação de lacunas e adaptação a circunstâncias supervenientes que tendem a surgir *ex post*, com o fito de manter a estrutura central da operação econômica desenhada pelos agentes no mercado.

A tudo isso somam-se as características do ambiente institucional vigente que impactam na formatação da estrutura contratual que irá suportar a transação. A começar pelo fato de que no contexto do *project finance*³²⁰, o contrato a ser celebrado irá alocar,

³¹⁷ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 53.

³¹⁸ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 191.

³¹⁹ “Um dos contratos mais emblemáticos de construção, que é o EPC, agrega, para ambas as partes, uma pluralidade de prestações, intimamente interconectadas que necessitam ser articuladas para permitir a consecução da obra. As prestações serão tanto mais complexas e exigirão tanto mais articulação quanto maior for o nível de complexidade técnica, tecnológica e financeiro do projeto. Ainda, quanto mais abrangente for o escopo do programa contratual, ou quanto mais especialidades envolvidas, mais interações serão exigidas pela dinâmica da relação das partes”. Fonte: *Ibidem*. 186-187.

³²⁰ “Com a necessidade de inversão de recursos financeiros muitas vezes não disponíveis para construção de plantas industriais e empreendimentos de expressiva dimensão, parte-se para modelos chamados de *project finance*, que

intencionalmente no contratado a maioria dos riscos envolvidos na operação, inclusive exigindo dele uma obrigação de resultado, com a entrega de um empreendimento operacional e conforme especificações prévias fornecidas (*turnkey*). Essa dinâmica deriva do movimento histórico observado na indústria de construção civil nos últimos anos³²¹, que faz com que atualmente coexistam agentes financeiros dispostos a aportar relevantes quantias de capital para viabilizar empreendimentos capazes de gerar receitas significativas e sociedades de engenharia e arquitetura especializadas na execução de empreendimentos de elevada complexidade, dispostas a suportar riscos majorados em troca de uma remuneração superior àquela que normalmente seria exigida³²².

Com a alocação intencionalmente agravada de riscos no escopo do contratado, vinculada à alta especificidade do ativo transacionado e dos investimentos envolvidos, faz-se necessário o desenho de um programa contratual que viabilize a execução do contrato, sobretudo com vistas a promover a adaptação das partes a acontecimentos supervenientes de modo a evitar problemas de *hold-up*³²³, em que “ciente de que é titular de uma posição jurídica e/ou de um ativo importante, uma das partes agarra-se a tal posição ou ativo e barganha com a outra de modo oportunístico”:

As partes, ao terem realizado investimentos específicos para determinadas relações contratuais e determinados ativos, ficam em situação de ‘*lock-in*’, ‘amarradas’ uma à outra. Nessa situação, dada a especificidade do investimento e dos ativos, a opção de ir ao mercado que, por exemplo, existia no momento imediatamente anterior à contratação, torna-se limitada, se e quando existente.

Celebrado o contrato e feitos esses investimentos específicos, especiais, surge o problema de ‘*hold-up*’: ciente de que é titular de uma posição jurídica e/ou de um ativo importante, uma das partes agarra-se a tal posição ou ativo e barganha com a

podem ser conceituados como ‘projetos (auto)financiados’. A esse tipo de contrato recorrem os concessionários de obras públicas e aqueles que irão desenvolver obras industriais. Os empreendimentos têm, então, de gerar seu próprio capital, ao menos em parte, devendo ser financeira e economicamente viáveis de forma independente, a fim de pagar os financiadores e ainda prover benefício econômico aos desenvolvedores”. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**; primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 56.

³²¹ Sobre o tema, conferir o subcapítulo 2.1 deste trabalho.

³²² “Com relação às desvantagens do contrato de EPC, há três pontos principais. O primeiro refere-se ao valor do preço, que é tendencialmente mais elevado do que o cobrado em outros modelos de contratação. Trata-se de consequência natural em face da maior quantidade de riscos que se transferem ao epecista, os quais são previamente quantificados e incorporados no preço fixo global”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 211.

³²³ Neste trabalho, o termo “*hold-up* contratual” é utilizado em sentido idêntico ao conferido por Steven Shavell, segundo o qual “*The term “contractual holdup” is employed here in a standard way; it refers to situations in which a party to a new or an existing contract accedes to a very disadvantageous demand due to the party’s being in a circumstance of substantial need. Stock examples of contractual holdup concern property owners who experience pressing liquidity problems or who are even physically threatened (almost a literal holdup), businesses with immediate requirements for specific goods or services, parties to contracts who face the prospect of breach at critical junctures, individuals whose cars break down and desire tows, and ships in distress*”. SHAVELL, Steven. Contracts, Holdup, and Legal Intervention. **NBER Working Paper No 11283**. May 2005.

outra de modo oportunístico, fazendo demandas que, em circunstâncias diferentes, não houvesse a dependência da outra parte, talvez a barganha não existisse³²⁴.

Assim, o contrato de longo prazo a ser elaborado para suportar a transação cujo ativo é uma grande obra de elevada complexidade, como ocorre nos contratos de EPC, demanda atenção redobrada, na medida em que possuirá uma finalidade dúplice: “concomitantemente, incentivar que as partes realizem os investimentos específicos necessários *ex ante* e desincentivar, após a celebração, um eventual comportamento oportunístico”³²⁵.

Em razão destas nuances, com a experiência acumulada no setor da construção civil, passaram a ser elaborados os contratos *standard* para execução de grandes obras por organizações privadas, cujo principal objetivo é justamente fornecer aos agentes econômicos que pretendem celebrar transações cujo ativo é uma obra complexa a estrutura contratual adequada, capaz de alocar os riscos de modo eficiente, estabelecer salvaguardas contratuais, mecanismos para manutenção do contrato e sua adaptação a eventos de incerteza bem como a colmatação de lacunas identificadas no curso de execução das obras, tema que foi objeto do Capítulo 2 deste trabalho. Como já sublinhado, o principal modelo *standard*, e utilizado por este trabalho como tipo social para o Contrato de EPC é o *Silver Book* da FIDIC³²⁶.

Com efeito, além das dimensões da transação que, por si só, já justificariam a celebração de um contrato de longo prazo no qual fossem previstos mecanismos de adaptação contratual, a existência do modelo *standard* para o contrato de EPC, que de antemão estabelece em suas condições gerais as melhores práticas de mercado para essa modalidade de contratação, incentiva as partes a celebrarem o contrato nestes termos.

Isso estabelecido, é interessante notar que o modelo contratual tido como adequado para suportar uma contratação no formato EPC, tomando como base o *Silver Book* editado pela FIDIC, adquire os contornos de um contrato relacional, em que as partes estruturam mecanismos que incentivam a colaboração para a execução do empreendimento e, principalmente, para adaptar o contrato a eventos supervenientes que colocam em risco a continuidade da relação.

Conforme ensina Fernando Araújo, o contrato relacional corresponde a mecanismo que visa a (i) “facilitar revisões periódicas do inicialmente estipulado, definindo legitimidades e procedimentos”; (ii) “facilitar a integração de lacunas”; e (iii) “fornecer um guia explícito

³²⁴ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 191.

³²⁵ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 193.

³²⁶ Sobre o tema, conferir os subcapítulos 2.1.2 e 2.2.3 deste trabalho.

para a conduta das partes, explicitando critérios de avaliação que servem tanto para a reciprocidade das partes como serviriam de base para a adjudicação por uma instância externa”³²⁷.

Em resumo, nas palavras de Ian Macneil, o contrato relacional se traduz na formalização de uma “mini-sociedade”, em que os agentes econômicos estabelecem as regras para que a relação contratual sobreviva e se adapte ao decurso do tempo, de modo a permitir que o escopo pretendido seja atingido³²⁸. Nestes termos, passa-se a investigar a natureza relacional do contrato de EPC a partir do *Silver Book* da FIDIC.

3.3 A NATUREZA RELACIONAL DO CONTRATO DE EPC: UMA ANÁLISE DO *SILVER BOOK* DA FIDIC (2017)

Os agentes econômicos decidem celebrar um contrato de EPC em razão da alta especificidade do ativo transacionado, que também majora a incerteza da transação e de sua baixa frequência. Além disso, a existência do modelo contratual *standard* elaborado pela FIDIC (*Silver Book*), incentiva a adoção deste modelo contratual consolidado e validado pela indústria. Não por outro motivo é que a doutrina aponta, no direito brasileiro, “grandes chances de um contrato de EPC concretamente celebrado apresentar características análogas às do *Silver Book*, já que o contrato de EPC é socialmente típico e o *Silver Book* é reconhecido como seu modelo paradigmático”³²⁹.

Com efeito, ao se analisar o modelo paradigmático do contrato de EPC, a característica relacional da contratação adquire especial relevância para a interpretação e intervenção judicial, sobretudo ao se considerar que a racionalidade econômica dos agentes ao celebrar este tipo de contrato é projetar a relação para o futuro. Algumas das principais previsões e cláusulas do *Silver Book* que apontam nesse sentido passam a ser analisadas a seguir.

3.3.1 Condições gerais e condições particulares do *Silver Book*

Conforme ensina Giovanni Ettore Nanni, os modelos de contrato elaborados pela FIDIC, dentre os quais está o *Silver Book*, são divididos em duas partes: (i) as condições gerais,

³²⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 401.

³²⁸ MACNEIL, Ian Roderick. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**. v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978. p. 854-905. *apud* WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012.. p. 63.

³²⁹ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 323.

que são as regras padronizadas aplicáveis à praticamente a totalidade dos contratos daquela natureza; e (ii) as condições particulares, que irão variar a depender das especificidades da obra:

Em sua estrutura, parte-se de arcabouço assentado em cláusulas padronizadas gerais (*general conditions*), que atuam como armação básica de cada modelo. As condições gerais regulam o que os estudos e a prática consolidada indicam como regras matrizes, as quais norteiam as cláusulas passíveis de emprego na maioria dos pactos. São consideradas as mais corriqueiras, que, por isso, são sugeridas como estruturantes, constantes daquele padrão específico.

(...)

A exceção é regida contratualmente por outro modelo padronizado, dentro da mesma estrutura. Trata-se das condições particulares (*particular conditions*), que representam o conjunto de cláusulas e subcláusulas para prever com maior singularidade o contrato individual.

As condições gerais destinam-se a ser usadas inalteradas para cada projeto. Conjuntamente com elas, as condições particulares são preparadas para o projeto específico e incluem quaisquer alterações ou cláusulas adicionais que o dono da obra (*employer*) decidiu inserir para atender aos requisitos locais e do projeto³³⁰.

Com efeito, as condições gerais são a armação básica de todo e qualquer modelo FIDIC e estabelecem as premissas básicas que orientam cada modelo de contratação de modo a estabelecer uma “estrutura contratual concatenada, na qual cada uma das cláusulas está inserida em contexto apropriado, cujo conteúdo só se justifica diante do conjunto do regramento contratual”³³¹. No caso do *Silver Book*, não é diferente, de modo que a orientação básica é “nunca interferir na parte geral, deixando para a parte especial eventuais adequações”³³²⁻³³³.

A versão mais atual do *Silver Book* da FIDIC data de 2017, e corresponde à sua segunda edição³³⁴ que, conforme indica a doutrina, não alterou a estrutura de alocação de riscos agravada sobre o contratado em comparação com a primeira edição, de 1999³³⁵. Assim, a própria FIDIC indica que as condições gerais são aplicáveis, via de regra, a todos os contratos

³³⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 131-152, out./dez. 2020. p. 135-136.

³³¹ *Ibidem*. p. 135-136.

³³² *Ibidem*. p. 137.

³³³ “No que tange à estrutura adotada para o *Silver Book*, a FIDIC seguiu a mesma solução utilizada nos demais modelos de contrato padrão que publicou. Dividiu o contrato, portanto, em duas grandes partes: as Condições Gerais e as Condições Particulares. Pretende-se, com isso, que as adaptações do contrato padrão às peculiaridades de cada caso concreto sejam realizadas mediante modificações apenas nas Condições Particulares. Mantém-se, com isso, inalterado o texto das Condições Gerais preparadas pela FIDIC, evitando a criação de inconsistências”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 223.

³³⁴ FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017.

³³⁵ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 220.

de EPC, ao passo que as condições específicas devem ser cuidadosamente previstas, caso necessárias e de acordo com as recomendações da organização³³⁶.

No contexto de bipartição entre as condições gerais e condições específicas dos modelos *standard*, Luís Otávio P. Rosa sublinha que a FIDIC publicou em 2019³³⁷ os *Golden Principles*, de modo a estabelecer “orientações sobre as cláusulas contratuais de cada modelo FIDIC consideradas invioláveis quando da elaboração das condições particulares de cada contrato”, chegando a cinco princípios:

Princípio de Ouro GP1: as obrigações, os direitos, as funções e as responsabilidades de todos os participantes do contrato devem permanecer como definidas nas condições gerais e adequadas aos requisitos do projeto.

Princípio de Ouro GP2: as condições particulares devem ser redigidas de forma clara e sem ambiguidades.

Princípio de Ouro GP3: as condições particulares não devem alterar o equilíbrio de risco/recompensa definidos pelas condições gerais.

Princípio de Ouro GP4: todos os prazos especificados no contrato para que os participantes executem suas obrigações devem ter duração razoável.

Princípio de Ouro GP5: salvo conflito com a lei do contrato, todas as disputas formais devem ser submetidas ao DAAB – *Dispute Avoidance/Adjudication Board* para uma decisão vinculante provisória como condição precedente para arbitragem³³⁸.

Isso estabelecido, fato é que as cláusulas contidas nas condições gerais do *Silver Book* comprovam a natureza relacional do contrato, uma vez que expressamente estabelecem um regramento privado para pautar a conduta a ser adotada pelos agentes durante sua execução, inclusive com procedimentos claros para adaptação dos termos contratuais a eventos que podem inviabilizar sua execução.

³³⁶ “To assist Employers in preparing tender documents and in drafting Particular Conditions of Contract for specific contracts, this publication includes Notes on the Preparation of Tender Documents and Notes on the Preparation of Special Provisions, which provide important advice to drafters of contract documents, in particular the Employer’s Requirements and Special Provisions. In drafting Special Provisions, if clauses in the General Conditions are to be replaced or supplemented and before incorporating any example wording, Employers are urged to seek legal and engineering advice in an effort to avoid ambiguity and to ensure completeness and consistency with the other provisions of the contract”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017a.

³³⁷ FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **FIDIC launches Golden Principles to safeguard integrity of its contract documents**. 2019.

³³⁸ ROSA, Luís Otávio P. Contratos FIDIC: feitos por engenheiros para engenheiros. In: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et. al. Arbitragem, infraestrutura e direito da construção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 73-88. p. 77.

3.3.2 Mecanismos de cooperação e adaptação contratual nas condições gerais do *Silver Book*

Na dicção de Ana Frazão e Angelo Prata de Carvalho, os contratos relacionais, os quais os economistas referenciam como formas híbridas, estabelecidas entre o mercado e a firma, possuem características singulares que são relevantes para o Direito:

(i) os híbridos envolvem coordenação explícita, na medida em que tem por objetivo gerar sinergias a partir da cooperação de parceiros comerciais que, apesar disso, têm seus riscos segregados e independentes; (ii) os híbridos dispõem de mecanismos de adaptação que se distinguem do papel dos preços nos mercados ou da hierarquia nas organizações integradas, contando com estruturas específicas de regulação da cooperação entre as partes contratantes; (iii) por mais que os híbridos constituam forma de exploração da atividade econômica, os agentes envolvidos ‘permanecem legalmente distintos e autônomos organizacionalmente, competindo em diferentes graus’³³⁹.

Assim, os contratos relacionais conferem à relação jurídica estabelecida os traços de uma “mini-sociedade”, ou uma estrutura de governança privada cujo caráter processual projeta a relação para o futuro prevendo “mecanismos de gestão da incompletude contratual”³⁴⁰ que devem ser respeitados pelas partes.

Destarte, no *Silver Book* da FIDIC observa-se de maneira muito clara a segregação de riscos entre as partes e alocação agravada sobre o contratado (*epcista*). Nesse sentido, a Subcláusula 4.12, que compõe o Capítulo 4 das “obrigações gerais do contratado”, estabelece sobre as dificuldades imprevisíveis (*unforeseeable difficulties*):

Exceto se previsto de forma diversa nas condições particulares:

- (a) Considera-se que o contratado obteve todas as informações necessárias sobre riscos, contingências e outras circunstâncias que possam afetar as obras;
- (b) Ao assinar o contrato, o contratado aceita responsabilidade integral de ter previsto todas as dificuldades e custos para conclusão com êxito das obras;
- (c) O preço do contrato não será ajustado para equalizar quaisquer dificuldades ou custos imprevisíveis ou não previstos³⁴¹.

³³⁹ FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de. Os contratos empresariais de cooperação e os mecanismos de governança. In: BAGNOLI, Vicente. *et al. Direito, Empresas e Empreendedorismo*. São Paulo: Eseni Editora, 2020. p. 8-86. p. 65.

³⁴⁰ *Ibidem*. p. 71.

³⁴¹ Tradução livre de “4.12. *Unforeseeable Difficulties*. Except as otherwise stated in the Particular Conditions: (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 Agreement, 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 Unforeseeable or unforeseen difficulties or costs”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 28.

Apesar da nítida alocação de riscos agravada sobre o contratado, o *Silver Book* não deixa de prever mecanismos de adaptação do contrato a eventos supervenientes, mediante comportamento preordenado e colaborativo das partes. Nesse sentido, observa-se nas condições gerais do *Silver Book* a existência de cláusulas de *hardship* e de *force majeure*³⁴². Ao passo que as cláusulas de *hardship* “se encaixam por de antemão preverem adequações do contrato com o intuito de preservar o equilíbrio das prestações entre os contratantes”³⁴³, as cláusulas de *force majeure* “possibilitam a suspensão da prestação ou, em caso extremo, a resolução de contrato, com exoneração da responsabilidade do devedor pela mora e inadimplemento, frente à impossibilidade temporária ou definitiva do cumprimento de suas obrigações”³⁴⁴.

A título exemplificativo, a Cláusula 13 das condições gerais do *Silver Book*, que se dedica ao procedimento para adaptação às variações no curso da execução das obras, prevê o direito do contratante de exigir alterações nos serviços prestados pelo *epecista* (*right to vary*) antes da tomada de posse (*taking over*) do empreendimento.

Variações podem ser iniciadas pelo contratante nos termos da subcláusula 13.3 (procedimento de variação) a qualquer momento antes da emissão do certificado de tomada de posse para operação.

Exceto conforme declarado na subcláusula 11.4 (falha na reparação de defeitos), uma variação não compreenderá a omissão de qualquer trabalho que deve ser realizado pelo contratante ou por terceiros, salvo se houver acordo celebrado entre as partes em sentido contrário.

O contratado estará vinculado à cada variação instruída nos termos da subcláusula 13.3.1 (variação por instrução), e deverá executar a variação com agilidade e sem atrasos, exceto se o contratado remeter imediatamente uma notificação ao contratante declarando (com evidências detalhadas) que:

- (a) O escopo relacionado à variação exigida era imprevisível, tendo em vista o local e a natureza das obras descritas nos Requisitos do Contratante;
- (b) O contratado não pode obter os recursos necessários para implementar a variação;
- (c) A variação afetará de maneira negativa a capacidade do contratado de cumprir com a subcláusula 4.8 (Obrigações de Saúde e Segurança) e/ou subcláusula 4.18 (Proteção do Meio Ambiente);

³⁴² Conforme indica Lie Uema do Carmo, “são muito comuns em EPCs as cláusulas chamadas de *force majeure* e de *hardship*”. Fonte: CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 143.

³⁴³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DALMUT, Luana Gabriela. A inclusão das cláusulas de *hardship* nos contratos empresariais sob a perspectiva da economia comportamental. **Revista Semestral De Direito Empresarial** (RSDE), Rio de Janeiro, n. 31, p. 43-62, jul./dez. de 2022. p. 53.

³⁴⁴ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil (RDM)**. v. 4, p. 633-672, jun. 1995. p. 97.

(d) Haverá um impacto negativo no cumprimento do Cronograma de Garantias de Desempenho; ou

(e) Haverá impacto negativo para a obrigação do contratado de concluir os Trabalhos de acordo com os propósitos da subcláusula 4.1 (obrigações gerais da contratada).

Imediatamente, após receber a notificação, o contratante responderá ao contratado com uma notificação cancelando, confirmando ou alterando a instrução. Qualquer instrução assim confirmada ou alterada será considerada uma instrução nos termos da subcláusula 13.3.1 (variação por instrução)³⁴⁵.

Da Subcláusula 13.1 acima transcrita, que trata do direito de variação do contratante, infere-se que o *Silver Book* parte de uma premissa muito clara: em contratos de execuções de grandes obras, é natural a necessidade de variações nos serviços contratados. Entretanto, para que estas variações ocorram, é desenhado um procedimento muito bem definido, que inclusive dá voz ao contratado para que possa apresentar objeções, impedir a variação pretendida ou mesmo exigir o ajuste do preço global para implementar a variação.

Com efeito, existem duas modalidades de procedimentos, delineados nas Subcláusulas 13.3.1 e 13.3.2 do *Silver Book*, respectivamente: (i) variação por instrução (*variation by instruction*) e (ii) variação por requerimento de proposta (*variation by request for proposal*). Enquanto na primeira modalidade de procedimento o contratante remete ao contratado (*epecista*) um requerimento de variação, ao qual o *epecista* pode responder informando sobre seus impactos para a execução do contrato, incluindo a necessidade de adequações de preço e prazo³⁴⁶, na segunda modalidade o dono da obra descreve a variação

³⁴⁵ Tradução livre de: “Variations may be initiated by the Employer under Sub-Clause 13.3 [Variation Procedure] at any time before the issue of the Taking-Over Certificate for the Works. Other than as stated under Sub-Clause 11.4 [Failure to Remedy Defects], a Variation shall not comprise the omission of any work which is to be carried out by the Employer or by others unless otherwise agreed by the Parties. The Contractor shall be bound by each Variation instructed under Sub-Clause 13.3.1 [Variation by Instruction], and shall execute the Variation with due expedition and without delay, unless the Contractor promptly gives a Notice to the Employer stating (with detailed supporting particulars) that: (a) the varied work was Unforeseeable having regard to the scope and nature of the Works described in the Employer’s Requirements; (b) the Contractor cannot readily obtain the Goods required for the Variation; (c) it will adversely affect the Contractor’s ability to comply with Sub-Clause 4.8 [Health and Safety Obligations] and/or Sub-Clause 4.18 [Protection of the Environment]; (d) it will have an adverse impact on the achievement of the Schedule of Performance Guarantees; or (e) it may adversely affect the Contractor’s obligation to complete the Works so that they shall be fit for the purpose(s) for which they are intended under Sub-Clause 4.1 [Contractor’s General Obligations]. Promptly after receiving this Notice, the Employer shall respond by giving a Notice to the Contractor cancelling, confirming or varying the instruction. Any instruction so confirmed or varied shall be taken as an instruction under Sub-Clause 13.3.1 [Variation by instruction]”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 61.

³⁴⁶ “13.3.1. Variation by Instruction. The Employer may instruct a Variation by giving a Notice (describing the required change and stating any requirements for the recording of Costs) to the Contractor in accordance with Sub-Clause 3.4 [Instructions]. The Contractor shall proceed with execution of the Variation and shall within 28 days (or other period proposed by the Contractor and agreed by the Employer) of receiving the Employer’s instruction, submit to the Employer’s Representative detailed particulars including: (...) (b) a programme for its execution and the Contractor’s proposal for any necessary modifications (if any) to the Programme according to Sub-Clause 8.3 [Programme] and to the Time for Completion”. *Ibidem*. p. 62.

pretendida e solicita ao *epecista* uma proposta para implementá-la, antes de efetivamente exigí-la³⁴⁷.

É importante sublinhar que no capítulo em que trata das variações, o *Silver Book* também traz a possibilidade de propostas de variações endereçadas pelo próprio contratado para otimizar a obra, adiantamentos de valores relacionados às variações, variações de menor monta a serem implementadas no dia a dia das obras e variações em decorrência de alterações nas normas aplicáveis à obra e mudança dos custos inicialmente estimados pelo *epecista*³⁴⁸.

A Cláusula 18 das condições gerais do *Silver Book*, a seu turno, estabelece o procedimento para suspensão das prestações das partes em razão do advento de evento excepcional (*exceptional event*), os quais o próprio *Silver Book* define como aquele que (i) está fora do controle das partes; (ii) não poderia ter sido previsto quando da assinatura do contrato; (iii) diante de seu advento, a parte não consegue evitá-lo ou superá-lo; e (iv) não seja de responsabilidade da outra parte³⁴⁹. Neste conceito enquadram-se guerras, rebeliões, atos de terrorismo e catástrofes naturais, conforme exemplificado pela FIDIC.

O efeito de um evento excepcional, nos termos do que prescreve o *Silver Book*, é dispensar a parte afetada do cumprimento das obrigações impactadas enquanto o evento permanecer vigente. Para tanto, é necessário que a parte afetada remeta à outra parte uma notificação detalhando o evento excepcional e seus impactos sobre as prestações no prazo de quatorze dias a contar da ciência do evento.

Se uma das Partes for impedida de cumprir quaisquer obrigações nos do Contrato devido a um Evento Excepcional (a “Parte afetada” nesta Cláusula), então a Parte afetada deverá notificar a outra Parte de tal Evento Excepcional, e deverá especificar as obrigações e a performance de que está impedida (as “obrigações impedidas” nesta Cláusula).

Esta notificação deve ser enviada dentro do prazo de 14 dias a partir do qual Parte afetada tomou ciência, ou deveria ter tomado ciência, do Evento Excepcional, e a Parte afetada será, então, dispensada do cumprimento das obrigações impedidas a partir da data em que seu desempenho for impedido pelo Evento Excepcional. Se a notificação for recebida pela outra Parte após o período de 14 dias, a Parte afetada será dispensada do cumprimento das obrigações impedidas somente a partir da data em que a Notificação for recebida pela outra Parte.

³⁴⁷ “13.3.2. *Variation by Request for Proposal*. The Employer may request a proposal, before instructing a Variation, by giving a Notice (describing the proposed change) to the Contractor”. *Ibidem*. p. 63.

³⁴⁸ A referência, neste ponto, é às cláusulas 13.2 – *Value Engineering*; 13.4 – *Provisional Sums*; 13.5 – *Daywork*; 13.6 – *Adjustments for Changes in Laws*; e 13.7 – *Adjustments for Changes in Cost*. *Ibidem*. p. 61-66.

³⁴⁹ “18.1. *Exceptional events*. ‘Exceptional Event’ means an event or circumstance which: (i) is beyond a Party’s control; (ii) the Party could not reasonably have provided against before entering into the Contract; (iii) having arisen, such Party could not reasonably have avoided or overcome; and (iv) is not substantially attributable to the other Party”. *Ibidem*. p. 87.

Posteriormente, a Parte afetada será dispensada do cumprimento das obrigações impedidas enquanto o evento excepcional impedir a Parte afetada de performar. Além do cumprimento das obrigações impedidas, a Parte afetada não será dispensada do cumprimento de todas as outras obrigações, nos termos do Contrato.

A obrigação de qualquer uma das partes de efetuar pagamentos devidos à outra Parte não será dispensada por um evento excepcional³⁵⁰.

É importante anotar, contudo, que, apesar de prever a dispensa da parte afetada de performar em relação às obrigações impedidas, há o dever recíproco das partes de mitigar os efeitos do evento excepcional e a possibilidade de encerramento do contrato, caso o evento não possa ser superado³⁵¹.

Finalmente, importa destacar o teor da Cláusula 20 do *Silver Book*, que trata dos pleitos (*claims*) das partes durante a execução do contrato. Conforme destaca Leonardo Toledo da Silva, os pleitos contratuais são “um dos maiores pontos de tensão no âmbito dos contratos de construção e, sobretudo, em contratos EPC”, porque normalmente envolvem pedidos de alteração do valor global ou dos prazos da obra. Diante disso, é correto afirmar que “o empreendedor, dono da obra, tem verdadeiro pavor dos famosos *claims* (pleitos), muitas vezes formulados pelo construtor”³⁵². Nada obstante, o *Silver Book* traz a possibilidade de pleitos endereçados de parte a parte, que podem surgir nas seguintes hipóteses.

Um pleito pode ser endereçado:

- (a) Se o Contratante considerar que tem direito a qualquer pagamento adicional devido pelo Contratado (ou redução do Preço do Contrato) e/ou uma extensão do Período para Notificação de Defeitos;
- (b) Se o Contratado considerar que tem direito a qualquer pagamento adicional do Contratante e/ou à Extensão de Prazo;

³⁵⁰ Tradução livre de: “If a Party is or will be prevented from performing any obligations under the Contract due to an Exceptional Event (the “affected Party” in this Clause), then the affected Party shall give a Notice to the other Party of such an Exceptional Event, and shall specify the obligations, the performance of which is or will be prevented (the “prevented obligations” in this Clause). This Notice shall be given within 14 days after the affected Party became aware, or should have become aware, of the Exceptional Event, and the affected Party shall then be excused performance of the prevented obligations from the date such performance is prevented by the Exceptional Event. If this Notice is received by the other Party after this period of 14 days, the affected Party shall be excused performance of the prevented obligations only from the date on which this Notice is received by the other Party. Thereafter, the affected Party shall be excused performance of the prevented obligations for so long as such Exceptional Event prevents the affected Party from performing them. Other than performance of the prevented obligations, the affected Party shall not be excused performance of all other obligations under the Contract. However, the obligations of either Party to make payments due to the other Party under the Contract shall not be excused by an Exceptional Event”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 87-88.

³⁵¹ Cláusulas 18.2, 18.3, 18.4 e 18.5. *Ibidem*. p. 88-89.

³⁵² SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da. *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 10.

(c) Se qualquer uma das Partes considerar que pode exigir qualquer direito ou isenção da outra Parte. Esse direito ou isenção pode ser de qualquer tipo (inclusive em conexão com qualquer certificado, determinação, instrução, Notificação, opinião ou avaliação do Contratante), exceto se envolver qualquer direito referido nos itens (a) e (b) acima.

No caso de pleitos nos termos dos itens (a) ou (b) a Subcláusula 20.2 (Reivindicações de Pagamento e/ou Extensão de Prazo) serão aplicáveis.

No caso de um pleito nos termos do item (c), e no qual a outra Parte discordou do direito ou isenção solicitados (ou considera-se que discordou se não respondeu dentro de um prazo razoável), não haverá o surgimento de uma Disputa, mas a Parte requerente poderá encaminhar uma Notificação sobre o pleito ao representante do Contratante e a Subcláusula 3.5 (Acordo ou Determinação) será aplicável. A Notificação deverá ser encaminhada assim que a Parte requerente tomar conhecimento do desacordo e incluirá detalhes do pleito e da recusa da outra Parte em aceita-lo³⁵³.

Geovane Martins e Isabela Araújo conceituam os pleitos contratuais em contratos de construção como “um relatório que demonstra as alterações dos fatos e circunstâncias previsíveis quando da contratação, e que produziram efeitos consequências no escopo e/ou preço e/ou prazo acordados, tornando injusta a obrigação assumida por uma das partes”. O pleito pode ser endereçado tanto pelo contratante quanto pela contratada e deve servir para viabilizar a consecução do escopo contratado, com o objetivo de equalizar “eventos ou situações que não eram previsíveis, ou eram previsíveis, mas de consequências incalculáveis”. Ademais, durante a execução de grandes obras, deve-se desincentivar e impedir a utilização dos pleitos como mecanismo contratual para correção de erros de orçamento ou planejamento³⁵⁴.

Infere-se das Subcláusulas 20.2 e seguintes do *Silver Book* que há efetivamente devido processo para o endereçamento do pleito, para a resposta da parte demandada e para a definição de seus efeitos. Assim, constata-se que a própria FIDIC orienta as partes a estabelecerem

³⁵³ Tradução livre de: “*A Claim may arise: (a) if the Employer considers that the Employer is entitled to any additional payment from the Contractor (or reduction in the Contract Price) and/ or to an extension of the DNP; (b) if the Contractor considers that the Contractor is entitled to any additional payment from the Employer and/or to EOT; or (c) if either Party considers that he/she is entitled to another entitlement or relief against the other Party. Such other entitlement or relief may be of any kind whatsoever (including in connection with any certificate, determination, instruction, Notice, opinion or valuation of the Employer) except to the extent that it involves any entitlement referred to in sub-paragraphs (a) and/or (b) above. In the case of a Claim under sub-paragraph (a) or (b) above, Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] shall apply. In the case of a Claim under sub-paragraph (c) above, where the other Party has disagreed with the requested entitlement or relief (or is deemed to have disagreed if he/she does not respond within a reasonable time), a Dispute shall not be deemed to have arisen but the claiming Party may, by giving a Notice refer the Claim to the Employer’s Representative and Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] shall apply. This Notice shall be given as soon as practicable after the claiming Party becomes aware of the disagreement (or deemed disagreement) and shall include details of the claiming Party’s case and the other Party’s disagreement (or deemed disagreement)*”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017. p. 92-93.

³⁵⁴ MARTINS, Geovane; ARAÚJO, Isabela. Pleitos: elaboração, apresentação e defesa. In: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et al. Arbitragem, infraestrutura e direito da construção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 214.

mecanismos de adaptação muito claros em suas cláusulas das condições gerais, os quais dependem de cooperação mútua para que possam funcionar e produzir seus efeitos.

Das Cláusulas 13, 18 e 20 das condições gerais do *Silver Book*, é possível confirmar que nos contratos *standard* de EPC há o desenho de um verdadeiro ordenamento privado no que tange os procedimentos de adaptação do contrato a eventos supervenientes. Se “a opção por menor ou maior detalhamento das previsões contratuais traduz uma escolha deliberada das partes sobre o grau de risco que pretendem enfrentar”³⁵⁵, pode-se dizer no contrato de EPC há um incentivo expresso a procedimentos contratuais detalhados, o que decorre da experiência acumulada no setor de construção civil, que constatou como as premissas para execução de obras podem ser alteradas abrupta e significativamente de modo a exigir adaptações contratuais para que o empreendimento seja concluído, e tudo isso a despeito da alocação agravada de riscos sobre o *epecista*.

3.3.3 Resolução de disputas

O *Silver Book* também traz elementos, em seu capítulo que trata da resolução de disputas, que confirmam o contrato de EPC como um contrato relacional, no qual há uma estrutura deliberadamente arquitetada para exigir a colaboração das partes para execução das obras.

Os mecanismos para resolução de disputas são endereçados às partes na Cláusula 21 das condições gerais do *Silver Book*, que inicia pela previsão da constituição de um *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)* pelas partes logo no início da relação contratual, o qual irá perdurar até praticamente o encerramento da relação contratual, conforme infere-se do modelo *standard*:

As disputas serão decididas por um DAAB de acordo com a Subcláusula 21.4 (Obtenção da Decisão do DAAB). As Partes nomearão conjuntamente os membros do DAAB dentro do prazo indicado nos Dados do Contrato (se não for indicado, considera-se 28 dias), após a data em que ambas as Partes assinaram o contrato.

O DAAB será composto, conforme indicado nos Dados do Contrato, por um membro devidamente qualificado (membro único) ou por três membros devidamente qualificados (membros). Se o número não estiver indicado e as Partes não concordarem, o DAAB será composto por três membros

(...)

³⁵⁵ FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de. Os contratos empresariais de cooperação e os mecanismos de governança. In: BAGNOLI, Vicente. *et al. Direito, Empresas e Empreendedorismo*. São Paulo: Eseni Editora, 2020. p. 70.

A não ser que as Partes estabeleçam em sentido contrário, o DAAB (incluindo a nomeação de cada membro) expirará:

(a) Na data de outorga de quitação, ou na data em que se presumir a outorga de quitação nos termos da Subcláusula 14.12 (Quitação); ou

(b) 28 dias após o DAAB ter proferido sua decisão sobre todas as Disputas a ele submetidas, nos termos da Subcláusula 21.4 (Obtenção da Decisão do DAAB), antes da quitação ter se tornado efetiva, o que acontecer depois³⁵⁶.

Conforme ensina Edson Francisco Rocha Neto, os *Dispute Boards* “consistem em um comitê de especialistas previsto contratualmente que acompanha a execução do contrato desde o seu início e até o seu final, em regra”, sendo um mecanismo de solução de disputas muito utilizado para contratos incompletos e de longa duração, como é o contrato de EPC. Como o comitê acompanha a execução do contrato em tempo real, há aumento na “probabilidade de prevenção de conflitos”, além de não existir “a defasagem natural que juízes ou árbitros tem quanto aos fatos (i. e., não precisam investir o seu tempo para reconstruir os fatos, pois acompanham de forma próxima a realidade da execução contratual)”³⁵⁷.

Ademais, embora o *Dispute Board* possa exarar definições definitivas e vinculantes sobre questões controvertidas observadas durante a execução dos contratos, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Caroline Sampaio de Almeida sublinham a finalidade preventiva dos comitês, pois “o primeiro e primordial dever de um *Dispute Board* é justamente evitar que uma divergência se torne conflito”³⁵⁸.

Nesse sentido, no caso do *Silver Book* da FIDIC prevê-se a possibilidade de utilização do *Dispute Board* constituído em duas modalidades: (i) como *Dispute Avoidance Board*, hipótese em que a finalidade é fornecer assistência técnica às partes durante a execução do contrato para que possam superar questões controvertidas e evitar o litígio; ou (ii) como *Dispute*

³⁵⁶ Tradução livre de “*Disputes shall be decided by a DAAB in accordance with Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB’s Decision]. The Parties shall jointly appoint the member(s) of the DAAB within the time stated in the Contract Data (if not stated, 28 days) after the date that both Parties have signed the Contract Agreement. The DAAB shall comprise, as stated in the Contract Data, either one suitably qualified member (the “sole member”) or three suitably qualified members (the “members”). If the number is not so stated, and the Parties do not agree otherwise, the DAAB shall comprise three members. (...) Unless otherwise agreed by both Parties, the term of the DAAB (including the appointment of each member) shall expire either: (a) on the date the discharge shall have become, or deemed to have become, effective under Sub-Clause 14.12 [Discharge]; or (b) 28 days after the DAAB has given its decision on all Disputes, referred to it under Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB’s Decision] before such discharge has become effective, whichever is later*”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 97.

³⁵⁷ ROCHA NETO, Edson Francisco. *Os dispute boards como instituto processual: por um enquadramento na Teoria Geral do Processo*. 2023. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2023. p. 42-43.

³⁵⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise Crítica das Cláusulas *Dispute Board*: Eficiência e Casos Práticos. *Revista NEJ – Eletrônica*. v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013. p. 231.

Adjudication Board, hipótese em que o comitê formado será instado a exarar uma decisão definitiva e vinculante sobre o tema controvertido entre as partes. Essa decisão vinculante poderá, conforme será delineado adiante, dar início a um procedimento arbitral³⁵⁹.

Com efeito, nos termos da Subcláusula 21.3 do *Silver Book*, o *Dispute Board* pode ser utilizado pelas partes como mecanismo para evitar litígios (*Avoidance of Disputes*) a qualquer momento durante a execução do contrato mediante um requerimento conjunto. No entanto, também está prevista a possibilidade de que o próprio comitê convide as partes a submeter um requerimento conjunto caso observe qualquer ponto controvertido durante a execução das obras.

Se as Partes assim acordarem, poderão solicitar conjuntamente (por escrito) ao DAAB que forneça assistência e/ou participe de discussão informal para tentar resolver qualquer problema ou desacordo que possa ter surgido durante a execução do contrato. Se o DAAB tomar conhecimento de um problema ou desacordo, poderá convidar as Partes a apresentarem essa solicitação conjunta.

O pedido conjunto poderá ser feito a qualquer momento, exceto durante o período em que o Representante do Contratante estiver desempenhando suas funções de acordo com a Subcláusula 3.5 (Acordo ou Determinação) sobre o tema controvertido entre as Partes.

Essa assistência informal poderá ocorrer durante qualquer reunião, visita ou qualquer outra modalidade. No entanto, salvo disposição em contrário, ambas as Partes devem estar presentes nas discussões. As Partes não estão obrigadas a agir de acordo com qualquer conselho durante as reuniões informais, e o DAAB não estará vinculado a qualquer futuro processo ou decisão de resolução de disputa por qualquer opinião ou conselho, oral ou escrito, exarado durante o processo de assistência informal³⁶⁰.

Por outro lado, a Subcláusula 21.4 do *Silver Book* minudencia o procedimento para obtenção de uma decisão vinculante por parte do *Dispute Adjudication Board*, de modo que

³⁵⁹ Alguns autores, como Flávia Bittar Neves e Natassia Pereira, inclusive classificam o *Dispute Avoidance/Adjudication Board* previsto nos modelos *standard* elaborados pela FIDIC como uma modalidade autônoma, introduzida “com o objetivo de evitar a necessidade de iniciar um procedimento formal de resolução de disputas, pela qual o comitê pode fornecer assistência informal para que as partes possam resolver quaisquer questões que surjam durante a execução do projeto”. Fonte: NEVES, Flávia Bittar; PEREIRA, Natassia. A evolução no uso dos comitês de prevenção e resolução de disputas (dispute boards) no Brasil. In: VAZ, Alyne de Matteo. *et al. Infraestrutura, construção, arbitragem e dispute board: homenagem a Gilberto José Vaz*. Belo Horizonte: Del Rey, 2024. p. 429.

³⁶⁰ Tradução livre de “If the Parties so agree, they may jointly request (in writing) the DAAB to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any issue or disagreement that may have arisen between them during the performance of the Contract. If the DAAB becomes aware of an issue or disagreement, it may invite the Parties to make such a joint request. Such joint request may be made at any time, except during the period that the Employer’s Representative is carrying out his/her duties under Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] on the matter at issue or in disagreement unless the Parties agree otherwise. Such informal assistance may take place during any meeting, Site visit or otherwise. However, unless the Parties agree otherwise, both Parties shall be present at such discussions. The Parties are not bound to act on any advice given during such informal meetings, and the DAAB shall not be bound in any future Dispute resolution process or decision by any views or advice given during the informal assistance process, whether provided orally or in writing”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 99.

estabelece prazos e requisitos para que as partes “façam referência” a uma disputa, os quais compreendem, por exemplo, o atendimento ao prazo decadencial de quarenta e dois dias a partir do envio da notificação de insatisfação (*Notice of Dissatisfaction*) sobre uma determinação do contratante³⁶¹.

Nos termos do que está estabelecido na Subcláusula 21.4.3 do *Silver Book*, a decisão a ser proferida pelo *Dispute Adjudication Board* vincula as partes, contudo, esta decisão pode ser objeto de uma notificação de insatisfação (*Notice of Dissatisfaction*) a ser encaminhada pela parte que dela discorde³⁶². Inclusive, a Subcláusula 21.4.4 estabelece que a notificação de insatisfação sobre a decisão proferida pelo comitê será um requisito contratual para que decisão proferida não se torne definitiva e a parte insatisfeita possa iniciar uma arbitragem sobre o mesmo tema decidido pelo *Dispute Board*³⁶³. Nada obstante, antes do início do procedimento arbitral, o próprio *Silver Book* sugere em sua Subcláusula 21.5 que as partes colaborem e cheguem a um acordo amigável (*amicable settlement*) sobre o tema em caso de notificações de insatisfação³⁶⁴.

Assim, observa-se que a previsão de um *Dispute Avoidance/Adjudication Board* nas condições gerais do *Silver Book* ressalta a natureza relacional do contrato de EPC, já que este comitê é constituído desde o início da contratação e acompanha o desenvolvimento das obras, podendo tanto auxiliar as partes a chegarem a um consenso sobre temas controvertidos (*Dispute Avoidance Board*), quanto exarar decisões definitivas, céleres e vinculantes sobre questões necessárias para garantir a fluidez dos trabalhos.

³⁶¹ “The reference of a Dispute to the DAAB (the “reference” in this Sub-Clause 21.4) shall: (a) if Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] applied to the subject matter of the Dispute, be made within 42 days of the date of the relevant NOD under Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer’s Representative’s determination]. If the Dispute is not referred to the DAAB within this period of 42 days, such NOD shall be deemed to have lapsed and no longer be valid; (b) state that it is given under this Sub-Clause; (c) set out the referring Party’s case relating to the Dispute; (d) be in writing, with a copy to the other Party; and (e) for a DAAB of three persons, be deemed to have been received by the DAAB on the date it is received by the chairperson of the DAAB. The reference of a Dispute to the DAAB under this Sub-Clause shall, unless prohibited by law, be deemed to interrupt the running of any applicable statute of limitation or prescription period”. Fonte: *Ibidem*. p. 99.

³⁶² The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly comply with it whether or not a Party gives a NOD with respect to such decision under this Sub-Clause”. *Ibidem*. p. 100.

³⁶³ “Except as stated in the last paragraph of Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer’s Representative’s determination], in Sub-Clause 21.7 [Failure to Comply with DAAB’s Decision] and in Sub-Clause 21.8 [No DAAB In Place], neither Party shall be entitled to commence arbitration of a Dispute unless a NOD in respect of that Dispute has been given in accordance with this Sub-Clause 21.4.4. If the DAAB has given its decision as to a matter in Dispute to both Parties, and no NOD under this Sub-Clause 21.4.4 has been given by either Party within 28 days after receiving the DAAB’s decision, then the decision shall become final and binding on both Parties”. *Ibidem*. p. 100-101.

³⁶⁴ “Where a NOD has been given under Sub-Clause 21.4 [Obtaining DAAB’s Decision], both Parties shall attempt to settle the Dispute amicably before the commencement of arbitration. However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the twenty-eighth (28th) day after the day on which this NOD was given, even if no attempt at amicable settlement has been made”. *Idem*.

Sabe-se, contudo, que uma das principais desvantagens dos *Dispute Boards* é o fato de que as decisões “têm natureza somente contratual e não podem ser executadas perante o Judiciário”³⁶⁵. Ciente disso, o *Silver Book* estabelece em sua Subcláusula 21.6 que as decisões proferidas pelo comitê que não tenham se tornado definitivas e vinculantes podem ser levadas à arbitragem pela parte insatisfeita:

A menos que seja resolvido amigavelmente e sujeito à Subcláusula 3.5.5. (Insatisfação com Determinação do Representante do Contratante), Subcláusula 21.4.4. (Insatisfação com a decisão do DAAB), Subcláusula 21.7 (Descumprimento da Decisão do DAAB) e Subcláusula 21.8 (Nenhuma DAAB em vigor), qualquer disputa em relação à decisão do DAAB (se houver) que não tiver se tornado definitiva e vinculante será resolvida por arbitragem internacional³⁶⁶.

Como visto anteriormente, é de amplo conhecimento de todos aqueles que atuam profissionalmente com contratos de EPC que, em razão da alta complexidade das obras que são objeto desta modalidade de contrato, a arbitragem é a escolha mais eficiente para resolução de qualquer litígio dele derivado³⁶⁷. Não por outro motivo a pesquisa “Arbitragem em Números” capitaneada por Selma Ferreira Lemes, identificou que em 2023 a Câmara FGV e a *International Court of Arbitration* (CCI) apresentavam a grande maioria dos procedimentos em curso – 44% e 39,6%, respectivamente – afetos à matéria de construção civil e energia³⁶⁸. Aliás, é digno de nota que o *Silver Book* orienta a escolha das partes pela CCI na cláusula compromissória a ser aposta no contrato³⁶⁹.

³⁶⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise Crítica das Cláusulas *Dispute Board*: Eficiência e Casos Práticos. **Revista NEJ – Eletrônica**. v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013. p. 232.

³⁶⁶ Tradução livre de “Unless settled amicably, and subject to Sub-Clause 3.5.5 [Dissatisfaction with Employer’s Representative’s determination], Sub-Clause 21.4.4 [Dissatisfaction with DAAB’s decision], Sub-Clause 21.7 [Failure to Comply with DAAB’s Decision] and Sub-Clause 21.8 [No DAAB In Place], any Dispute in respect of which the DAAB’s decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 101.

³⁶⁷ Wanderley Fernandes aduz que para compreender a razão pela qual litígios derivados de contratos de construção, dentre os quais o contrato de EPC, são levados à arbitragem, deve-se considerar que “(a) tais contratos envolvem matérias especializadas, que inevitavelmente um juiz generalista delegará à perícia técnica; (b) os valores envolvidos em arbitragens de construção geralmente são elevados e, assim, justificam os custos de uma arbitragem; (c) sendo a arbitragem mais expedita e célere, grandes projetos e investimentos não se sujeitam a incertezas de um longo processo judicial; (d) as partes têm maior participação na “customização” do procedimento adequado para a operação econômica específica; e (e) o tribunal arbitral poderá ser composto de profissionais com formação específica para a matéria em discussão, escolha que não pode ser feita em processo judicial”. Fonte: FERNANDES, Wanderley. Arbitragem e construção. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 619-655. p. 641.

³⁶⁸ LEMES, Selma. **Arbitragem em números: Pesquisa 2022/2023 – Realizada em 2024**. Canal Arbitragem. São Paulo: Thinky, 2024.

³⁶⁹ “21.6. Arbitration. (...) (a) the Dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 101.

Finalmente, mesmo quando trata da solução de conflitos por arbitragem, o *Silver Book* sobreleva a natureza relacional da contratação e a necessidade de cooperação entre as partes para a execução do contrato, ao passo que estabelece expressamente que ao decidir sobre os custos da arbitragem, o tribunal arbitral constituído poderá levar em consideração que “uma parte deixou de cooperação com a outra Parte na constituição de um DAAB nos termos da Subcláusula 21.1 (Constituição do DAAB) e/ou Subcláusula 21.2 (Falha na Nomeação de Membros do DAAB)”³⁷⁰.

3.3.4 A racionalidade econômica do contrato de EPC: síntese

A racionalidade econômica das partes ao celebrarem um contrato de EPC para execução de grandes obras de elevada complexidade pode ser compreendida a partir das dimensões da transação, delineadas pela Economia dos Custos de Transação de Oliver Williamson.

Em primeiro lugar, porque o ativo transacionado em um contrato de EPC é altamente específico, podendo inclusive ser classificado como um ativo irrecuperável (*sunk asset*). Sobre esta característica do ativo, Lie Uema do Carmo cita a lição de Roger Miller e Donald R. Lessard, que exemplificam a situação ao estabelecer que “equipamentos de mineração podem ser revendidos em mercados secundários, mas pontes, rodovias, túneis e plantas são *sunk assets*”³⁷¹, de modo que não podem ser utilizados para outra finalidade, senão aquela para a qual desenvolvidos.

Em razão da alta especificidade do ativo, que por vezes corresponde a um empreendimento inovador e disruptivo, a incerteza que circunscreve a transação também é extremamente alta, exigindo das partes que elaborem uma estrutura de governança capaz de absorver e gerir adequadamente esta incerteza. A tudo isso, soma-se o fato de que embora a frequência da transação seja baixa, como a execução do empreendimento ocorre uma única vez, para sua finalização há a necessidade da articulação de uma multiplicidade de prestações pelas partes, de modo que o decurso do tempo também se torna elemento inerente à transação.

³⁷⁰ Tradução livre de “In any award dealing with costs of the arbitration, the arbitrator(s) may take account of the extent (if any) to which a Party failed to cooperate with the other Party in constituting a DAAB under Sub-Clause 21.1 [Constitution of the DAAB] and/or Sub-Clause 21.2 [Failure to Appoint DAAB Member(s)]”. Fonte: *Ibidem*. p. 101.

³⁷¹ MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. Introduction. In: MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. **The Strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks and governance**. Hong Kong: MIT, 2000. p. 12 *apud* CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 190.

Fator que também não pode ser desconsiderado é o contexto institucional do mercado de construção civil, no qual com a disseminação da execução de obras no modelo de *project finance*, passaram a coexistir investidores que possuem interesse em aportar grandes valores para construção de empreendimentos complexos capazes de gerar receita, e sociedades de engenharia e arquitetura especializadas em conceber tais empreendimentos e executá-los no modelo *turnkey*, que irão exigir uma remuneração majorada em relação ao modelo de contratação tradicional.

Observando essa tendência, a prática no setor de construção civil constatou que a estrutura de governança mais eficiente para suportar essa modalidade de transação é a de um contrato complexo e de longa duração, que estabeleça de maneira clara e eficiente a alocação de riscos bem como preveja mecanismos de adaptação do contrato aos eventos de incerteza que inevitavelmente irão atingi-lo, de modo a garantir a execução da obra. Assim, organizações internacionais, sendo a principal delas a FIDIC, passaram a elaborar e oferecer modelos *standard* de contratos de EPC no mercado, o que também passou a ser um grande incentivo institucional para que os agentes econômicos adotem este modelo de contratação.

Um fato incontroverso é que o contrato celebrado para suportar uma operação de EPC será necessariamente incompleto, de modo que o próprio modelo *standard* elaborado pela FIDIC evidencia que para que a estrutura de governança desenhada seja eficiente e atinja a finalidade pretendida há a necessidade de que o instrumento contratual projete a relação para o futuro, de modo a estabelecer mecanismos de colaboração, colmatação de lacunas e adaptação dos termos contratuais a eventos supervenientes, sem descuidar de uma eficiente gestão de disputas que podem surgir.

Nestes termos, o contrato de EPC adquire os contornos de um contrato relacional, em que a colaboração entre as partes para manutenção do contrato e a execução do escopo pretendido é objeto de disposição expressa, que se revela mediante a aposição de cláusulas de *hardship*, *force majeure* ou mesmo a implementação de *Dispute Avoidance Boards*, conforme demonstram as Cláusulas 13, 18, 20 e 21 do *Silver Book*, anteriormente detalhadas.

Portanto, pode-se dizer que ao celebrarem um contrato de EPC as partes possuem plena consciência da complexidade da operação e da incompletude natural do instrumento, de modo que concordam em trabalhar a obrigação como um processo, colaborando entre si e adaptando os termos do contrato nos limites daquilo que foi contratado, mas sem se esquivar dos riscos previamente alocados, para que o empreendimento seja finalizado e os investimentos específicos realizados não retem prejudicados.

4 INTERPRETAÇÃO E PREENCHIMENTO DE LACUNAS NOS CONTRATOS DE EPC

A partir do desenvolvimento do trabalho, verificou-se que o contrato de EPC é um ajuste empresarial extremamente complexo³⁷² e, estas notas de complexidade, atreladas tanto aos seus aspectos internos quanto externos são relevantes porque deverão ser consideradas pelo aplicador do direito para avaliar a necessidade ou a conveniência de intervenção nesta espécie de contrato.

Embora o cerne deste trabalho não tenha sido verticalizar sobre a complexidade do processo hermenêutico em sentido amplo, o que demandaria um trabalho autônomo dedicado ao tema, o objetivo deste terceiro capítulo é, mediante a conjunção dos dois capítulos anteriores e à luz do direito brasileiro, evidenciar o impacto direto da tipicidade social e da natureza relacional do contrato de EPC para o aplicador do direito no momento de interpretação ou preenchimento de lacunas nos contratos de EPC.

Com este objetivo, inicialmente foram destacados alguns dos elementos essenciais do processo hermenêutico, especificamente no que tange à interpretação e ao preenchimento de lacunas nos contratos empresariais. Na sequência, os elementos diretamente relacionados à tipicidade social do contrato e a sua natureza relacional foram enfrentados, sempre possuindo a natureza empresarial do ajuste como pano de fundo.

4.1 INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL

No subcapítulo 1.3 do trabalho, demonstrou-se que o contrato de EPC é um contrato nitidamente empresarial³⁷³, ao qual se aplica uma lógica diversa em relação aos demais contratos privados, em especial aos que refletem relações trabalhistas e de consumo.

Apesar de suas particularidades, Paula Forgioni destaca que “pouca importância dá-se à interpretação dos negócios empresariais, como se a letra do instrumento existisse por si só, e

³⁷² “Somando-se os desafios técnicos e tecnológicos específicos de cada projeto à complexidade do objeto das prestações, à multiplicidade de partes, aos riscos e aos elevados interesses, o resultado, inescapável, é um programa contratual muito complexo em todas as dimensões”. Fonte: CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 307.

³⁷³ “Um contrato EPC enquadra-se na categoria dos contratos empresariais, quer seja pela qualificação de seus signatários (empresários), quer seja pelo fato de ambos os polos voltarem os seus esforços na busca do lucro e se sujeitarem à alocação de riscos com base em escolhas calcadas em sua expertise e estratégias. Não há, em relação à espécie analisada, situação de dependência ou hipossuficiência que pudesse vir a descaracterizar o livre exercício da autonomia privada na escolha dos termos do contrato firmado”. Fonte: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 270.

por isso fosse capaz de disciplinar a relação formatada pelos agentes econômicos nos amplos quadrantes da autonomia privada”³⁷⁴. Ocorre que, conforme prossegue a Autora, “o momento da interpretação do contrato não pode ser uma ‘terra de ninguém’, um ‘vale tudo’ que abre espaço a um pragmatismo caótico ou arbítrio do julgador”, de modo a permitir àquele que julga “transformar o contrato em algo diferente do que as empresas acordaram”³⁷⁵. Assim, é de rigor a existência de normas que guiem o processo hermenêutico de interpretação do contrato.

Conforme lição de Pontes de Miranda, interpretar é “indagar e revelar o significado que se deve atribuir à manifestação de vontade, ou às manifestações de vontade de que resultou o negócio jurídico”³⁷⁶. Menezes Cordeiro afirma que “a interpretação do negócio visa determinar o seu sentido juridicamente relevante”³⁷⁷. E, José Antônio Peres Gediél, Adriana Espíndola Correa e Maria Cândida Kroetz ensinam que o processo de interpretação “estabelece o conteúdo do negócio jurídico, mediante a atribuição de sentido à declaração negocial e ao comportamento daquele ou daqueles que figuraram no negócio jurídico”³⁷⁸.

Embora entenda que o processo de interpretação do negócio jurídico é uno, para fins expositivos Franciso Paulo De Crescenzo Marino o divide em duas fases. Na primeira fase, denominada “fase meramente cognitiva”, o objetivo do intérprete é “averiguar o sentido efetivamente atribuído à declaração pela parte ou pelas partes do negócio jurídico”, o que ocorre mediante a identificação da vontade exteriorizada, considerando o contexto e as circunstâncias concretas relevantes³⁷⁹. Já a segunda fase, denominada de “fase complementar”, consiste no momento em que, após identificar lacunas, ambiguidades e obscuridades na declaração negocial, o intérprete buscará superar esses defeitos de modo a “desenvolver ao máximo as potencialidades do negócio jurídico” à luz das normas aplicáveis³⁸⁰. O Autor ainda explica que

³⁷⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 217.

³⁷⁵ *Ibidem*. p. 220.

³⁷⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 69.

³⁷⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil II**. 5. Ed. Lisboa: Grupo Almedina, 2021. p. 676.

³⁷⁸ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 133 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 330.

³⁷⁹ “A vontade relevante, para o intérprete, não é uma vontade qualquer, que tenha permanecido no foro íntimo da parte. (...). A vontade relevante é, pois, uma vontade qualificada. Trata-se da vontade que foi exteriorizada, isto é, que ultrapassou a esfera psicológica do seu autor e fez apelo à compreensão alheia. Para determinar tal vontade declarada, deve-se levar em conta não só a literalidade da linguagem empregada pelo declarante ou pelos declarantes, mas também o contexto verbal e todas as circunstâncias relevantes”. Fonte: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **A interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 164.

³⁸⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **A interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175.

essa subdivisão do processo interpretativo em fases corresponde ao que a doutrina denomina de “interpretação subjetiva” e “interpretação objetiva” dos contratos³⁸¹.

Judith Martins-Costa define a interpretação como “atividade ou processo de correlação entre palavras, frases, a tradição, o contexto do caso, e as funções da norma ou do instituto jurídico em causa, bem como a correlação entre aqueles e os valores jurídicos implicados”³⁸². Nestes termos, sustenta que a interpretação contratual deve se pautar no raciocínio por concreção, de modo que o intérprete deve obrigatoriamente levar em consideração as circunstâncias do caso concreto para extrair o entendimento que lhe permita aplicar a norma jurídica³⁸³.

Assim, como postulado normativo que estabelece como a interpretação deve ser feita, inclusive no sentido de como o intérprete deve aplicar regras e princípios, Judith Martins-Costa sobreleva a importância das “circunstâncias do caso”, utilizando-se da lição de Pontes de Miranda para aduzir que:

(...) em cada caso, em cada contrato, serão as circunstâncias do caso que darão o tom, vale dizer – constituirão o filtro – pelo qual devem ser ponderados e sopesados princípios e regras contratuais, por isso, tendo importância decisiva no modo e na escala de aplicação dos princípios, permitindo discernir entre o seu valor facial, ou meramente nominativo, e seu valor propriamente hermenêutico.

(...)

Em cada contrato – disse-o bem Pontes de Miranda –, o intérprete ‘está diante da manifestação da vontade de A e de manifestação de vontade de B, cercado pelo modo de conduzir-se de A e de B pelas circunstâncias’. (...) Como veste jurídica das operações econômicas os contratos estão fortemente atados às exigências práticas, por isso estando ligados aos dados contextuais, alguns deles extrajurídicos: no exame de contratos interempresariais, hão de ser considerados, por exemplos, dados atinentes aos interesses empresariais estratégicos e econômicos que o ajuste visou instrumentalizar. Por esta razão o intérprete deve ter presente inclusive as regras que regem o setor econômico no qual inserida a operação (econômica) a que o contrato visa instrumentalizar³⁸⁴.

Na concepção da Autora, as circunstâncias do caso traduzem-se em dados contextuais da celebração do negócio jurídico que necessariamente devem ser considerados pelo intérprete durante o processo hermenêutico para que seja possível atribuir ao negócio jurídico a função

³⁸¹ I MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **A interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 179.

³⁸² MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 31, p. 135-175, 2006. p. 138-139.

³⁸³ “Por essa razão, concretizar implicar *sopesar* os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao ‘tornar concreto’ o intérprete adote uma *atitude de ordenação e de estabelecimento de relações* compondo e entrecendo elementos de ordem fática e normativa”. Fonte: *Ibidem*. p. 150.

³⁸⁴ *Ibidem*. p. 157-158.

normativa que melhor posicione a autonomia privada perante as limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Judith Martins-Costa explica que “o postulado normativo das circunstâncias do caso é integrado por elementos fáticos e normativos”³⁸⁵, cabendo citar dentre aqueles previstos no Código Civil “os usos do tráfego negocial”³⁸⁶, a “função econômico-social do negócio”³⁸⁷ e “o motivo comum a ambas as partes”³⁸⁸.

Em sentido convergente, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke evidencia que “sempre se interpreta um contrato, mesmo quando da aparente clareza de sua *littera* (inclusive para confirmar a clareza que *a priori* se detecta); e que a interpretação sempre abarca a inserção do texto em seu contexto”³⁸⁹.

Carlos Nelson Konder, por sua vez, aduz que diante da constitucionalização do Direito Privado³⁹⁰ o processo hermenêutico para definição das normas aplicáveis ao contrato não pode se pautar na “indagação de viés subjetivo ou mesmo psicológico sobre o desejo das partes envolvidas” e nem dará “atenção exclusiva à forma pela qual a vontade foi declarada”. Na

³⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 31, p. 135-175, 2006. p. 138-139. p. 160.

³⁸⁶ “Deve, pois, o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual”. Fonte: MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 31, p. 135-175, 2006. p. 163-164.

³⁸⁷ “O intérprete deve buscar, pois a materialidade dos esquemas negociais e não a abstrata causa-função do negócio”. *Ibidem*. p. 164-165.

³⁸⁸ Segundo a Autora, os “motivos determinantes” e comum a ambas as partes devem ser compreendidos como a “base a ser detectada pelo que sugere o *id plerunque accidit*, pelo que a inteligência noral em certo setor indica, em suma, pelo que deriva da própria natureza do negócio e de suas circunstâncias fáticas e normativas, para além do que se estampa na declaração formal, ‘na letra do contrato’”. Basicamente, a motivação não pode ser entendida como elemento subjetivo, mas sim como “elemento da expectativa legítima e, por isso mesmo, passível de contraste com o *quod plerunque accidit* e com critérios derivados da proteção da confiança de ambos os partícipes da relação e da concreta utilidade econômico-social do negócio”. *Ibidem*. p. 174. Em mesmo sentido, Enzo Roppo já havia delineado que “procurar a comum intenção das partes não equivale a desenvolver uma tarefa de introspecção mental, não significa individualizar as atitudes psíquicas e volitivas reais e concretas das partes, no momento de conclusão do contrato. (...) em particular, deve o intérprete valorar o seu comportamento global, mesmo posterior à conclusão do contrato (art. 1362, c. 2, cód. civ.), e, conseqüentemente, analisar o desenvolvimento das negociações, o curso das relações análogas havidas anteriormente entre as mesmas partes, a modalidade na qual se procede à execução do contrato, etc.”. Fonte: ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Livraria Almedina: Coimbra, 1988. p. 171.

³⁸⁹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação: História, Conceito e Método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 379.

³⁹⁰ Conforme explica Anderson Schreiber: “(...) o direito civil-constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”. Fonte: SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

verdade, segundo o Autor, caberá ao intérprete investigar a norma que “propicie maior conformidade entre a função concreta perseguida pelo ato de autonomia e os interesses tutelados pelo ordenamento”, devendo buscar a “tutela da confiança criada, pela proteção das legítimas expectativas construídas entre as partes”, o que inevitavelmente atrai a incidência da boa-fé³⁹¹.

Na lição de Judith Martins-Costa, a boa-fé possui função hermenêutica, servindo ao intérprete como “critério para auxiliar a determinação do significado que a operação contratual revela segundo uma valoração conduzida à luz da conduta conforme a boa-fé”³⁹². Nada obstante, e embora de incidência perene na interpretação de negócios celebrados entre empresários, deve-se ter em mente que nesta seara a boa-fé é “peculiarizada” pela “(i) noção de mercado; (ii) o dinamismo (...); (iii) o forte impacto que a *praxis* tem nesse campo (...); (iv) a informalidade e a atipicidade; e (v) a dinâmica circulação/apropriação de modelos providos da praxe internacional ou da experiência comparatista”³⁹³. Deve-se recordar, ademais, que conforme a lição de Clóvis V. do Couto e Silva a obrigação é um processo³⁹⁴, e a boa-fé também incide de forma perene, conforme as especificidades das fases do processo obrigacional³⁹⁵.

Com efeito, no que tange à interpretação dos contratos empresariais, revela-se de especial importância a atenção do intérprete às circunstâncias do caso, na medida em que os usos, costumes e práticas de mercado sempre pautaram a conformação de normas aplicáveis aos comerciantes, traduzindo-se no que Paula Forgioni denomina de “duplo aspecto” da disciplina comercial: “de um lado, temos as normas esculpidas pelos comerciantes, conforme suas necessidades; de outro, as normas que procuram (sem abortar a lógica de funcionamento do mercado) proteger interesses além daqueles dos mercadores”³⁹⁶. Assim, a Autora sublinha que, no processo de interpretação dos contratos empresariais, a atenção do intérprete à causa do negócio (função econômica) e à racionalidade econômica dos agentes assumem especial importância³⁹⁷.

³⁹¹ KONDER, Carlos Nelson de Paula. Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 47-62, jun. 2015. p. 51.

³⁹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 490.

³⁹³ *Ibidem*. p. 301-302.

³⁹⁴ “A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos”. Fonte: SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 167.

³⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 410.

³⁹⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 222.

³⁹⁷ *Ibidem*. p. 223.

Nesta linha, Paula Forgioni ensina que a causa do contrato, compreendida como sua função econômica, deve funcionar como vetor interpretativo, na medida em que “a causa liga o negócio ao mercado, a praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte”, de modo que possibilita “objetivar” a função econômica para a qual se direcionou o contrato³⁹⁸. Importante retomar que “os contratos empresariais estão necessariamente vinculados à sua utilidade prática, a partir da qual são verificados os seus efeitos jurídicos”³⁹⁹.

Por outro lado, no que tange ao papel da racionalidade econômica e da proteção da eficiência das decisões empresariais na interpretação dos contratos empresariais, deve-se recordar, conforme detalhado no capítulo anterior deste trabalho, que a racionalidade econômica parte do pressuposto de que os agentes econômicos agem racionalmente para reduzir os custos de transação, e o Direito existe justamente para traçar os limites a essa atuação pautada na autonomia privada⁴⁰⁰. Dentro desta perspectiva, embora a racionalidade econômica seja útil para o processo hermenêutico, ela diverge da racionalidade jurídica, que é a de fato responsável por informar a interpretação contratual. Conforme ensina Paula Forgioni, a racionalidade jurídica é aquela que necessariamente leva em consideração as limitações impostas pelo ordenamento, e a que possui utilidade para o processo hermenêutico:

A racionalidade jurídica – que deve necessariamente informar a atividade de interpretação contratual – é diversa da econômica, embora ambas tenham pontos em comum e seja útil à sua consideração recíproca. Para o sistema jurídico, a única racionalidade do agente econômico que pode ser levada em conta é aquela que é condicionada pelo direito; essa obrigatoriedade decorre da garantia de pressupostos do funcionamento do sistema. O direito não pode tomar como um dos parâmetros de interpretação ou integração contratual uma racionalidade que não o aceite, ou que faça tábula rasa de seus princípios orientadores⁴⁰¹.

Portanto, embora compreender a racionalidade econômica dos agentes seja útil para que o intérprete se aproxime do contexto em que foi tomada a decisão empresarial e apreenda os dados concretos, a única racionalidade que deve incidir quando do processo interpretativo é a racionalidade jurídica, ou seja, aquela que é condicionada pelo Direito.

³⁹⁸ I FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 223.

³⁹⁹ CARVALHO, Angelo Prata de. **Contratos empresariais atípicos: a atipicidade contratual na Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 148.

⁴⁰⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 236.

⁴⁰¹ *Ibidem*. p. 238.

Conclui-se, assim, que, na interpretação dos contratos empresariais, torna-se de especial relevância a atenção do intérprete aos dados contextuais que justificam a celebração do negócio jurídico, os quais em última análise revelam a sua função econômica e a racionalidade empregada pelos agentes, de modo a permitir ao intérprete objetivar a finalidade pretendida pelas partes com o contrato celebrado. A isso soma-se a incidência perene da boa-fé, que deve ser incidir em todas as fases do processo obrigacional, conforme as particularidades inerentes aos contratos empresariais. Com base nestes parâmetros é que será possível ao intérprete extrair significado da manifestação de vontade dos contratantes, de modo a determinar o conteúdo do negócio jurídico celebrado e, caso necessário, eliminar ambiguidades, suprir lacunas e esclarecer obscuridades.

4.1.1 Preenchimento de lacunas

A doutrina distingue a interpretação contratual do processo de preenchimento de lacunas contratuais de modo a afirmar que “na primeira, parte-se do texto para desdobrar seu sentido. (...) Na segunda, diante de inegável lacuna, da falta de previsão expressa sobre o tratamento que se deve dar a fato superveniente, o intérprete deverá (ou não) complementar a avença”⁴⁰². Conforme aduz Judith Martins-Costa, “interpreta-se a manifestação de vontade (declarativa e adeclarativa)” e “integra-se o que está vazio, lacunoso, incompleto, o que é carente da presença de algo que lá deveria estar”⁴⁰³.

Nada obstante, também já foi afirmado que a diferenciação estanque entre o processo de interpretação e preenchimento de lacunas seria de pouca relevância prática, na medida em

⁴⁰² FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 45, p. 229-244, abr./jun. 2015. p. 229.

⁴⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 587.

que são etapas necessárias, e por vezes simultâneas, do processo hermenêutico, de modo que ambos integram a “espiral hermenêutica”⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵.

Ao se debruçar sobre o tema, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke afirmou expressamente que o preenchimento de lacunas está compreendido no processo de interpretação contratual⁴⁰⁶, na medida em que:

O suprimento de lacunas é processo interpretativo por conta de seu primacial objetivo: colmatar a insuficiência tendo em vista a intenção comum das partes; ou, como diz Pontes de Miranda, o ‘querido’ pelos contratantes, que é o postulado do preenchimento de lacuna. É interpretação, portanto, porque o processo hermenêutico, apesar de não dirigido em face de uma previsão particular ou de uma conduta específica assumida pelos contratantes, se processa em face de um ato jurídico *total* – como um todo, como um complexo, com vistas a dele extrair o significado que oportunizará o seu suprimento. Mas é *completativa* porque o mecanismo atua em segundo grau de abstração, vez que, não dispondo de um objeto direto de que se extraia a mensagem, o aplicador atua *mediatamente*, isto é, do todo para a partícula⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ “A distinção entre interpretação e integração é recorrente na doutrina, confluindo de modo geral aos seguintes termos: enquanto a interpretação, por um lado, se referiria estritamente à atribuição de significado ao que foi expressamente estabelecido no contrato, a integração, por outro lado, envolveria a atribuição de significado normativo – a formulação de normas – justamente a um ponto do negócio que não foi expressamente esclarecido pela redação do instrumento. (...) entretanto, o paulatino crescimento dos espaços de heteronormatividade no âmbito dos contratos permitiu que a sacralidade da vontade perdesse espaço em favor de outras diretrizes hermenêuticas na construção do conteúdo do regulamento contratual. Mais do que isso, os desenvolvimentos teóricos sobre o tema conduziram à constatação de inevitável circularidade entre fato e norma no processo interpretativo (a “espiral hermenêutica”), incompatível com a ideia de etapas estanques e sucessivas. Dessa forma, a distinção estrita entre interpretação e integração perdeu grande parte de sua importância”. Fonte: KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020. p. 29-30.

⁴⁰⁵ Ainda sobre a impossibilidade de segregação das etapas do processo hermenêutico, José Antônio Peres Gediel, Adriana Espíndola Correa e Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Koetz evidenciam que “a fixação do conteúdo da regulação negocial requer outras atividades que, embora complementem a interpretação, não podem ser, inteiramente, a ela reconduzidas, como a qualificação e a integração do negócio jurídico. (...) A qualificação consiste em verificar o enquadramento de determinado negócio jurídico nas normas e daí lhes retirar efeitos jurídicos. Entretanto, para qualificar já se exige uma interpretação e, do mesmo modo, essa qualificação tem consequências para o ato de interpretar. (...) A integração do negócio jurídico, por sua vez, visa preencher as lacunas e a corrigir ambiguidades da declaração negocial”. Fonte: GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 133 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 331.

⁴⁰⁶ É importante registrar, contudo, que Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke diferencia a integração contratual do processo interpretativo: “Comece-se por dizer que o aplicador nada integra. O que se integra ao conteúdo de um contrato, em sua formação e execução, são os elementos decorrentes da lei cogente ou supletiva, dos costumes (‘usos-regras’) e da boa-fé objetiva, que se somam ao conteúdo construído pelas partes, fazendo agregar o que vimos sob os nomes de ‘conteúdo implícito’ e ‘conteúdo presumido’. A integração, portanto, é fase anterior a qualquer interpretação e a ela não pertence, jamais posterior, porque situada na constituição da disciplina contratual, isto é, das regras que regem a relação entre as partes. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Fonte: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação: História, Conceito e Método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 375-376.

⁴⁰⁷ *Ibidem*. p. 383-384.

Judith Martins-Costa afirma que “o processo integrativo se inicia pela interpretação”, oportunidade em que pode o intérprete identificar “disposições contratuais sofram de uma incompletude que requereria previsão e regulação para possibilitar a própria inteligibilidade do negócio, em vista de seus fins e de sua racionalidade econômico-social, bem como para sua conformidade com a ordem jurídica”⁴⁰⁸. Neste momento é que haverá o esforço hermenêutico para o preenchimento da lacuna identificada, caso necessário, o qual, segundo Francisco Paulo De Crescenzo Marino, consiste em integrar ao negócio jurídico “efeitos advindos de fontes ‘extranegociais’, mais especificamente das normas supletivas (cogentes ou dispositivas), do princípio da boa-fé e dos usos em função normativa”⁴⁰⁹.

Portanto, o preenchimento de lacunas contratuais envolve a atribuição de uma regra, pelo intérprete, para incidir sobre situação que não foi prevista pelos contratantes no instrumento celebrado, processo este que se imiscui ao processo de interpretação⁴¹⁰, detalhado no subcapítulo 4.1 acima, com o objetivo de suprir o avençado.

Como critério para a colmatação de lacunas contratuais, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke lista “a intenção comum das partes”, que, como visto anteriormente, “não apresenta jaez subjetivo, mas objetivo, porque uma intenção de conteúdo, de disciplina contratual”, e se extrai “a partir dos critérios de interpretação ditados pelo sistema jurídico (literalidade, ‘contexto verbal’, ‘contexto situacional’ e fim do negócio)”⁴¹¹. Com efeito, ensina o Autor que:

Na interpretação completativa, a intenção comum das partes atua no momento da filtragem da regra que vem sugerida para a colmatação da lacuna. (...) se os critérios de colmatação funcionam sugerindo a regra a suprir o conteúdo lacunoso, o momento decisivo é o de enquadramento dessa regra ao conteúdo total, isso significando colocá-la em simbiose e contraste com o ‘contexto verbal’, o ‘contexto situacional’ e o fim do negócio jurídico”. Noutras palavras, haverá o aplicador do direito não apenas de escavar dos critérios completativos a sugestão de disciplina que falta ao contrato, mas sobretudo – e aqui em processo verdadeiramente interpretativo – analisar sua adequação à intenção comum das partes, que é inferida dos critérios a que recém se fez alusão⁴¹².

⁴⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 570.

⁴⁰⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **A interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

⁴¹⁰ É importante indicar a ressalva feita por Francisco Paulo de Crescenzo Marino que, após cindir o processo interpretativo em duas fases (recongnitiva e complementar), afirma que “o processo de integração dos efeitos do negócio jurídico (ou simplesmente integração do negócio jurídico) deve, portanto, ser claramente diferenciado do processo de interpretação”, consistindo em uma etapa posterior a ser efetivada pelo aplicador do direito. Fonte: *Ibidem*. p. 216.

⁴¹¹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação: História, Conceito e Método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 453.

⁴¹² *Ibidem*. p. 453-454.

Deve-se consignar, ainda, que em situação de lacunosidade em contratos legalmente tipificados, existem hipóteses em que o próprio ordenamento fornece a regra a ser inserida para suprir a lacuna identificada⁴¹³⁻⁴¹⁴. Com efeito, a tipicidade do contrato possui relevância para determinação das regras incidentes em caso de preenchimento de lacunas.

Destarte, apesar da possibilidade de colmatação de lacunas pelo intérprete, Judith Martins-Costa adverte que “se toda lacuna é uma incompletude, nem toda incompletude é um defeito que demanda preenchimento”, na medida em que, por determinadas vezes, os próprios contratantes “intencionalmente pactuam um contrato incompleto” para atingir seus objetivos negociais. Por outro lado, pode-se apresentar ao aplicador do direito “um vazio na regulação cujo preenchimento é necessário para que o contrato atinja a sua própria finalidade”⁴¹⁵. O procedimento a ser seguido pelo intérprete será diferente, a depender do caso.

No caso das lacunas não intencionais, uma vez identificadas o intérprete lançará mão de “fontes de integração e métodos integrativos, para preencher a incompletude contratual por meio da criação de deveres às partes (deveres instrumentais de conduta)”, dirigidos à otimização e finalidade do plano contratual. Por outro lado, quando identificadas lacunas intencionais, o intérprete deverá, em um primeiro momento, “atentar às eventuais formas de integração pactuadas, pois podem as partes ter injetado em um texto estrutural de base algumas previsões (...) bem como podem ter enunciado a possibilidade de modificação do ajustado, ou de adição pontual ao texto contratual de base por via da renegociação”⁴¹⁶.

Embora nos contratos empresariais a intervenção seja excepcional, estes não estão isentos da existência de lacunas que precisem ser colmatadas pelo aplicador do direito, oportunidade em que os usos e costumes⁴¹⁷ e a boa-fé⁴¹⁸ possuirão forte influência, inclusive para permitir que o negócio jurídico celebrado atinja sua finalidade. Apesar disso, deve-se também observar que, por vezes, ao negociar, os empresários deliberadamente se omitem sobre

⁴¹³ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação: História, Conceito e Método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 455.

⁴¹⁴ As consequências diretas da qualificação do negócio jurídico para o processo de interpretação ou preenchimento de lacunas foi evidenciada no subcapítulo 1.2 deste trabalho.

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 567.

⁴¹⁶ *Ibidem*. p. 571.

⁴¹⁷ “A colmatação do contrato pode derivar da integração contratual pelos usos e costumes. Essa regra, antes expressa no art. 133 do Código Comercial, hoje há de ser deduzida do art. 113 do Código Civil, que se coloca como instrumento para o suprimento de lacunas. Ampara-se a legítima expectativa da parte baseada no comportamento que seria de se esperar do comerciante ativo e probo naquela situação”. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 319.

⁴¹⁸ “A consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos substitui a lógica oportunista, *advantage-taking*, por outra colaborativa, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum. ‘Se as partes firmaram acordo é porque comungavam do mesmo objetivo. Ocorre que se o objetivo é comum, é necessário que as partes colaborem antes, durante e após a conclusão do contrato para a sua consecução’”. *Ibidem*. p. 327.

determinado ponto, de modo a gerar uma lacuna intencional que está intimamente vinculada com a alocação dos riscos na operação. Nestes casos, o intérprete deverá estar atento para evitar a intervenção injustificada, afinal, “lacunas não são um ‘defeito’ do negócio jurídico, mas sua característica”⁴¹⁹.

Nesse sentido, Francisco Paulo de Crescenzo Marino ensina que após a interpretação plena do negócio jurídico, para que se determinem todos os efeitos jurídicos produzidos o aplicador do direito deverá “integrar a ele os efeitos advindos de fontes ‘extranegociais’, mais especificamente das normas supletivas (cogentes ou dispositivas), do princípio da boa-fé e dos usos e costumes em função normativa”⁴²⁰. E, nesse processo de integração que compreende o preenchimento das lacunas identificadas, Adriana Regina Sarra de Deus aponta que em relação a um contrato de EPC concretamente celebrado, “é fundamental que o aplicador do direito, antes de proceder à integração de lacunas segundo a fonte legal, considere as normas do tipo social do contrato”⁴²¹.

Com efeito, conclui-se que em razão de sua tipicidade social, no momento de preenchimento de lacunas dos contratos de EPC os usos, costumes e práticas de mercado extraídos de seu tipo social paradigmático, que pautam a legítima expectativa dos contratantes, tendem a se sobrepor inclusive à fonte legal, com exceção das normas cogentes.

4.1.2 Regras de interpretação contratual e preenchimento de lacunas no direito brasileiro

Estabelecido um breve panorama sobre a interpretação contratual e o preenchimento de lacunas, cumpre identificar as regras estampadas na legislação que devem ser observadas pelo intérprete no processo hermenêutico. Este ponto é necessário porque “as normas de interpretação, legisladas, são, por isso, normas vinculantes, que podem ser retiradas da experiência jurídica, mas que vinculam o intérprete e os participantes do negócio jurídico”⁴²².

⁴¹⁹ “No processo de negociação, não é incomum que as empresas, deliberadamente, evitem enfrentar pontos controvertidos que aumentariam seus custos de barganha. Com esse proceder, assumem riscos que não podem ser ignorados pelo intérprete. Impor obrigação não contratada pode significar a neutralização do risco assumido pelo agente econômico”. FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 322.

⁴²⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

⁴²¹ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 323.

⁴²² GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 133 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 328.

Nesse sentido, Paula Forgioni indica que “a evolução das regras de interpretação contratual seguiu estrada que vai da sistematização de Pothier (...) passando por Cairu, pelo Código de Napoleão e desembocando no Código Comercial de 1850, especialmente em seus artigos 131 e 133”⁴²³.

Com efeito, já nas regras de Pothier percebia-se a preocupação da atividade interpretativa com relação às circunstâncias do caso e à função econômica do negócio jurídico. A primeira regra estabelecia que “nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção comum das partes contraentes, do que qual he o sentido gramatical das palavras”. Ao se debruçar sobre esta primeira regra, Paula Forgioni afirma que “toca ao intento comum, àquilo que chamamos de ‘causa objetiva’, relacionada aos usos e costumes comerciais”⁴²⁴.

A terceira regra de Pothier, a seu turno, estabelecia que “quando em hum contracto os termos são susceptíveis de dois sentidos, devem entender-se no sentido que mais convém à natureza do contracto”. Esta natureza do contrato, segundo Paula Forgioni, está vinculada à sua “tipificação social”, de modo a levar o intérprete a considerar “os efeitos normalmente esperados da avença”, ou a função econômica desenhada pelas partes para aquele ajuste em específico⁴²⁵.

Os usos e costumes como vetores interpretativos também foram objeto de atenção de Pothier, na medida em que a quarta regra enunciada estabeleceu que “aquillo em um contrato he ambíguo, interpreta-se conforme o uso do paiz” e a quinta regra previu que “o uso he de tamanha autoridade na interpretação dos contractos, que se subentendem as cláusulas do uso, ainda que não exprimissem”. Sobre estas regras, Paula Forgioni comenta que Pothier buscou evidenciar que “os usos e costumes não ocupam lugar apenas como fonte de direito (...), mas igualmente como pauta de interpretação dos contratos” e, ainda, “assumem função de integração contratual, eis que “todo contrato traz consigo a práxis do mercado, que adere aos termos do instrumento, colmatando eventuais lacunas”⁴²⁶.

Os impactos das regras de Pothier se fizeram sentir nas regras de interpretação dos contratos mercantis fixadas pelo Código Comercial de 1850⁴²⁷, que em seu artigo 131 estabeleceu em cinco itens o seguinte:

⁴²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 247.

⁴²⁴ *Ibidem*. p. 249.

⁴²⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 250.

⁴²⁶ *Ibidem*. p. 250-251.

⁴²⁷ Ao comentar o artigo 131 do Código Comercial de 1850, Antonio Bento de Faria anota que as regras de interpretação ali contidas “são regras do direito romano que foram magistralmente comentadas por Pothier, cujos exemplos ainda hoje são literalmente transcritos nas obras dos commentadores do Código de Napoleão ou nos

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

- 1 - A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;
- 2 - As cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;
- 3 - O fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;
- 4 - O uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;
- 5 - Nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

A primeira regra estabelecida no artigo 131 do Código Comercial de 1850 praticamente replica a primeira e a segunda regra de Pothier que, conforme visto acima, determinava que o intérprete se ativesse à causa concreta do contrato e sua função econômica, sobrelevando o impacto da boa-fé.

No que tange aos itens 3 e 4 do artigo 131, ao comentar o Código Comercial, Antonio Bento de Faria delineou que estas indicam ao intérprete que “se em um contracto de venda as partes silenciaram sobre as medidas que devessem adoptar, presume-se terem escolhido as do lugar em que o objecto está situado e onde a entrega deve ser feita”⁴²⁸, de modo a aproximar-se da quarta e quinta regra de Pothier e evidenciar o impacto dos dados contextuais da celebração do negócio jurídico para sua interpretação.

O artigo 133 do Código Comercial de 1850, a seu turno, também cuidou de estabelecer expressamente que “omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitam ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”, com o fito de evidenciar os usos e costumes como fonte para a colmatação de lacunas no negócio jurídico entabulado entre empresários.

Com a parcial unificação do direito privado no Código Civil de 2002, os dispositivos acima transcritos do Código Comercial foram revogados. E, a partir desse momento, Guilherme

tratados de direito civil francez”. Fonte: FARIA, Antonio Bento de. **Código Commercial Brasileiro (Primeiro Volume)**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1920. p. 174.

⁴²⁸ FARIA, Antonio Bento de. **Código Commercial Brasileiro (Primeiro Volume)**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1920. p. 176.

Carneiro Monteiro Nitschke constata que foram trazidos “quatro dispositivos gerais tratando da interpretação contratual: os arts. 112, 113, 114 e 423” e, segundo o Autor, “os fios que sustentam a disciplina mais geral da hermenêutica contratual brasileira” estariam contidos nos artigos 112 e 113, “ainda que tênues e sutis”⁴²⁹, os quais passaram a prever o seguinte:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Ao comentar artigo 112 do Código Civil, Renan Lotufo fez questão de evidenciar que “o conteúdo volitivo passa a ser recognoscível na interpretação judicial do negócio, em hipótese de litígio, o que se dará a partir de dados objetivos em que se consubstanciam as declarações de vontade, ou os comportamentos expressivos”⁴³⁰. Tal assertiva mais uma vez converge com a premissa de que a interpretação da declaração de vontade ocorre no plano objetivo, e nunca no subjetivo. Outrossim, em relação ao artigo 113 do Código Civil, Judith Martins-Costa observa que “a boa-fé nos contratos deve ser interpretada conforme os usos habituais no local da contratação”⁴³¹. Ao comentar o referido artigo, Francisco Paulo De Crescenzo Marino segmenta a atuação da boa-fé objetiva no processo interpretativo:

No que se refere à boa-fé objetiva, revela-se adequado fundamentar no art. 113 do Código Civil a sua atuação na fase interpretativa complementar (interpretação integrativa, no caso específico de lacunas da declaração negocial), ao passo que a sua presença no processo de integração negocial encontraria base no art. 422 do Código Civil.

(...)

Procurando, assim, à luz da doutrina examinada, segmentar a atuação do princípio da boa-fé objetiva de acordo com os três campos que se procurou distinguir neste trabalho, tem-se que: (a) na fase interpretativa meramente recognitiva, poder-se-ia afirmar que a boa-fé atua auxiliando a reconstrução da declaração negocial ‘conforme o espírito’, isto é, enquadrando-a na totalidade das circunstâncias; (b) na fase interpretativa complementar, a boa-fé é critério para sanar lacunas, ambiguidades e obscuridades da declaração negocial, podendo, inclusive, servir de critério para revelar cláusulas ausentes do conteúdo expresso do negócio jurídico (interpretação

⁴²⁹ Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke faz a ressalva de que os artigos 114 e 423 plasman “regras para certas categorias de contratos: o primeiro cominando a interpretação restrita quando de contratos benéficos e da renúncia, e o segundo cristalizando a regra da *interpretativo contra proferentem* em contratos por adesão que tragam cláusulas ambíguas ou contraditórias”. Por esta razão, segundo o autor, não estariam voltados à “disciplina mais geral da hermenêutica contratual brasileira”. Fonte: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação: História, Conceito e Método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 369.

⁴³⁰ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.. p. 371-372.

⁴³¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 31, p. 135-175, 2006. p. 163.

integrativa), embora presentes no conteúdo global do negócio; e (c) no processo de integração, a boa-fé tem a função de criar deveres jurídicos⁴³².

Com o advento da Lei nº 13.874/2019, também denominada Lei de Liberdade Econômica, o artigo 113 do Código Civil foi acrescido de dois parágrafos relacionados à interpretação dos contratos, passando a possuir a seguinte redação:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

I - For confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

II - Corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

III - Corresponder à boa-fé; [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

IV - For mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

V - Corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

Embora os acréscimos levados a efeito pela Lei de Liberdade Econômica tenham sido objeto de crítica doutrinária, que afirmou terem buscado “conferir concretude em abstrato à boa-fé” e positivar cânones hermenêuticos que já eram obrigatoriamente considerados no

⁴³² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **A interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 268-274.

processo interpretativo⁴³³⁻⁴³⁴, há quem tenha visto o advento da lei como “oportuna e necessária”, especialmente na seara do direito empresarial, ao tornar explícitos pressupostos que até então não existiam no texto legal⁴³⁵.

Nestes termos, e porque vinculam o intérprete e os participantes do negócio jurídico, cumpre sistematizar que o artigo 113, *caput*, do Código Civil estabelece que os negócios jurídicos serão interpretados “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Trata-se, como visto anteriormente, da busca da tutela da confiança e da expectativa legítima, atrelada aos dados contextuais da celebração do negócio, cânones que obrigatoriamente serão considerados pelo aplicador do direito no processo hermenêutico.

Ainda, o artigo 113 traz em seu §1º que o intérprete atribuirá ao negócio jurídico o sentido que (i) que for confirmado pelo comportamento posterior das partes; (ii) corresponder aos usos, costumes e práticas de mercado relativas ao tipo de negócio; (iii) for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (v) corresponder à qual seria a razoável negociação entre as partes da questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. Em arremate, o §2º do artigo 113 declina às partes a faculdade de “livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração”, diversas àquelas previstas na lei.

Além das modificações inseridas no artigo 113, a Lei de Liberdade Econômica também alterou o artigo 421 do Código Civil e inseriu o artigo 421-A, que passou a prever que:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. [\(Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

⁴³³ “A tentativa de conferir concretude em abstrato à boa-fé, para além de dogmaticamente criticável, pode, ainda, diminuir o espectro de sua aplicação. Dado o sem-número de situações concretas que podem se configurar e a impossibilidade de se antecipar o conteúdo que a boa-fé deve assumir em cada uma delas, sua delimitação pode não agasalhar, na prática, a maior parte da casuística. De mais a mais, as inserções promovidas pela Lei n. 13.874/2019 não acresceram parâmetros verdadeiramente úteis para a interpretação dos negócios jurídicos”. Fonte: TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 500.

⁴³⁴ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020. p. 31.

⁴³⁵ “No direito privado, a reintrodução na lei da distinção entre contratos civis e empresariais, bem como as regras de interpretação dos negócios jurídicos (nova redação do art. 113 do CC), o princípio da supletividade (art. 3º, VIII), a nova explicitação do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e do seu fundamento e alcance (art. 49-A, e seu parágrafo único, introduzidos no CC) correspondem a um verdadeiro marco na história do direito brasileiro”. Fonte: COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios Constitucionais na Interpretação das Normas de Direito Comercial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 440.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

Conforme já delineado no subcapítulo 4.1, buscou o legislador, mediante a alteração do artigo 421 e inserção do artigo 421-A, acrescido de seus incisos, reiterar a excepcionalidade da intervenção nos contratos empresariais, em deferência à autonomia das partes para alocarem riscos e estabelecerem parâmetros objetivos para interpretação do negócio jurídico celebrado, assim como fez o §2º do artigo 113.

Nestes termos, e com base no que foi detalhado nos capítulos anteriores deste trabalho, passa-se a destacar alguns dos elementos relevantes que devem ser considerados pelo aplicador do direito, à luz das regras previstas no Código Civil, quando da análise de contratos de EPC. Desde logo registre-se que o objetivo não é esgotar a análise das regras interpretativas contidas nos artigos 112, 113, 421 e 421-A, mas sim sobrelevar aspectos de relevantes identificados ao longo da pesquisa.

4.2 ELEMENTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE EPC A SEREM CONSIDERADOS PELO APLICADOR DO DIREITO

A partir da anatomia do processo hermenêutico, estruturado à luz das regras do direito brasileiro, é possível identificar e explicitar particularidades do contrato de EPC que deverão ser consideradas pelo aplicador do direito quando do enfrentamento de um contrato dessa modalidade concretamente celebrado.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho entende que adquirem especial relevância: (i) os usos, costumes e práticas de mercado relativas ao tipo de negócio, em razão da tipicidade social do contrato referenciada no subcapítulo 2.2.3; e (ii) a racionalidade econômica empregada pelas partes e a alocação e gestão de riscos no instrumento contratual,

em razão da racionalidade econômica do contrato de EPC, detalhada no Capítulo 3. A tudo isso soma-se a excepcionalidade da intervenção, majorada pela natureza empresarial do ajuste, que incide de forma perene.

4.2.1 Usos, costumes e práticas do mercado extraídos do *Silver Book*

O artigo 113, *caput*, do Código Civil, estabelece que o negócio jurídico deve ser interpretado “conforme os usos do lugar de sua celebração”. Já o §1º do mesmo artigo é mais específico ao prever que deve ser atribuído ao negócio jurídico o sentido que “corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”.

Em comentários às normas acima transcritas, Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Mário Delgado estabelecem que os usos do lugar de celebração do negócio jurídico como critério hermenêutico correspondem a consideração, pelo intérprete, das “práticas habitualmente adotadas em determinado local no que se refere a um certo negócio”. Já no que tange ao *standard* de interpretação estabelecido no artigo 113, §1º, inciso II, os autores explicam que o dispositivo impõe ao intérprete “tomar em consideração as práticas habituais do mercado ou setor econômico em que se insere concretamente o negócio celebrado” e isso porque “nenhum negócio jurídico existe no limbo, mas integra uma complexa tessitura de relações econômicas, que determinam o significado que deve ser atribuído à manifestação de vontade”⁴³⁶.

Como visto anteriormente, nos negócios jurídicos celebrados entre empresários os usos, costumes e práticas de mercado relacionadas a um determinado setor da indústria possuem especial relevância. Não por outro motivo são indicados pela doutrina como fonte do direito comercial⁴³⁷ e possuem “força uniformizadora (...) que tendem a planificar o comportamento das empresas”⁴³⁸. Nesse sentido, Paula Forgioni explica que na dinâmica do comércio, os usos e costumes empregados pelos empresários sofrem determinada seleção, de modo que “prevalecem os padrões de conduta mais bem adaptados ao funcionamento do mercado”, os quais, por sua vez, formam um “repositório de experiências bem-sucedidas que, ao permitir

⁴³⁶ SCHREIBER, Anderson. *et. al. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. p. 99.

⁴³⁷ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 49.

⁴³⁸ “Os usos e costumes geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (i. e., estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança”. Fonte: FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 143-144.

maior grau de previsibilidade do comportamento, transforma o mercado em repositório de jogadas”⁴³⁹.

Na condição de um contrato socialmente típico, conforme detalhado no subcapítulo 2.2.3 deste trabalho, o contrato de EPC possui como seu modelo paradigmático o *Silver Book* elaborado pela FIDIC, minuta que reflete os usos, costumes e as práticas de mercado relativas a esse modelo de contratação. Nesse contexto, Adriana Regina Sarra de Deus afirma que existem “grandes chances de um contrato de EPC concretamente celebrado apresentar características análogas às do *Silver Book*”, razão pela qual “é fundamental que o aplicador do direito, antes de proceder à integração de lacunas segundo a fonte legal, considere as normas do tipo social”⁴⁴⁰.

Com efeito, o *Silver Book* revela ao intérprete os usos, costumes e práticas de mercado relativos ao contrato de EPC que normalmente são considerados pelos agentes econômicos que ingressam nesse modelo de relação jurídica e, portanto, pautam a legítima expectativa no momento da assinatura. Passa-se a detalhar alguns dos principais pontos evidenciados nas condições gerais da minuta *standard* elaborada pela FIDIC que merecem observância durante o processo hermenêutico⁴⁴¹.

Nesse sentido, o *Silver Book* estabelece, logo em sua apresentação, que o contrato de EPC não é indicado para casos em que: (i) não haja tempo ou informação suficientes para que os requisitos do empreendimento, a serem indicados pelo contratante, sejam objeto de escrutínio entre as partes para o estabelecimento das diretrizes dos projetos e a alocação dos riscos; (ii) a construção envolva trabalho substancial no subsolo ou outras áreas que os contratantes não possam inspecionar adequadamente antes da celebração do contrato; e (iii) o contratante pretenda intervir ativamente nos trabalhos executados pelo contratado⁴⁴².

⁴³⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 143.

⁴⁴⁰ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 323.

⁴⁴¹ Conforme pontua Luís Otávio P. Rosa, as condições gerais dos modelos FIDIC são compostas por cláusulas que não devem ser modificadas pelas partes e estipulam direitos e obrigações relativos a “pessoal e mão de obra; atrasos; defeitos; variações; preço contratual e pagamentos; seguros; e pleitos e disputas”. Fonte: ROSA, Luís Otávio P. **Contratos FIDIC: feitos por engenheiros para engenheiros**. In: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et. al. Arbitragem, infraestrutura e direito da construção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 76.

⁴⁴² “These Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects are not suitable for use in the following circumstances: – If there is insufficient time or information for tenderers to scrutinise and check the Employer’s Requirements or for them to carry out their designs, risk assessment studies and estimating; – If construction will involve substantial work underground or work in other areas which tenderers cannot inspect, unless special provisions are provided to account for unforeseen conditions or – If the Employer intends to supervise closely or control the Contractor’s work, or to review most of the construction drawings”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b.

Desde logo infere-se que a prática de mercado para celebração de contratos de EPC pressupõe que os contratantes possuam tempo hábil para negociar as especificidades do empreendimento, de modo a buscar informações, avaliar as premissas negociais e alocar adequadamente os riscos. Ademais, também é pressuposto deste tipo de contratação que seja possível aos contratantes inspecionar previamente o local em que serão executadas as obras, elemento que guarda relação direta com os riscos alocados. Por fim, caso o contratante deseje interferir de maneira direta e recorrente no escopo do *epecista* durante a execução do contrato, deve buscar outro modelo contratual, na medida em que o *Silver Book* não se presta a este fim.

Apesar do pressuposto de que o contratante não deve interferir diretamente no escopo do *epecista* durante a execução das obras, não significa que possa ficar inerte. Logo em sua cláusula segunda o *Silver Book* estabelece diversas obrigações que são atribuíveis ao contratante para que a execução das obras seja viabilizada, tais como o dever de: (i) viabilizar o acesso do contratado aos locais das obras⁴⁴³; (ii) auxiliar o contratado na obtenção das licenças, autorizações e permissões necessárias para a execução das obras⁴⁴⁴; (iii) garantir que seus funcionários colaborem com os funcionários do contratado para viabilizar a fluidez dos trabalhos⁴⁴⁵; (iv) prestar ao contratado as informações de referência relativas aos locais de execução das obras – o que não exime o contratado de averiguar a veracidade e completude destas informações⁴⁴⁶; e (v) de, caso assim for previsto em contrato, fornecer os equipamentos e materiais que devem ser utilizados pelo contratado para construção do empreendimento⁴⁴⁷.

⁴⁴³ “2.1 Right of Access to the Site. The Employer shall give the Contractor right of access to, and possession of, all parts of the Site within the time (or times) stated in the Contract Data. The right and possession may not be exclusive to the Contractor. If, under the Contract, the Employer is required to give (to the Contractor) possession of any foundation, structure, plant or means of access, the Employer shall do so in the time and manner stated in the Employer’s Requirements. However, the Employer may withhold any such right or possession until the Performance Security has been received”. Fonte: *Ibidem*. p. 13.

⁴⁴⁴ “2.2. Assistance. If requested by the Contractor, the Employer shall promptly provide reasonable assistance to the Contractor so as to allow the Contractor to obtain: (a) copies of the Laws of the Country which are relevant to the Contract but are not readily available; and (b) any permits, permissions, licences or approvals required by the Laws of the Country (including information required to be submitted by the Contractor in order to obtain such permits, permissions, licences or approvals)”. Fonte: *Ibidem*. p. 14.

⁴⁴⁵ “2.3. Employer’s Personnel and Other Contractors. The Employer shall be responsible for ensuring that the Employer’s Personnel and the Employer’s other contractors (if any) on or near the Site: (a) co-operate with the Contractor’s efforts under Sub-Clause 4.6 [Co-operation]; and (b) comply with the same obligations which the Contractor is required to comply with under sub-paragraphs (a) to (e) of Sub-Clause 4.8 [Health and Safety Obligations] and under Sub-Clause 4.18 [Protection of the Environment]”. Fonte: *Ibidem*. p. 14.

⁴⁴⁶ “2.5. Site Data and Items of Reference. The Employer shall have made available to the Contractor for information, before the Base Date, all relevant data in the Employer’s possession on the topography of the Site and on sub-surface, hydrological, climatic and environmental conditions at the Site. The Employer shall promptly make available to the Contractor all such data which comes into the Employer’s possession after the Base Date”. Fonte: *Ibidem*. p. 15.

⁴⁴⁷ “2.6. Employer-Supplied Materials and Employer’s Equipment. If Employer-Supplied Materials and/or Employer’s Equipment are listed in the Employer’s Requirements for the Contractor’s use in the execution of the Works, the Employer shall make such materials and/or equipment available to the Contractor in accordance with the details, times, arrangements, rates and prices stated in the Employer’s Requirements”. Fonte: *Ibidem*. p. 15.

Ademais, o *Silver Book* também exige em suas condições gerais que, além de fiscalizar os trabalhos, o contratante exerça a administração do contrato mediante a nomeação de um representante, o qual será responsável por direcionar instruções ao contratado para que a execução da obra ocorra conforme estabelecido em contrato⁴⁴⁸. Esse representante do contratante também será responsável por dirimir as situações que possam obstar o bom andamento das obras, o que ocorrerá mediante a celebração de acordos parciais ou determinações definitivas sobre pleitos endereçados durante a execução dos trabalhos⁴⁴⁹.

Com efeito, embora a premissa central do contrato de EPC seja a não interferência do contratante e a alocação de uma multiplicidade de prestações e riscos majorados no escopo do contratado, incluindo até mesmo certa aleatoriedade, as condições gerais do *Silver Book* revelam que o contratante, na posição de dono da obra e proprietário do empreendimento, também possui o dever de colaborar e adimplir determinadas obrigações para que a execução da obra seja viabilizada e possa ser concluída a tempo e modo acordados. Tal circunstância dá relevo à natureza relacional do contrato.

Embora o adimplemento das obrigações imputadas ao contratante e a colaboração para fluidez dos trabalhos sejam premissas essenciais estabelecidas pela FIDIC, fato é que a partir de sua cláusula quarta o *Silver Book* deixa evidente que sobre o contratado recaem obrigações muito mais amplas e gravosas, com a finalidade de gerar o *single point of responsibility*, que traduz a função econômica do contrato de EPC. A iniciar pela obrigação geral de que os trabalhos devem ser direcionados a preencher o propósito específico pretendido pelo contratante para o empreendimento. Tem-se, neste ponto, a configuração de uma obrigação de resultado que recai sobre o contratado (*fit for the purpose obligation*), a qual é adimplida com a entrada em operação do empreendimento e geração de receita em favor do contratante e seus *stakeholders*⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ “3.4. Instructions. The Employer may, through the Employer’s Representative or an assistant as stated below, issue to the Contractor (at any time) instructions which may be necessary for the execution of the Works, all in accordance with the Contract. Each instruction shall state the obligation(s) to which it relates and the Sub-Clause (or other term of the Contract) in which the obligation(s) are specified”. Fonte: *Ibidem*. p. 17.

⁴⁴⁹ “3.5. Agreement or Determination. (...) 3.5.1. Consultation to reach agreement. The Employer’s Representative shall consult with both Parties jointly and/ or separately, and shall encourage discussion between the Parties in an endeavour to reach agreement. (...) 3.5.2. Employer’s Representative’s determination. The Employer’s Representative shall make a fair determination of the matter or Claim, in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances”. Fonte: *Ibidem*. p. 17-18.

⁴⁵⁰ “4.1. Contractor’s General Obligations. The Contractor shall execute the Works in accordance with the Contract. When completed, the Works (or Section or major item of Plant, if any) shall be fit for the purpose(s) for which they are intended, as defined and described in the Employer’s Requirements or, where no purpose(s) are so defined and described, fit for their ordinary purpose(s). The Contractor shall provide the Plant (and spare parts, if any) and Contractor’s Documents specified in the Employer’s Requirements, and all Contractor’s Personnel, Goods, consumables and other things and services, whether of a temporary or permanent nature, required to fulfil the Contractor’s obligations under the Contract. The Works shall include any work which is necessary to satisfy

Direcionado ao resultado pretendido, as condições gerais do *Silver Book* trazem diversas outras obrigações imputadas ao contratado, tais como (i) de contratar seguros, especialmente seguro performance, para resguardar o contratante de atrasos na execução das obras⁴⁵¹; (ii) de nomear um representante oficial responsável por gerir o contrato, o qual deve colaborar com o representante do contratante para viabilizar a fluidez dos trabalhos⁴⁵²; (iii) de garantir a segurança dos colaboradores no canteiro de obras e o atendimento às normas de saúde, conforme a legislação vigente⁴⁵³; (iv) de criar e manter em vigor um sistema virtual para compartilhamento de informações e documentos com o contratante, além de encaminhar relatórios mensais de progressos⁴⁵⁴, a fim de permitir que o dono da obra possa fiscalizar de maneira adequada a execução dos trabalhos⁴⁵⁵; e de (v) de obter a liberação dos acessos e dos locais de obras da maneira mais eficiente possível⁴⁵⁶.

Ainda tratando das múltiplas obrigações do contratado, é importante registrar que é comum em contratos de EPC que o *epcista* subcontrate prestadores de serviços para execução de determinados trabalhos, permanecendo integralmente responsável perante o contratante

the Employer's Requirements and Schedules, or is implied by the Contract, and all works which (although not mentioned in the Contract) are necessary for stability or for the completion, or safe and proper operation, of the Works. The Contractor shall be responsible for the adequacy, stability and safety of all the Contractor's operations and activities, of all methods of construction and of all the Works. The Contractor shall, whenever required by the Employer, submit details of the arrangements and methods which the Contractor proposes to adopt for the execution of the Works. No significant alteration to these arrangements and methods shall be made without this alteration having been submitted to the Employer". Fonte: *Ibidem*. p. 20-21.

⁴⁵¹ "4.2. Performance Security. The Contractor shall obtain (at the Contractor's cost) a Performance Security to secure the Contractor's proper performance of the Contract, in the amount and currencies stated in the Contract Data. If no amount is stated in the Contract Data, this Sub-Clause shall not apply" (...) 19. Insurance. 19.1. General Requirements. Without limiting either Party's obligations or responsibilities under the Contract, the Contractor shall effect and maintain all insurances for which the Contractor is responsible with insurers and in terms, both of which shall be subject to consent by the Employer. These terms shall be consistent with terms (if any) agreed by both Parties before the date that both Parties signed the Contract Agreement". Fonte: *Ibidem*. p. 21 e 89.

⁴⁵² "Contractor's Representative. The Contractor shall appoint the Contractor's Representative and shall give him/her all authority necessary to act on the Contractor's behalf under the Contract, except to replace the Contractor's Representative". Fonte: *Ibidem*. p. 23.

⁴⁵³ "4.8. Health and Safety Obligations. The Contractor shall: (a) comply with all applicable health and safety regulations and Laws; (b) comply with all applicable health and safety obligations specified in the Contract; (...)". Fonte: *Ibidem*. p. 26.

⁴⁵⁴ "4.20. Progress Reports. Monthly progress reports, in the format stated in the Employer's Requirements (if not stated, in a format acceptable to the Employer) shall be prepared by the Contractor and submitted to the Employer". Fonte: *Ibidem*. p. 30.

⁴⁵⁵ "4.91. Quality Management System. The Contractor shall prepare and implement a QM System to demonstrate compliance with the requirements of the Contract. The QM System shall be specifically prepared for the Works and submitted to the Employer within 28 days of the Commencement Date. Thereafter, whenever the QM System is updated or revised, a copy shall promptly be submitted to the Employer. (...) 4.9.2. Compliance Verification System. The Contractor shall prepare and implement a Compliance Verification System to demonstrate that the design, Materials, Employer-Supplied Materials (if any), Plant, work and workmanship comply in all respects with the Contract". Fonte: *Ibidem*. p. 27-28.

⁴⁵⁶ "4.13. Rights of Way and Facilities. The Contractor shall bear all costs and charges for special and/or temporary rights-of-way which may be required for the purposes of the Works, including those for access to the Site". Fonte: *Ibidem*. p. 28.

(*single point of responsibility*). Sendo assim, normalmente o contrato estabelece um percentual máximo de trabalhos que podem ser executados por subcontratados, podendo inclusive vedar a subcontratação para execução de determinados trechos da obra⁴⁵⁷.

Outrossim, o *Silver Book* faz questão de estabelecer de maneira muito clara em suas condições gerais que o *epecista* contratado é o único responsável pela verificação e interpretação das informações disponibilizadas acerca do local de execução das obras. Essas informações preliminares são normalmente repassadas pelo contratante durante as negociações, o qual sequer possui o dever de ser preciso neste ponto⁴⁵⁸.

Dentro da perspectiva, a cláusula quinta do *Silver Book* também estabelece que sob hipótese alguma o contratante poderá ser responsabilizado por erro, imprecisão ou inadequação das informações fornecidas ao contratado para elaboração dos projetos de engenharia, sendo que é ônus do *epecista* o escrutínio e validação das informações repassadas no momento de assinatura do contrato⁴⁵⁹. Nesse contexto, o *Silver Book* coloca o *epecista* como integralmente responsável por eventual necessidade de adequação posterior dos projetos em razão de erros, omissões, ambiguidades, inconsistências ou outros defeitos, ainda que o contratante tenha, em um primeiro momento, validado o projeto e somente identifique a inadequação em momento posterior⁴⁶⁰.

Além disso, exige-se nas condições gerais do modelo *standard* que o contratado declare a suficiência do valor global previamente estabelecido para execução dos trabalhos no regime *turnkey*, o qual contempla todos os riscos alocados no momento de celebração da avença, bem como eventual aleatoriedade inserida no escopo, representada por dificuldades ou

⁴⁵⁷ “4.4. Subcontractors. The Contractor shall not subcontract: (a) works with a total accumulated value greater than the percentage stated in the Contract Data of the Contract Price stated in the Contract Agreement (if no such percentage is stated, the whole of the Works); or (b) any part of the Works for which subcontracting is not permitted as stated in the Contract Data”. Fonte: *Ibidem*. p. 24.

⁴⁵⁸ “4.10. Use of Site Data. “The Contractor shall be responsible for verifying and interpreting all data made available by the Employer under Sub-Clause 2.5 [Site Data and Items of Reference]”. Fonte: *Ibidem*. p. 28.

⁴⁵⁹ “5.1. General Design Obligations. The Contractor shall be deemed to have scrutinised, prior to the Base Date, the Employer’s Requirements (including design criteria and calculations, if any). (...) 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 in this Sub-Clause below. Any data or information received by the Contractor, from the Employer or otherwise, shall not relieve the Contractor from the Contractor’s responsibility for the execution of the Works”. Fonte: *Ibidem*. p. 32-33.

⁴⁶⁰ “5.8. Design Error. If errors, omissions, ambiguities, inconsistencies, inadequacies or other defects are found in the Contractor’s design and/or the Contractor’s Documents, they and the Works shall be corrected in accordance with Sub-Clause 7.5 [Defects and Rejection]. If such Contractor’s Documents were previously the subject of a Notice of No-objection given (or deemed to be given) by the Employer under Sub-Clause 5.2.2 [Review by Employer], the provisions of Sub-Clause 5.2.2 shall apply as if the Employer had given a Notice in respect of the Contractor’s Documents under sub-paragraph (b) of Sub-Clause 5.2.2. All corrections and resubmissions under this Sub-Clause shall be at the Contractor’s risk and cost”. Fonte: *Ibidem*. p. 37.

custos que eram imprevisíveis no momento da assinatura. Veja-se, nesse sentido, a redação sugerida pela FIDIC nas subcláusulas 4.11 e seguintes:

4.11. Suficiência do Preço do Contrato. O contratado está de acordo com a exatidão e suficiência do Preço do Contrato. Salvo disposição em contrário, o Preço do Contrato é suficiente para cobrir todas as obrigações do contratado, incluindo toda e qualquer atividade necessária para a execução dos trabalhos de acordo com o contrato.

4.12. Dificuldades Imprevisíveis. Exceto se previsto de outra forma nas Condições Particulares:

(a) Considera-se que a contratada obteve todas as informações necessárias sobre riscos, contingências e outras circunstâncias que possam influenciar a execução da Obra;

(b) Ao assinar o Contrato, a contratada aceita total responsabilidade pela previsão de todas as dificuldades supervenientes e custos para concluir as Obras com êxito; e

(c) O Preço do Contrato não será ajustado para adequar quaisquer dificuldades ou custos imprevisíveis ou imprevidos para conclusão dos trabalhos⁴⁶¹.

Conforme aponta Marcia Carla Pereira Ribeiro, uma das premissas do contrato de EPC é alocar sobre o contratado o ônus de buscar e validar informações, em especial na fase de negociações pré-contratuais, para garantir a exequibilidade do objeto contratado e a suficiência do preço. Parte-se do pressuposto de que o *epcista* é o polo da relação que detém a *expertise* necessária para buscar, processar e validar adequadamente as informações técnicas, de modo a aferir a viabilidade de executar as obras no regime *turnkey*, conforme especificações exigidas, em troca do preço global fixado⁴⁶².

Passando especificamente para a execução dos trabalhos, nos termos das condições gerais do *Silver Book* o contratado possui a responsabilidade de manter a progressão das obras

⁴⁶¹ Tradução livre de: “4.11. Sufficiency of the Contract Price. The Contractor shall be deemed to have satisfied himself/herself as to the correctness and sufficiency of the Contract Price stated in the Contract Agreement. Unless otherwise stated in the Contract, the Contract Price stated in the Contract Agreement shall be deemed to cover all the Contractor’s obligations under the Contract and all things necessary for the proper execution of the Works in accordance with the Contract. 4.12. Unforeseeable Difficulties. Except as otherwise stated in the Particular Conditions: (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 Agreement, 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 Unforeseeable or unforeseen difficulties or costs”. Fonte: *Ibidem*. p. 28.

⁴⁶² Ao tratar sobre o dever de se informar e a alocação de riscos nos contratos de EPC, Marcia Carla Pereira Ribeiro apontou que “As premissas para alocação res^{Idem} na constatação de que o contratado supera em muito a expertise do contratante (no que diz respeito ao objeto do contrato), o que permite concluir que o contratado deve, em condições razoáveis, buscar informações e ações de teste e comissionamento para que a obra seja entregue indene de vícios”. Fonte: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 270.

conforme performance inicialmente acordada, o que tradicionalmente ocorre mediante o atendimento a um cronograma de execução. Caso o progresso das obras esteja abaixo do projetado, o contratante pode exigir do contratado a submissão de um plano de ação para recuperação do cronograma⁴⁶³. De qualquer forma, em caso de atrasos o contratante poderá aplicar ao contratado as penalidades estabelecidas em contrato, que normalmente guardam relação com a tabela de marcos críticos do empreendimento, bem como exigir a reparação pelos custos adicionais e danos causados em razão desses atrasos⁴⁶⁴.

Se por um lado o contratado possui a obrigação de, durante a execução das obras, cumprir o cronograma para que o empreendimento seja finalizado dentro do prazo previsto, o contratante possui a obrigação de pagar o valor global avençado a tempo e modo estabelecidos. E, sobre o tema, o *Silver Book* estabelece que, salvo previsão em contrário, o pagamento do valor global ocorrerá de forma parcelada. Essas parcelas serão pagas ao final de cada mês, e guardam relação direta com o avanço das obras e com os trabalhos executados pelo *epcista*. Nesse contexto, os valores devidos podem ser mensalmente apurados conforme descritivo apresentado ao final de cada mês pelo contratado ao contratante (*statement*)⁴⁶⁵, ou estarem previamente vinculados ao atingimento de determinados marcos críticos/eventos estabelecidos no cronograma⁴⁶⁶. É importante registrar a previsão do modelo *standard* de que nenhum

⁴⁶³ “8.7. Rate of Progress. If, at any time: (a) actual progress is too slow to complete the Works or a Section (if any) within the relevant Time for Completion; and/or (b) progress has fallen (or will fall) behind the Programme (or the initial programme if it has not yet become the Programme) under Sub-Clause 8.3 [Programme], other than as a result of a cause listed in Sub-Clause 8.5 [Extension of Time for Completion], then the Employer may instruct the Contractor to submit, under Sub-Clause 8.3 [Programme], a revised programme describing the revised methods which the Contractor proposes to adopt in order to expedite progress and complete the Works or a Section (if any) within the relevant Time for Completion”. Fonte: *Ibidem*. p. 47.

⁴⁶⁴ “8.8. Delay Damages. If the Contractor fails to comply with Sub-Clause 8.2 [Time for Completion], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of Delay Damages by the Contractor for this default. Delay Damages shall be the amount stated in the Contract Data, which shall be paid for every day which shall elapse between the relevant Time for Completion and the relevant Date of Completion of the Works or Section. The total amount due under this Sub-Clause shall not exceed the maximum amount of Delay Damages (if any) stated in the Contract Data”. Fonte: *Ibidem*. p. 25.

⁴⁶⁵ “14.3. Application for Interim Payment. The Contractor shall submit a Statement to the Employer after the end of the period of payment stated in the Contract Data (if not stated, after the end of each month). (...) The Statement shall include the following items, as applicable, which shall be expressed in the various currencies in which the Contract Price is payable, in the sequence listed: (i) the estimated contract value of the Works executed, and the Contractor's Documents produced, up to the end of the period of payment (including Variations but excluding items described in sub-paragraphs (ii) to (x) below)”. Fonte: *Ibidem*. p. 69.

⁴⁶⁶ “14.4. Schedule Payments. If the Contract includes a Schedule of Payments specifying the instalments in which the Contract Price will be paid then, unless otherwise stated in this Schedule: (a) the instalments quoted in the Schedule of Payments shall be treated as the estimated contract values for the purposes of sub-paragraph (i) of Sub-Clause 14.3 [Application for Interim Payment], subject to Sub-Clause 14.5 [Plant and Materials intended for the Works]; and (b) if: (i) these instalments are not defined by reference to the actual progress achieved in execution of the Works; and (ii) actual progress is found by the Employer to differ from that on which the Schedule of Payments was based, then the Employer's Representative may proceed under Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] to agree or determine revised instalments (and, for the purpose of Sub-Clause 3.5.3 [Time limits], the date when the difference under sub-paragraph (ii) above was found by the Employer shall be the date of commencement of the time limit for agreement under Sub-Clause 3.5.3). Such revised instalments shall take

pagamento será feito pelo contratante ao contratado antes da apresentação da apólice do seguro performance para a obra e da nomeação de um representante oficial para condução dos trabalhos⁴⁶⁷. Ademais, os pagamentos também podem ser retidos pelo contratante caso identificados atrasos e demais inadimplementos por parte do contratado⁴⁶⁸.

Apesar de essa forma de pagamento ser a regra, o *Silver Book* traz em suas condições gerais a possibilidade de que pagamentos sejam vinculados a entrega de determinados bens ou equipamentos necessários para execução das obras, a fim de garantir fluxo de caixa para que o contratado possa pagar seus fornecedores e incorporar os bens às obras⁴⁶⁹. Além disso, outra possibilidade apresentada pelo modelo *standard* é o adiantamento de quantias pelo contratante para viabilizar os trabalhos, as quais serão amortizadas nos meses subsequentes⁴⁷⁰.

De mais a mais, e como visto no subcapítulo 3.3.2, a necessidade de colaboração e diálogo entre contratante e contratado durante a execução das obras é uma constante nos contratos de EPC que se presta a viabilizar o atingimento do escopo contratual pretendido e, ao fim, revela a natureza relacional do contrato. Neste ponto, fica muito claro que, apesar da alocação agravada de riscos sobre o contratado, a finalidade do *Silver Book* é garantir a fluidez as obras e, conseqüentemente, a conclusão do empreendimento. Essa finalidade é revelada por suas cláusulas que estabelecem procedimentos contratuais para adequação do contrato a eventos que normalmente são experimentados durante a execução de uma obra de grande porte e podem afetar sua execução. Com efeito, as condições gerais do modelo *standard* elaborado pela FIDIC estabelecem a colaboração entre os contratantes como uma premissa.

Além dos procedimentos contratuais detalhados no subcapítulo 2.3.2, a constante da colaboração entre as partes no *Silver Book* é reforçada, por exemplo, pela (i) previsão expressa de que o contratante prestará auxílio ao contratado para acesso às leis locais aplicáveis ao

account of the extent to which progress differs from that on which the Schedule of Payments was based". Fonte: *Idem*.

⁴⁶⁷ "14.6. *Interim Payments*. No amount will be paid to the Contractor until: (a) the Employer has received the Performance Security in the form, and issued by an entity, in accordance with Sub-Clause 4.2.1 [Contractor's obligations]; and (b) the Contractor has appointed the Contractor's Representative in accordance with Sub-Clause 4.3 [Contractor's Representative]". Fonte: *Ibidem*. p. 71.

⁴⁶⁸ "14.6.2. *Withholding (amounts in) an interim payment*. The Employer may withhold an interim payment which would (after retention and other deductions) be less than the minimum amount of interim payment (if any) stated in the Contract Data. In this event, the Employer shall promptly give a Notice to the Contractor accordingly". Fonte: *Idem*.

⁴⁶⁹ "14.5. *Plant and Materials intended for the Works*. The Contractor shall include, under sub-paragraph (v) of Sub-Clause 14.3 [Application for Interim Payment]: - an amount to be added for Plant and Materials which have been shipped or delivered (as the case may be) to the Site for incorporation in the Permanent Works; and - an amount to be deducted when the contract value of such Plant and Materials is included as part of the Permanent Works under sub-paragraph (i) of Sub-Clause 14.3 [Application for Interim Payment]". Fonte: *Ibidem*. p. 69.

⁴⁷⁰ "14.2. *Advance Payments*. Subject to the following provisions of this Sub-Clause, the Employer shall make an advance payment, as an interest-free loan for mobilisation and design. The amount of the advance payment and the currencies in which it is to be paid shall be as stated in the Contract Data". Fonte: *Ibidem*. p. 67.

contrato, bem como obtenção das permissões, licenças e autorizações exigidas pela legislação local para execução das obras⁴⁷¹; (ii) obrigação do representante do contratante de buscar acordo consensual com o contratado para superar divergências surgidas durante a execução das obras⁴⁷²; (iii) possibilidade de que ambas as partes requeiram a realização de reuniões para tratar da execução dos trabalhos⁴⁷³; (iv) obrigação do contratado de cooperar com os empregados do contratante, e demais agentes envolvidos na obra, para viabilizar a execução do escopo⁴⁷⁴; (v) obrigação das partes de alertar prontamente à outra parte sobre qualquer circunstância que possa afetar a execução dos trabalhos⁴⁷⁵; e (vi) a obrigação do contratante de notificar e oportunizar ao contratado a correção de qualquer defeito ou regularização de qualquer inadimplemento antes de adotar medidas mais gravosas, como o encerramento do contrato⁴⁷⁶.

Embora a regra do contrato de EPC seja a de que o preço e o prazo não devem ser modificados, a subcláusula 20.2 das condições gerais do *Silver Book* abre espaço para que as partes formulem pleitos relacionados a pagamentos adicionais, aumento ou diminuição do valor global do contrato e extensão do prazo para conclusão das obras ou para requerer a correção de defeitos identificados na execução dos trabalhos, nos seguintes termos:

20.2 Pleitos para Pagamentos ou Extensão do Prazo para Conclusão das Obras. Se qualquer uma das Partes considerar que tem direito a qualquer pagamento adicional devido pela outra Parte (ou, no caso do Contratante, uma redução no Preço do Contrato) e/ou Extensão do Prazo para Conclusão das Obras (no caso da Contratada)

⁴⁷¹ “2.2. Assistance. If requested by the Contractor, the Employer shall promptly provide reasonable assistance to the Contractor so as to allow the Contractor to obtain: (a) copies of the Laws of the Country which are relevant to the Contract but are not readily available; and (b) any permits, permissions, licences or approvals required by the Laws of the Country (including information required to be submitted by the Contractor in order to obtain such permits, permissions, licences or approvals)”. Fonte: *Ibidem*. p. 14.

⁴⁷² “3.5.1. Consultation to reach agreement. The Employer’s Representative shall consult with both Parties jointly and/ or separately, and shall encourage discussion between the Parties in an endeavour to reach agreement”. Fonte: *Ibidem*. p. 17.

⁴⁷³ “3.6. Meetings. Either Party may require the other Party to attend a management meeting to discuss arrangements for future work and/or other matters in connection with execution of the Works”. Fonte: *Ibidem*. p. 20.

⁴⁷⁴ “4.6. Co-operation. The Contractor shall, as specified in the Employer’s Requirements or as instructed by the Employer, co-operate with and allow appropriate opportunities for carrying out work by: (a) the Employer’s Personnel; (b) any other contractors employed by the Employer; and (c) the personnel of any legally constituted public authorities and private utility companies, who may be employed in the carrying out, on or near the Site, of any work not included in the Contract. Such appropriate opportunities may include the use of Contractor’s Equipment, Temporary Works, access arrangements which are the responsibility of the Contractor, and/or other Contractor’s facilities or services on the Site”. Fonte: *Ibidem*. p. 25.

⁴⁷⁵ “8.4. Advance Warning. Each Party shall advise the other Party in advance of any known or probable future events or circumstances which may: (a) adversely affect the work of the Contractor’s Personnel; (b) adversely affect the performance of the Works when completed; (c) increase the Contract Price; and/or (d) delay the execution of the Works or a Section (if any). The Employer may request the Contractor to submit a proposal under Sub-Clause 13.3.2 [Variation by Request for Proposal] to avoid or minimise the effects of such event(s) or circumstance(s)”. Fonte: *Ibidem*. p. 46.

⁴⁷⁶ “15.1. Notice to Correct. If the Contractor fails to carry out any obligation under the Contract the Employer may, by giving a Notice to the Contractor, require the Contractor to make good the failure and to remedy it within a specified time (“Notice to Correct” in these Conditions)”. Fonte: *Ibidem*. p. 77.

ou uma extensão do Prazo para Notificação acerca de Defeitos (no caso do Contratante) sob qualquer cláusula ou condição conexa ao Contrato, o procedimento a seguir irá se aplicar⁴⁷⁷.

É importante registrar que a subcláusula 20.1 do *Silver Book* traz três hipóteses de pleitos: (a) caso o contratante considere que possui direito a um pagamento adicional de responsabilidade do contratado, ou a extensão do prazo para manutenção do empreendimento; (b) caso o contratado considere que possui direito a um pagamento adicional ou à extensão de prazo; ou (c) caso qualquer uma das partes considere que possui algum direito ou isenção a ser exigido da contraparte.

Conforme se observa, as hipóteses elencadas são bastante genéricas e abrem margem para a dedução indiscriminada de pleitos. Ademais, estabelece o modelo *standard* que caso o pleito seja fundamento nas hipóteses (a) ou (b), deverá ser seguido o procedimento e os prazos estabelecidos nas subcláusulas 20.2.1 e seguintes, o qual envolve uma notificação inicial por uma das partes, à qual segue uma resposta da contraparte e, caso necessário, exibição de documentos e detalhamento do pleito. O procedimento pode ser encerrado por um acordo ou dar ensejo a uma disputa a ser submetida ao *dispute board* ou à arbitragem, nos termos detalhados no subcapítulo 3.3.3. Por outro lado, caso o pleito seja fundamentado na hipótese (c), a previsão é genérica, sem qualquer especificação do procedimento a ser seguido⁴⁷⁸.

De qualquer forma, fato é que do que se infere das condições gerais do *Silver Book*, pleitos formulados pelas partes são comuns durante a execução do contrato de EPC, na medida em que o próprio modelo *standard* estabelece em suas cláusulas uma série de hipóteses em que podem ser endereçados, conforme detalhado na tabela anexa a este trabalho (Anexo I), em que foram mapeadas hipóteses específicas, extraídas das condições gerais do *Silver Book*, que autorizam a dedução de um pleito contratual nos termos da subcláusula 20.1.

A partir da tabela elaborada, pode-se afirmar que as hipóteses específicas que autorizam as Partes a endereçarem um pleito nos termos da subcláusula 20.1 estão diretamente

⁴⁷⁷ Tradução livre de: “20.2 Claims for Payment and/or EOT. If either Party considers that he/she is entitled to any additional payment by the other Party (or, in the case of the Employer, a reduction in the Contract Price) and/or to EOT (in the case of the Contractor) or an extension of the DNP (in the case of the Employer) under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the following Claim procedure shall apply”. Fonte: *Ibidem*. p. 93.

⁴⁷⁸ “20.1. Claims. (...) In the case of a Claim under sub-paragraph (a) or (b) above, Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] shall apply. In the case of a Claim under sub-paragraph (c) above, where the other Party has disagreed with the requested entitlement or relief (or is deemed to have disagreed if he/she does not respond within a reasonable time), a Dispute shall not be deemed to have arisen but the claiming Party may, by giving a Notice refer the Claim to the Employer’s Representative and Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] shall apply. This Notice shall be given as soon as practicable after the claiming Party becomes aware of the disagreement (or deemed disagreement) and shall include details of the claiming Party’s case and the other Party’s disagreement (or deemed disagreement)”. Fonte: *Ibidem*. p. 93.

relacionados a três fatores principais que atinjam o escopo de uma das partes: (i) inadimplementos ou atos obstativos praticados por uma das partes, em detrimento da outra; (ii) atos obstativos imprevisíveis praticados por autoridades ou terceiros relacionados a obra; e (iii) eventos excepcionais e imprevisíveis. Frise-se, contudo, que tais hipóteses são tidas como exemplificativas, na medida em que a redação da subcláusula 20.1 do modelo *standard* é genérica e, assim, é possível a dedução de outros pleitos distanciados daquelas hipóteses concretamente previstas, mapeadas no Anexo 1. Nada obstante, a doutrina aponta que se costuma admitir a dedução de pleitos para reequilibrar o contrato e viabilizar a execução das obras caso ocorram fatos imprevistos, imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis⁴⁷⁹.

No que tange ao encerramento do contrato de EPC, insta salientar que em relação aos pagamentos, é tradicional que o pagamento ocorra de forma parcelada durante a execução dos trabalhos e, após a conclusão, seja apurado um saldo remanescente. A este aporte final (*final payment*), o *Silver Book* destina um procedimento detalhado em suas subcláusulas 14.11 a 14.14 das condições gerais. De maneira bastante resumida, este procedimento se inicia pela submissão de um relatório final elaborado pelo contratado (*final statement*), o qual conterá informações e documentos que demonstrem o valor total do serviço prestado conforme o contrato e a descrição do saldo remanescente e de quantias adicionais que o contratado considere devidas pelo contratante⁴⁸⁰. Passo seguinte, o *Silver Book* estabelece que as partes deverão negociar e chegar

⁴⁷⁹ “Havendo a ocorrência de fatos (i) imprevistos, ou seja, que uma das partes não poderia antecipar, a exemplo de um atraso de licença ambiental a cargo da outra parte e que compromete o desenvolvimento das obras, (ii) imprevisíveis, que as partes não poderiam antecipar ou evitar, mesmo com a consultoria de um expert da área, caso de condições geológicas não constatáveis com o mapeamento geotécnico realizado e de conhecimento do solo subsuperficial pelo especialista, e (iii) previsíveis, mas de consequências incalculáveis, caso dos contratos assinados em meados de 2020, quando a Covid-19 era conhecida, mas não se poderia prever o comportamento da doença sobre a população e trabalhadores nos meses seguintes (abril de 2021 houve pico de contaminações); e não havendo a manutenção do equilíbrio na relação contratual, a parte prejudicada pode produzir os pleitos contratuais, que visam reivindicar, de forma justificada, os custos adicionais que, se pagos, devolvem ao contrato o seu equilíbrio econômico-financeiro”. Fonte: MARTINS, Geovane; ARAÚJO, Isabela. Pleitos: elaboração, apresentação e defesa. In: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et al. Arbitragem, infraestrutura e direito da construção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 214.

⁴⁸⁰ “14.11.1 Draft Final Statement Within 56 days after the issue of the Performance Certificate, the Contractor shall submit to the Employer, a draft final Statement. This Statement shall: (a) be in the same form as Statements previously submitted under Sub-Clause 14.3 [Application for Interim Payment]; (b) be submitted in one paper-original, one electronic copy and additional paper copies (if any) as stated in the Contract Data; and (c) show in detail, with supporting documents: (i) the value of all work done in accordance with the Contract; (ii) any further sums which the Contractor considers to be due at the date of the issue of the Performance Certificate, under the Contract or otherwise; and (iii) an estimate of any other amounts which the Contractor considers have or will become due after the issue of the Performance Certificate, under the Contract or otherwise, including estimated amounts, by reference to the matters described in sub-paragraphs (c) (i) to (iii) of Sub-Clause 14.10 [Statement at Completion]. These estimated amounts shall be shown separately (to those of sub-paragraphs (i) and (ii) above)”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 74.

a um acordo sobre os valores que são incontroversos – os quais serão pagos imediatamente pelo contratante – e aqueles controversos – que poderão ser submetidos ao *dispute board* ou iniciar uma lide arbitral⁴⁸¹. Caso o contratado não tenha formulado um pleito contratual nos termos da subcláusula 20.2 do *Silver Book* no prazo de 56 (cinquenta e seis) dias após o recebimento do pagamento final, este será tido como aceito em definitivo, fazendo cessar qualquer responsabilidade do contratante, com exceção dos casos de fraude ou indenizações devidas em razão do descumprimento do contrato⁴⁸².

Apesar da realização do pagamento final, recai integralmente sobre o contratado a responsabilidade pelos custos relacionados aos testes do empreendimento após a conclusão das obras⁴⁸³ e pela necessidade de refazimento ou reparação dos serviços já prestados⁴⁸⁴, mesmo após a entrada em operação do empreendimento⁴⁸⁵, o que não lhe confere direito a um

⁴⁸¹ “14.11.2 Agreed Final Statement If there are no amounts under sub-paragraph (iii) of Sub-Clause 14.11.1 [Draft Final Statement], the Contractor shall then prepare and submit to the Employer the final Statement as agreed (the “Final Statement” in these Conditions). However if: (a) there are amounts under sub-paragraph (iii) of Sub-Clause 14.11.1 [Draft Final Statement]; and/or (b) following discussions between the Employer and the Contractor, it becomes evident that they cannot agree any amount(s) in the draft final Statement, the Contractor shall then prepare and submit to the Employer a Statement, identifying separately: the agreed amounts, the estimated amounts and the disagreed amount(s) (the “Partially Agreed Final Statement” in these Conditions). 14.12 Discharge When submitting the Final Statement or the Partially Agreed Final Statement (as the case may be), the Contractor shall submit a discharge which confirms that the total of such Statement represents full and final settlement of all moneys due to the Contractor under or in connection with the Contract. This discharge may state that the total of the Statement is subject to any payment that may become due in respect of any Dispute for which a DAAB proceeding or arbitration is in progress under Sub-Clause 21.6 [Arbitration] and/or that it becomes effective after the Contractor has received: (a) full payment of the total amount stated in the Final Statement; and (b) the Performance Security”. Fonte: *Ibidem*. p. 75.

⁴⁸² “14.14. Cessation of Employer’s Liability. (...) Unless the Contractor makes or has made a Claim under Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] in respect of an amount or amounts included in the Final Payment within 56 days of receiving the Final Payment the Contractor shall be deemed to have accepted the Final Payment as correct. The Employer shall then have no further liability to the Contractor, other than to return the Performance Security to the Contractor. However, this Sub-Clause shall not limit the Employer’s liability under the Employer’s indemnification obligations, or the Employer’s liability in any case of fraud, gross negligence, deliberate default or reckless misconduct by the Employer”. Fonte: *Ibidem*. p. 76.

⁴⁸³ “7.4. Testing by the Contractor. (...) The Contractor shall provide all apparatus, assistance, documents and other information, temporary supplies of electricity and water, equipment, fuel, consumables, instruments, labour, materials, and suitably qualified, experienced and competent staff, as are necessary to carry out the specified tests efficiently and properly. All apparatus, equipment and instruments shall be calibrated in accordance with the standards specified in the Employer’s Requirements or defined by applicable Laws and, if requested by the Employer, the Contractor shall submit calibration certificates before carrying out testing”. Fonte: *Ibidem*. p. 42.

⁴⁸⁴ “7.5. Defects and Rejection. If, as a result of an examination, inspection, measurement or testing, any Plant, Materials, design or workmanship is found to be defective or otherwise not in accordance with the Contract, the Employer shall give a Notice to the Contractor describing the item of Plant, Materials, design or workmanship that has been found to be defective. The Contractor shall then promptly prepare and submit a proposal for necessary remedial work”. Fonte: *Idem*.

⁴⁸⁵ “11.1. Cost of Remedying Defects. (...) All work under sub-paragraph (b) of Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Work and Remedying Defects] shall be executed at the risk and cost of the Contractor, if and to the extent that the work is attributable to: (a) the design of the Works, other than a part of the design for which the Employer is responsible (if any); (b) Plant, Materials or workmanship not being in accordance with the Contract; (c) improper operation or maintenance which was attributable to matters for which the Contractor is responsible (under Sub-Clause 5.5 [Training], Sub-Clause 5.6 [As-Built Records] and/or Sub-Clause 5.7 [Operation and

pagamento adicional. Conforme previsão da subcláusula 11.9, é somente mediante a emissão do certificado de performance pelo contratante que se opera o aceite da obra e confirma-se que o contratado cumpriu com todas as suas obrigações contratuais⁴⁸⁶.

É importante registrar, ainda, que o *Silver Book* sugere o uso de mecanismos contratuais sancionatórios para impor o cumprimento do contrato, especificamente em relação à previsão de penalidades por atraso, aplicadas majoritariamente ao contratado⁴⁸⁷.

O modelo *standard* da FIDIC também traz em suas condições gerais as hipóteses para rescisão contratual, que podem ocorrer em caso de inadimplementos por qualquer uma das partes, ou mesmo por conveniência. No caso do encerramento do contrato por iniciativa do contratante, o *Silver Book* estabelece em sua cláusula 15.2.1 que, caso identificado algum inadimplemento por parte do contratado, o contratante irá notificá-lo para que o corrija. Ainda, prevê-se a rescisão imediata do contratado, sem necessidade de notificação prévia para correção do inadimplemento, nos casos em que haja a subcontratação total dos trabalhos, insolvência do contratado ou atos de corrupção praticados⁴⁸⁸.

Tão logo encerrado o contrato por inadimplemento do contratado, o *Silver Book* prevê os procedimentos para sucessão das obras, determinação do valor final devido ao contratado pelos serviços já realizados e eventual pleito do contratante em relação a custos adicionais, perdas, danos e demais prejuízos relacionados aos atrasos causados⁴⁸⁹.

Maintenance Manuals] or otherwise); or (d) failure by the Contractor to comply with any other obligation under the Contract". Fonte: *Ibidem*. p. 54.

⁴⁸⁶ "11.9. Performance Certificate. Performance of the Contractor's obligations under the Contract shall not be considered to have been completed until the Employer has issued the Performance Certificate to the Contractor, stating the date on which the Contractor fulfilled the Contractor's obligations under the Contract. (...) Only the Performance Certificate shall be deemed to constitute acceptance of the Works". Fonte: *Ibidem*. p. 57-58.

⁴⁸⁷ "8.8. Delay Damages. If the Contractor fails to comply with Sub-Clause 8.2 [Time for Completion], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of Delay Damages by the Contractor for this default. Delay Damages shall be the amount stated in the Contract Data, which shall be paid for every day which shall elapse between the relevant Time for Completion and the relevant Date of Completion of the Works or Section. The total amount due under this Sub-Clause shall not exceed the maximum amount of Delay Damages (if any) stated in the Contract Data". Fonte: *Ibidem*. p. 48.

⁴⁸⁸ "15.2.1 Notice The Employer shall be entitled to give a Notice (which shall state that it is given under this Sub-Clause 15.2.1) to the Contractor of the Employer's intention to terminate the Contract or, in the case of subparagraph (f), (g) or (h) below a Notice of termination, if the Contractor: (a) fails to comply with: (...) (f) subcontracts the whole, or any part of, the Works in breach of Sub-Clause 4.4 [Subcontractors], or assigns the Contract without the required agreement under Sub-Clause 1.7 [Assignment]; (g) becomes bankrupt or insolvent; goes into liquidation, administration, reorganisation, winding-up or dissolution; becomes subject to the appointment of a liquidator, receiver, administrator, manager or trustee; enters into a composition or arrangement with the Contractor's creditors; or any act is done or any event occurs which is analogous to or has a similar effect to any of these acts or events under applicable Laws; (...) (h) is found, based on reasonable evidence, to have engaged in corrupt, fraudulent, collusive or coercive practice at any time in relation to the Works or to the Contract". Fonte: *Ibidem*. p. 78-79.

⁴⁸⁹ Subcláusulas "15.2.3 After termination"; "15.3 Valuation after Termination for Contractor's Default"; e "15.4 Payment after Termination for Contractor's Default". Fonte: *Idem*.

Por outro lado, caso o contratante decida encerrar o contrato por conveniência, isto é, sem justa causa, não terá o direito de continuar utilizando quaisquer documentos ou equipamentos do contratado, que serão a ele imediatamente devolvidos. Além disso, também deverá o contratante adotar as medidas necessárias para retornar a apólice de seguro performance ao contratado. A isso seguirá um procedimento para apurar o valor remanescente devido ao contratado, bem como eventuais verbas indenizatórias⁴⁹⁰.

A mesma lógica se aplica ao encerramento do contrato por iniciativa do contratado em razão de inadimplementos do contratante. Nos termos das condições gerais do *Silver Book*, caso identificado qualquer inadimplemento o contratado poderá notificar o contratante para que o corrija no prazo contratualmente estabelecido, sob pena de rescisão, ou então notificar diretamente da rescisão nos casos em que o contratante efetue a cessão do contrato, ou parte dele, a terceiros sem a anuência do contratado; houver suspensão prolongada dos trabalhos por determinação do contratante, nos termos da subcláusula 8.12, e essa suspensão não seja encerrada em tempo hábil de modo a afetar diretamente a execução dos trabalhos; o contratante se torne insolvente; e o contratante haja praticado atos de corrupção⁴⁹¹.

Ainda que as condições gerais do *Silver Book* sejam extremamente extensas e detalhadas, contando com 123 (cento e vinte e três) páginas e 21 (vinte e uma cláusulas), divididas em inúmeras subcláusulas, fato é que revelam os usos, costumes e práticas de mercado do setor, fazendo com que a grande maioria dos contratos de EPC reflitam os parâmetros lançados pela FIDIC, com o intuito de fornecer maior previsibilidade e calculabilidade aos contratantes no exercício de sua atividade econômica.

⁴⁹⁰ “15.5 Termination for Employer’s Convenience The Employer shall be entitled to terminate the Contract at any time for the Employer’s convenience, by giving a Notice of such termination to the Contractor (which Notice shall state that it is given under this Sub-Clause 15.5). After giving a Notice to terminate under this Sub-Clause, the Employer shall immediately: (a) have no right to further use any of the Contractor’s Documents, which shall be returned to the Contractor, except those for which the Contractor has received payment or for which payment is due; (b) if Sub-Clause 4.6 [Co-operation] applies, have no right to allow the continued use (if any) of any Contractor’s Equipment, Temporary Works, access arrangements and/or other of the Contractor’s facilities or services; and (c) make arrangements to return the Performance Security to the Contractor”. Fonte: *Ibidem*. p. 80.

⁴⁹¹ “16.2.1 Notice The Contractor shall be entitled to give a Notice (which shall state that it is given under this Sub-Clause 16.2.1) to the Employer of the Contractor’s intention to terminate the Contract or, in the case of sub-paragraph (f) (ii), (g), (h) or (i) below a Notice of termination, if: (...); (f) the Employer: (i) fails to comply with Sub-Clause 1.6 [Contract Agreement], or (ii) assigns the Contract without the required agreement under Sub-Clause 1.7 [Assignment]; (g) a prolonged suspension affects the whole of the Works as described in sub-paragraph (b) of Sub-Clause 8.12 [Prolonged Suspension]; (h) the Employer becomes bankrupt or insolvent; goes into liquidation, administration, reorganisation, winding-up or dissolution; becomes subject to the appointment of a liquidator, receiver, administrator, manager or trustee; enters into a composition or arrangement with the Employer’s creditors; or any act is done or any event occurs which is analogous to or has a similar effect to any of these acts or events under applicable Laws; or (i) the Employer is found, based on reasonable evidence, to have engaged in corrupt, fraudulent, collusive or coercive practice at any time in relation to the Works or to the Contract”. Fonte: *Ibidem*. p. 81-82.

Nestes termos, o conhecimento dos parâmetros tradicionais do modelo *standard* importa ao aplicador do direito, porque lhe permite, em especial, preencher as lacunas que inevitavelmente existirão no negócio jurídico concretamente celebrado ao conhecer de antemão quais são os padrões de mercado que os contratantes se pautaram no momento de celebração da avença.

4.2.2 Razoável negociação inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de celebração do contrato de EPC

A regra interpretativa trazida pelo artigo 113, §1º, inciso V, do Código Civil prevê que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que “corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração”. A previsão normativa é extensa, de modo que pode ser seccionada em partes.

Inicialmente, Paula Forgioni ensina que a determinação normativa para que o intérprete atribua ao negócio jurídico o sentido que corresponda à “razoável negociação das partes sobre a questão discutida” se refere à causa objetiva do negócio jurídico, compreendida como a função econômica, ou seja, a finalidade pretendida pelas partes ao entabular a avença e que está intimamente relacionada aos usos e costumes comerciais⁴⁹².

Passo seguinte, e conforme aduzem Carlos Nelson Konder e Williana Oliveira, o artigo 113, §1º, inciso V, do Código Civil traz dois critérios complementares: “em primeiro lugar determina que o intérprete recorra ‘às demais disposições do negócio’ e em segundo lugar ‘à racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração’”. Quanto ao primeiro critério, sustentam os autores que “trata-se de mera positivação de uma premissa já bem consolidada no direito brasileiro de que o negócio jurídico

⁴⁹² “Ao mencionar a ‘razoável negociação das partes sobre a questão discutida’, o texto normativo faz óbvia referência à intenção comum das partes ao celebrar aquele negócio. Assim, essa interpretação toca àquilo que chamamos de ‘causa objetiva’, relacionada aos usos e costumes comerciais. Qual a função econômica que as partes pretendiam obter com a avença? Para que a celebraram? Qual a racionalidade que deve ser considerada como mote interpretativo, levando em conta a objetivação trazida pelo mercado? O que, no mercado, normalmente se busca com tal prática? (a intenção comum deve ser entendida como reflexa da práxis mercadológica, ou de fatos socialmente reconhecíveis, com ensina Betti). Fonte: FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 382.

não pode ser lido em tiras e precisa ser tomado “como um todo sistemático, isto é, harmonizando-se aparentes contradições e incoerências”⁴⁹³⁻⁴⁹⁴.

Por outro lado, quanto ao segundo critério contido no artigo 113, §1º, inciso V, do Código Civil, os autores afirmam que “trata-se de conceito indeterminado próprio das correntes do chamado ‘direito e economia’ (*Law & Economics*)”, e que é “vocacionado a aplicar-se exclusivamente em contratos envolvendo atividade empresarial, em que ambas as partes são movidas essencialmente por sua racionalidade econômica”⁴⁹⁵. Ainda arrematam que mesmo com a aplicação restrita aos negócios jurídicos celebrados entre empresários, a incidência da racionalidade econômica no processo hermenêutico ainda assim é limitada, na medida em que “a racionalidade a ser perquirida não deve envolver as considerações subjetivas de cada parte, mas sim aquela expressa no negócio como modo de se buscar alcançar determinada síntese de efeitos jurídicos essenciais”⁴⁹⁶.

Em sentido convergente, Paula Forgioni ensina que para inferir a razoável negociação dos agentes econômicos sobre a questão discutida, considerando a racionalidade econômica das partes, é imprescindível atentar-se à função econômica do negócio entabulado, eis que “há de se presumir que, se as partes são racionais, pretendiam atingir a função econômica do contrato que celebraram”.

Ao estatuir o comando da consideração da racionalidade econômica, o dispositivo em tela esclarece ser obrigatória a adoção do padrão de comportamento do homem ativo e probo, racional ou dos ‘comerciantes cordatos’. O inciso V do art. 113 autoriza a pressuposição de que as partes, de forma prudente e sensata (racional, portanto), avaliaram os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vincularam-se. O sistema supõe que, naquele momento, a empresa entendeu que o contrato lhe seria vantajoso; essa expectativa pode até restar frustrada – e aí reside o risco do negócio.

(...)

Ao se referir à ‘racionalidade econômica’ das partes como pauta interpretativa, o inciso V também inclui no processo hermenêutico a função econômica do negócio. Há de se presumir que, se as partes são racionais, pretendiam atingir a função econômica do contrato que celebraram.

⁴⁹³ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020. p. 25.

⁴⁹⁴ “O negócio jurídico, enquanto expressa de racionalidade e modo de atingir um resultado (função) é uno. A causa ou fim objetivo do contrato realiza ‘uma só função econômica’. Essa unicidade há de presidir a interpretação contratual, sob pena de se chegar a conclusões incompatíveis com a eficiência que se espera traga a avença”. *Ibidem*. p. 380.

⁴⁹⁵ KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020. p. 25-27.

⁴⁹⁶ *Ibidem*. p. 28.

(...)

É sempre a função econômica do contrato, ligada à racionalidade econômica das partes, que devem imperar. Se concebido para determinado fim, não se pode admitir interpretação extensiva que o desvie daquilo que objetiva e socialmente dele se esperava obter – e, portanto, do que as partes efetivamente contrataram⁴⁹⁷.

Por fim, o artigo 113, §1º, inciso V, do Código Civil indica ao intérprete que as informações a serem consideradas, para que seja possível identificar qual seria a razoável negociação entre as partes inferida das demais disposições do contrato e da racionalidade econômica dos agentes são aquelas disponíveis no momento de sua celebração. Conforme aponta Oksandro Gonçalves, os agentes econômicos possuem racionalidade limitada e, neste ponto “é preciso posicionar o contrato no tempo em que foi celebrado e aferir quais informações estavam disponíveis às partes, como elas as utilizaram e se o acesso a uma determinada informação seria capaz de alterar o processo decisório que levou ao contrato”⁴⁹⁸.

Isso estabelecido, entende-se que três pontos são essenciais quando do enfrentamento, pelo intérprete, do contrato de EPC. O primeiro deles diz respeito à função econômica do contrato, a qual compreende-se como sendo a construção e entrega, em operação, de um empreendimento capaz de gerar receita mediante a concentração, no contratado, do *single point of responsibility* pela execução de todas as etapas da obra no prazo acordado, possuindo como contraprestação o valor global estabelecido⁴⁹⁹.

Em segundo lugar, e conforme detalhado no subcapítulo 2.2, é fato que no momento de celebração do contrato de EPC os agentes econômicos sabem de antemão que não serão capazes de antever com precisão todas as intercorrências possíveis que podem afetar as obras. Assim, apesar de elegerem o *epecista* como polo de concentração dos riscos da operação,

⁴⁹⁷ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 383-384.

⁴⁹⁸ GONÇALVES, Oksandro. A racionalidade limitada na teoria contratual: primeiras reflexões. **Migalhas Contratuais**. 7 out. 2024.

⁴⁹⁹ “A principal característica dessa operação é o oferecimento do próprio empreendimento financiado como garantia do empréstimo concedido. Com isso, o dono da obra consegue obter os recursos de que necessita para executar o empreendimento e, simultaneamente, delimitar o risco a que está exposto, salvaguardando parte de seu patrimônio. Por outro lado, é natural que o agente financiador externo exija um elevado grau de certeza quanto ao cumprimento do preço, do prazo de entrega e do desempenho projetos para o empreendimento, cuja receita gerada será a principal fonte de pagamento do empréstimo e cujos bens serão a garantia em caso de inadimplemento. O instrumento jurídico que se encontrou para atender a essa necessidade de certeza foi justamente o contrato de EPC, que concentra em uma única parte, o epecista, a grande parcela dos riscos envolvidos na consecução do empreendimento. (...) São, portanto, as características relacionadas à extensão do escopo e à estrutura de alocação de riscos que tornam o EPC uma modalidade de contratação individualizada”. Fonte: DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 199-202.

inclusive com a inclusão de certa aleatoriedade no escopo⁵⁰⁰, os contratantes lançam mão de cláusulas abertas e procedimentos contratuais para adaptação do contrato a eventos de incerteza com o objetivo de viabilizar o empreendimento. Essa estrutura colaborativa é inferida das condições gerais do *Silver Book* da FIDIC, conforme delineado nos subcapítulos 3.3, bem como das hipóteses autorizativas da formulação de pleitos contratuais durante a execução das obras, delineadas na tabela anexa a este trabalho (Anexo I).

Portanto, a observância do intérprete aos mecanismos contratuais de governança estruturados *ex ante* pelos agentes econômicos no contrato de EPC é essencial para que possa analisar o negócio jurídico em sua integralidade, na medida em que reflete que a estrutura de alocação de riscos elegida pelas partes, conforme será delineado no subcapítulo 4.2.3 a seguir.

O terceiro ponto diz respeito às informações disponíveis às partes no momento da celebração do contrato de EPC. É certo que os agentes econômicos envolvidos nesta modalidade de negociação são empresas sofisticadas em situação de paridade. Ademais, é um pressuposto nesse modelo de contratação que nem todas as informações necessárias estão disponíveis para as partes, afinal, existem circunstâncias que somente serão identificadas quando o contratado adentrar o canteiro de obras, por exemplo. Nada obstante, fato é que “o agente econômico está legitimamente autorizado a presumir que seus parceiros comerciais são aptos a realizar negócios”, e a dinâmica do mercado, condicionada pelo Direito, exige apenas que: (i) “a empresa tenha se esforçado razoavelmente para obter as informações sobre o negócio; se não o fez, presume-se que essa foi sua opção consciente”; (ii) “as empresas não omitam informações relevantes à contraparte”⁵⁰¹.

No caso do contrato de EPC, o próprio modelo *standard* elaborado pela FIDIC sugere em suas notas preliminares que esse modelo de contratação não é indicado para os casos em que as partes não tenham tempo ou informações suficientes para analisar de forma minuciosa

⁵⁰⁰ “Com tudo isso, inclui-se certa aleatoriedade no contrato EPC, ausente em outros ajustes para implantação de um empreendimento. Essa aleatoriedade não repercute apenas nos aspectos econômicos da operação, isto é, em se a execução, a realização em si dos trabalhos, ficará ou não mais onerosa, nem unicamente em aspectos técnicos, no sentido de serem exigidas atividades instrumentais superiores ou diferentes, como se daria se os trabalhos tomassem mais tempo ou fossem mais complexos do que aqueles esperados. Aqui, haverá aleatoriedade do ponto de vista jurídico, ou seja, incerteza em relação à atribuição patrimonial, à quantidade ou à qualidade da prestação de uma das partes, que poderá ter diferente extensão da prevista por conta de evento incerto. No EPC, enquanto o preço pago pelo contratante é fixo, a própria obra a ser executada poderá mudar em relação ao previsto no momento da contratação, como acontece em ambas as hipóteses de riscos adicionais contraídos, antes indicadas. Por essa razão, diz-se que, nesse ajuste, o chamado escopo contratual não é fixo; ao contrário, constitui um alvo móvel, resultando em um contrato propositalmente desbalanceado”. Fonte: MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction)**: primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 120-121.

⁵⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. 170-171.

os requisitos do empreendimento⁵⁰². Essa previsão se justifica em razão da aleatoriedade accidental inserida no escopo, consubstanciada na declaração do *epecista* contratado de que (i) o valor global é suficiente para remunerar todas as atividades necessárias para execução das obras; (ii) previamente à data de assinatura obteve todas as informações necessárias sobre riscos, contingências ou outras circunstâncias que possam afetar os trabalhos; (iii) assume total responsabilidade por ter previsto todas as dificuldades e custos inerentes à conclusão dos trabalhos; e (iv) que o preço do contrato não será alterado em razão de quaisquer dificuldades não previstas ou imprevisíveis⁵⁰³.

No momento da assinatura do contrato de EPC há, portanto, um ônus agravado do contratado no que tange à busca por informações: há o dever do *epecista* de proceder com a obtenção e escrutínio de todas as informações ao seu alcance, inclusive aquelas que são repassadas pelo contratante, a fim de que possa precificar o risco e a álea assumida. Caso não proceda dessa forma, deverá suportar os prejuízos decorrentes de assinar o contrato sem ter buscado acesso à informação suficiente⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵.

Como já afirmado, o depuramento das informações pelas partes reflete no valor global fixado no contrato de EPC, sendo este um elemento hábil a informar o aplicador do direito, quando do esforço interpretativo. Conforme relata pesquisa empírica levada a efeito por Marcia

⁵⁰² “*These Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects are not suitable for use in the following circumstances: – If there is insufficient time or information for tenderers to scrutinise and check the Employer’s Requirements or for them to carry out their designs, risk assessment studies and estimating*”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b.

⁵⁰³ “*4.11 Sufficiency of the Contract Price The Contractor shall be deemed to have satisfied himself/herself as to the correctness and sufficiency of the Contract Price stated in the Contract Agreement. Unless otherwise stated in the Contract, the Contract Price stated in the Contract Agreement shall be deemed to cover all the Contractor’s obligations under the Contract and all things necessary for the proper execution of the Works in accordance with the Contract. 4.12 Unforeseeable Difficulties Except as otherwise stated in the Particular Conditions: (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 Agreement, 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 Unforeseeable or unforeseen difficulties or costs*”. Fonte: *Ibidem*. p. 28.

⁵⁰⁴ “(...) a empresa que detiver grau de informação inferior àquele que dela seria esperado deverá suportar os eventuais prejuízos decorrentes dessa falta. Muitas vezes, o agente econômico tem consciência de que possui quantidade de informações aquém do ideal. Se segue com o negócio, deverá arcar com os riscos correspondentes a essa sua estratégia”. Fonte: FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 171.

⁵⁰⁵ “Evidentemente que com a obrigação de buscar por informações na fase pré-contratual coexistem os deveres impostos pela boa-fé objetiva, no sentido de que os contratantes atuem com lealdade, de modo a disponibilizar as informações que estejam em sua posse para a formação do contrato. Nesse sentido, sustenta Judith Martins-Costa: “é correto afirmar que também no sistema brasileiro a abertura das tratativas impõe aos que dela participam deveres especiais, de fonte legal (imediatamente ou por via do princípio da boa-fé), sem que se verifiquem deveres de prestação em sentido técnico. Tanto assim é que danos injustamente causados ao *alter* na fase das tratativas podem dar ensejo ao dever de indenizar pela quebra de especiais deveres de conduta, e não apenas o genérico dever de a ninguém lesar, imposto a todos que vivem em sociedade”. Fonte: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 456.

Carla Pereira Ribeiro em obras de públicas de infraestrutura dos anos 1942 até 2000 no Canadá, fixou-se posicionamento na jurisprudência sentido de que utilizar “como fundamento para a modificação ou não do preço do contrato o contexto da contratação, no que se refere ao preço projetado na chamada, expertise do contratado e o custo para obtenção de informações mais precisas sobre as condições para realização da obra”. Segundo a Autora:

(...) se o preço do contrato se mostra um preço acima do preço padrão formal, por exemplo, considerando o preço da metragem usual para aquele tipo do negócio, e a empresa sendo dotada do conhecimento técnico superior àquele da administração pública, o preço do contrato será sistematicamente confirmado como preço final. Contrariamente, sendo o preço nitidamente um preço de mercado padrão e estando a informação mais depurada das condições da obra em mão da autoridade administrativa, não se podendo exigir do contratado esforços razoáveis para a obtenção de informações mais específicas, foram admitidas as revisões contratuais⁵⁰⁶.

Embora relacionado a contratação com a administração pública, entende-se que a mesma lógica se aplica ao contrato celebrado entre privados. Afinal, se houve travamento do valor global em montante insuficiente por inabilidade do contratado de buscar ou depurar adequadamente as informações necessárias, não pode haver intervenção judicial nos termos do contrato para tutelar decisão empresarial equivocada.

Nesse sentido, entende-se que nos contratos de EPC a ausência, insuficiência ou imprecisão das informações do empreendimento não pode ser aventada pelos contratantes em momento posterior⁵⁰⁷, porque compõe o elemento central da alocação de riscos agravada sobre o *epecista*, que é polo *expert* da relação e precisa saber quais informações acessar, sendo inclusive o elemento utilizado para estimar e fixar o valor global a ser pago para construção do empreendimento no regime *turnkey*. Os riscos relacionados às informações devem ser adequadamente geridos pelas partes empresárias.

Deve-se ter em mente que o contratante celebra o contrato de EPC com o objetivo de receber um empreendimento complexo no regime *turnkey*, pagando ao contratado um valor global previamente estipulado e no prazo previsto os quais, em regra, não serão alterados durante a execução do contrato. Por outro lado, o contratado assina o contrato na expectativa de construir e entregar o referido empreendimento no regime *turnkey* e ainda auferir lucro ao

⁵⁰⁶RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 269.

⁵⁰⁷ Conforme infere-se da tabela elaborada ao Anexo I, as hipóteses exemplificativas expressas trazidas pelo *Silver Book* para a formulação de pleitos contratuais capazes de alterar o valor global ou o prazo para execução das obras não guardam correlação com a ausência ou insuficiência de informações prestadas.

final, eis que, com base nas informações obtidas, estima o custo da obra como inferior ao valor global avençado.

Apesar disso, ambos os contratantes assumem o ônus de colaborar entre si durante a execução do contrato para viabilizar a execução das obras. Além disso, há uma assunção clara de riscos: enquanto o contratante assume um risco menor, de o valor global do contrato vir a ser majorado ou os prazos de entrega das obras dilatados durante a execução do contrato, caso consumada alguma das hipóteses contratualmente previstas para tanto; o contratado assume um risco majorado de suportar prejuízo com a execução do contrato, caso o custo da obra seja superior ao valor global estabelecido.

4.2.3 Alocação e gestão dos riscos no contrato de EPC

Com as alterações levadas a efeito pela Lei de Liberdade Econômica, o artigo 421 do Código Civil passou a prever em seu Parágrafo Único que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

De modo a reforçar a premissa lançada no Parágrafo Primeiro do artigo 421, a Lei de Liberdade Econômica também inseriu no Código Civil o artigo 421-A, em que se estabeleceu que “os contratos civis e empresariais se presumem paritários e simétricos” até o advento de elementos capazes de afastar essa presunção. Além disso, firmou em seus incisos II e III que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada” e “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Embora as alterações legais acima transcritas tenham sido objeto de crítica doutrinária, voltada mais especificamente ao fato de que não existe na ordem jurídica um “princípio de intervenção mínima” e, portanto, “a previsão da excepcionalidade da revisão contratual nada adicionou ao ordenamento, vez que os requisitos exigidos para tanto permanecem os mesmos”⁵⁰⁸, as disposições inseridas pela Lei de Liberdade Econômica reforçam a premissa de que nos contratos empresariais o *pacta sunt servanda* incide com intensidade majorada, de modo a impedir que os agentes econômicos se desvincilhem facilmente dos termos contratuais ou alterem, sem travas legais, o teor do pacto. Essa medida é necessária para a manutenção da estabilidade das relações comerciais e, por consequência, das externalidades por elas geradas⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 505.

⁵⁰⁹ Conforme subcapítulo 2.3.

Otávio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo e Augusto César Lukaschek Prado ensinam que o inciso II do artigo 421-A impõe o respeito, pelo aplicador do direito, aos riscos alocados pelas partes no momento da contratação que impactaram no objeto da relação jurídica obrigacional. Por outro lado, “os riscos imponderáveis ou extraordinários, que são os que ultrapassam aquilo que razoavelmente poderia ser previsto por agentes econômicos ativos e probos, atraem a incidência das disposições legais que regulam a alteração das circunstâncias”⁵¹⁰. Nesse sentido, justifica-se a previsão do artigo 421-A, inciso III, o qual estabelece que a revisão será excepcional e limitada, mediante a aplicação das hipóteses restritivas previstas nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil⁵¹¹.

Sendo assim, fato é que em relação aos contratos empresariais “o julgador deve nele intervir no menor grau possível, respeitando a vontade comum das partes”, que compreende os riscos alocados e os mecanismos de gestão destes riscos, que eventualmente tenham sido contratados. Nessa esteira, a “revisão contratual deverá ser excepcional”, o que decorre de uma exigência do próprio mercado, para que seu regular funcionamento seja mantido⁵¹², e que vem sendo atendida inclusive pelos Tribunais Superiores⁵¹³. E, em relação ao contrato de EPC, a situação não é diferente, possuindo especial relevância o enfoque na alocação dos riscos levada a efeito pelas partes.

⁵¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukaschek. A Liberdade Contratual e a Função Social do Contrato – Alteração do Art. 421-A do Código Civil: Art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.p. 323.

⁵¹¹ 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”.

⁵¹² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 282.

⁵¹³ “(...) 4. De acordo com a jurisprudência do STJ, o diploma consumerista não incide na hipótese em que a pessoa natural ou jurídica firma contrato de mútuo, ou similar, com o objetivo de financiar ações e estratégias empresariais, pois configura insumo à sua atividade. Precedentes. 5. Afastada a relação de consumo na hipótese, prevalece, nos termos do parágrafo único do art. 421 do Código Civil, ‘o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual’. (...)”. REsp n. 1.752.569/PR, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022.

4.2.3.1 Anatomia dos riscos no contrato de EPC

Ao se tratar dos riscos e sua alocação no contrato, a tendência é atribuir ao risco uma conotação negativa, no mais das vezes traduzindo-o como a potencial consumação de um prejuízo. Nada obstante, ao tratar do risco contratual, Alexandre Junqueira Gomide o posiciona como “a consequência jurídica a que os contratantes estão sujeitos em razão da verificação de fatos que repercutem na relação contratual”⁵¹⁴, de modo a elucidar que os riscos devem ser tratados de forma neutra, na medida em que podem ser tanto positivos quanto negativos. A sistematização levada a efeito pelo Autor, com base na doutrina de Menezes Cordeiro, bem elucida a questão

Segundo Menezes Cordeiro, o risco pode ocorrer em uma de cinco eventualidades: (i) na supressão ou diminuição de uma vantagem; (ii) no não surgimento de uma vantagem; (iii) no aumento de uma desvantagem; (iv) no não-desaparecimento de uma desvantagem e (v) no desaparecimento menor de uma desvantagem⁵¹⁵.

Conforme estabelecido anteriormente, no momento anterior à assinatura do contrato o dever de informação e transparência dos contratantes coexiste com o ônus de se informar sobre as especificidades do projeto e do parceiro comercial, a fim de que seja possível a fixação do preço global avençado e do prazo para entrega das obras. Afinal, é especialmente na fase pré-contratual que os agentes econômicos devem cooperar para estabelecer de forma clara o grau de risco que desejaram enfrentar durante a execução das obras, o que pode ser aferido mediante a alocação de riscos levada a efeito pelas partes no instrumento contratual⁵¹⁶⁻⁵¹⁷.

⁵¹⁴ GOMIDE, Alexandre Junqueira. **O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. 2023. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2023. p. 26.

⁵¹⁵ GOMIDE, Alexandre Junqueira. **O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. 2023. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2023. p. 18-19 *apud* CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Garantias**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 32.

⁵¹⁶ Fernando Araújo afirma que “a reação à alteração das circunstâncias está estreitamente ligada à distribuição de risco que tenha resultado da estipulação e à especificidade do contrato na cobertura de eventos futuros – o grau de seu acabamento, em suma”. Fonte: ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 630.

⁵¹⁷ “A rigor, ao celebrar o contrato, as partes anteveem os riscos usualmente relacionados ao cumprimento de suas obrigações e determinam em qual esfera patrimonial incidirão as consequências da eventual materialização desses riscos. A atribuição dessas consequências a um ou a outra contratante tem reflexos nas prestações devidas pelas partes, de forma a assegurar o equilíbrio econômico e a utilidade do contrato”. Fonte: PELA, Juliana Krueger. Risco e contratos empresariais: a aplicação da resolução por onerosidade excessiva. In: SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de; TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial: estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa**. 1. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2015. p. 489.

Lie Uema do Carmo aponta que são inúmeros os riscos relacionados a um megaprojeto, sendo principais os (i) riscos técnicos e tecnológicos; (ii) riscos de construção; (iii) riscos de mercado; (iv) riscos financeiros; (v) riscos de fornecimento; (vi) riscos operacionais; e (vii) riscos públicos ou regulatórios⁵¹⁸.

Sobre os riscos técnicos ou tecnológicos, a Autora detalha que são aqueles relacionados “aos desafios de engenharia, logística ou tecnologia envolvidos no projeto”⁵¹⁹. Os riscos de construção, por sua vez, “referem-se, de um modo geral, às competências e habilidades do construtor em realizar o projeto tal como contratado, ou seja, pelo preço ajustado, no tempo previsto e com o desempenho esperado”, dentre os quais estão compreendidos:

(...) eventos que provoquem sobrecustos, atraso no início das operações, problemas de operação ou mesmo não entrega do projeto. São exemplos de riscos de construção as condições geológicas, geomecânicas, pluviométricas e hidrológicas no local da obra ou no acesso a ela, a identificação de sítios arqueológicos ou patrimônios culturais, terras indígenas ou quilombolas na área de construção e eventual contaminação ambiental. Outros exemplos consistem na incapacidade do projeto de desempenhar consoante as especificações técnicas, ou de realizar o comissionamento físico ou operacional tempestivamente. Incluem-se nos riscos de construção os infelizes e elevados números de acidentes e mortes⁵²⁰.

Os riscos de mercado, a seu turno, “consistem em não haver a demanda esperada, em erros na previsão da demanda ou mesmo em um crescimento econômico menor que o esperado”. Já os riscos financeiros “são representados pela dificuldade de atrair financiadores ou investidores para o projeto, e, ainda, pela ‘inabilidade de reestruturar os arranjos financeiros caso haja mudanças inesperadas no fluxo de caixa’”⁵²¹.

Ato contínuo, Lie Uema do Carmo elenca que os riscos de fornecimento “reportam-se a incertezas quanto ao preço e ao acesso a insumos” e os riscos operacionais são representados pelo “não funcionamento adequado dos equipamentos instalados no projeto ou de obsolescência técnica acelerada”⁵²². Finalmente, os riscos públicos ou regulatórios envolvem “instabilidade e insegurança quanto ao comportamento das instituições governamentais, representados por mudanças normativas, falta de segurança jurídica, ativismo judicial e atrasos na outorga de licenças, permissões e autorizações”⁵²³.

⁵¹⁸ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 195-201.

⁵¹⁹ *Ibidem*. p. 198.

⁵²⁰ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 198-199.

⁵²¹ *Ibidem*. p. 199.

⁵²² *Ibidem*. p. 199-200.

⁵²³ *Ibidem*. p. 200.

Esses riscos principais listados pela doutrina estão sempre presentes em grandes obras viabilizadas por contratos de EPC. Contudo, sua intensidade irá variar a depender das especificidades do projeto. E, é dentro do contexto da existência destes riscos em um grande projeto de engenharia, que os agentes econômicos que negociam e alocam nos contratos de EPC, de modo a fixar as premissas que irão pautar o valor global do contrato e o prazo de execução das obras.

Embora o contrato de EPC se caracterize pela alocação agravada de riscos sobre o contratado, fato é que se absolutamente todos os riscos compreendidos em uma obra complexa fossem alocados irrestritamente sobre o *epcista*, o valor global do contrato seria impraticável⁵²⁴.

Nesse sentido, Raphael Donato aponta que normalmente os riscos tecnológicos e de construção são alocados no *epcista*, eis que a premissa do contrato é justamente a de que se trata do polo da relação que melhor tem condições de suportá-los. Nada obstante, alguns riscos como aqueles “provenientes de situações de caso fortuito ou de força maior, bem como eventuais prejuízos que excedam o valor previsto contratualmente como limite para pagamento de indenizações e penalidades pelo epcista” tendem a ser alocados no dono da obra⁵²⁵. Essa assertiva é confirmada em especial pela subcláusula 4.12 do *Silver Book* da FIDIC, que expressamente aloca no *epcista* os riscos decorrentes de dificuldades imprevisíveis (*unforeseeable difficulties*) que estejam diretamente relacionadas a execução das obras⁵²⁶, mas autoriza a formulação de pleitos para adequação das bases contratuais em situações de caso fortuito ou força maior (Anexo 1)⁵²⁷.

De mais a mais, Raphael Donato, aponta que em relação aos riscos tecnológicos e de operação “quando se trata de desatualização tecnológica dos equipamentos e dos serviços, modificações ao produto ou falhas do operador do empreendimento, os riscos são, em regra, do dono da obra”. Contudo, “se os riscos de operação decorrem de eventual erro do epcista na

⁵²⁴ “Em última análise, respeitados os limites da autonomia negocial, não há ilegalidade caso o epcista assuma todos os riscos construtivos. No entanto, tal situação refletiria um preço global inviável, comprometendo o sucesso do empreendimento do ponto de vista econômico”. Fonte: DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. 2015. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2015. p. 64.

⁵²⁵ *Ibidem*. p. 84-85.

⁵²⁶ “4.12. *Unforeseeable Difficulties*. Except as otherwise stated in the Particular Conditions: (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 Agreement, 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 Unforeseeable or unforeseen difficulties or costs”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 28.

⁵²⁷ Conforme subcláusula 18.1 do *Silver Book*, detalhada no Anexo 1 deste trabalho.

implantação do empreendimento, caso esse erro seja apontado pelo dono da obra dentro do respectivo prazo de garantia e dentro do prazo prescricional, a responsabilidade por tais riscos é do epcista”⁵²⁸. De fato, é o contratado o responsável pelo atendimento do empreendimento aos requisitos de qualidade e geração de receita exigidos pelo dono da obra (*fit for the purpose obligation*)⁵²⁹, obrigando-se inclusive a necessidade de eventual manutenção ou adequação posterior.

Por outro lado, segundo o Autor, no contrato de EPC os riscos ambientais acabam sendo compartilhados entre as partes, recaindo a responsabilidade sobre a parte que deu causa ao dano⁵³⁰, ao passo que os riscos sociais e financeiros são suportados, majoritariamente, pelo dono da obra⁵³¹.

Finalmente, embora Raphael Donato afirme que “os riscos públicos são compartilhados, devendo-se identificar concretamente “a qual obrigação contratual tal risco está relacionado”, é a parte responsável pela obrigação que precisará suportá-lo⁵³². Ademais, o *Silver Book* estabelece em suas condições gerais a possibilidade de o contratado endereçar pleitos com base em atos praticados pelas autoridades públicas que atrasem a execução das obras (Anexo 1)⁵³³. Com efeito, a tendência é de que os riscos públicos também sejam suportados, majoritariamente, pelo dono da obra.

Ocorre que em megaprojetos existem riscos que não podem ser previstos ou cujo custo para obtenção das informações que permitam identificá-los é muito alto. Nestes casos, as partes

⁵²⁸ DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. 2015. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2015. p. 101.

⁵²⁹ Nesse sentido, a subcláusula 4.1 do *Silver Book* é muito clara ao estabelecer que “*The Contractor shall execute the Works in accordance with the Contract. When completed, the Works (or Section or major item of Plant, if any) shall be fit for the purpose(s) for which they are intended, as defined and described in the Employer’s Requirements or, where no purpose(s) are so defined and described, fit for their ordinary purpose(s)*”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 20.

⁵³⁰ “Se por um lado o dono da obra é usualmente responsável pela obtenção das licenças ambientais necessárias à implantação do empreendimento, por outro o epcista cosumta assumir contratualmente a obrigação de adotar as medidas necessárias à proteção ambiental, tomando as devidas precauções para evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente”. Já em relação aos riscos públicos, sobreleva que “Especificamente nos Contratos de EPC *Turnkey* celebrados entre privados, o inadimplemento contratual pelo Poder Público, em especial dos contratos de financiamento para implantação do empreendimento, é capaz de abalar seriamente a estabilidade de receitas, acarretando prejuízos ao dono da obra e ao epcista. Fonte: DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. 2015. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2015. p. 94.

⁵³¹ No que tange aos riscos sociais, afirma Raphael Donato que “A menos que o fato desencadeador desses riscos esteja relacionado a algum ato de responsabilidade do epcista, os riscos sociais são de responsabilidade do dono da obra”. E, em relação aos riscos financeiros, afirma o Autor que “estaria diretamente ligado à habilidade do dono da obra de elaborar e executar um plano financeiro adequado” *Ibidem*. p. 96-100.

⁵³² *Ibidem*. p. 101.

⁵³³ Conforme subcláusula 8.6 do *Silver Book*, detalhada no Anexo 1 deste trabalho.

optam, racionalmente, por tornar o contrato incompleto em certa de medida, de modo a diferir os custos envolvidos para a discussão e alocação sobre um determinado risco para momento posterior, dando origem às cláusulas de *hardship* que exprimem a natureza relacional do contrato e possuem essencial importância para o aplicador do direito.

4.2.3.2 Alocação dos riscos no contrato de EPC

O contato de EPC “pode ser entendido e analisado como um sistema complexo hierárquico”, que traz em seu programa contratual um conjunto de regras direcionado a guiar a relação de longo prazo estabelecida ao preenchimento do escopo pretendido pelos contratantes⁵³⁴. A especificidade do ativo transacionado, que consiste em um empreendimento complexo e por vezes inovador, vinculado à racionalidade limitada dos agentes, pressupõe a celebração de um contrato incompleto. O grau de incompletude do contrato, contudo, está diretamente relacionado a ponderação de custos e riscos que pretendem ser recobertos pelos contratantes. Conforme ensina Fernando Araújo:

(...) a elaboração e a execução de um contrato tende a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir – quanto mais amplo e detalhado é o panorama de contingências que, sendo susceptíveis de interferirem nos resultados pretendidos, se pretende recobrir e levar em conta no desempenho dos deveres emergentes do contrato⁵³⁵.

Dentro dessa perspectiva, Fernando Araújo aponta para o fato de que ao mesmo tempo em que um contrato incompleto terá maior exposição a riscos, irá adquirir maior flexibilidade⁵³⁶. Conforme lição de Robert Scott e George Triantis, ao tornar o contrato incompleto os agentes econômicos optam por evitar “*front-end transaction costs*”, relacionados à busca por informação, identificação de riscos, negociação e estruturação do contrato, substituindo-os por “*back-end enforcement costs*”, relacionados à necessidade de renegociação posterior e solução de litígios⁵³⁷. Trata-se da mesma premissa adotada por Oliver Williamson, ao diferenciar os custos de transação *ex ante* e *ex post* para estruturação dos mecanismos de governança que irão sustentar a transação⁵³⁸.

⁵³⁴ CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 302-303.

⁵³⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 149.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design. **Case Western Reserve Law Review**, v. 56, n. 1, p. 187-201, 2005. p. 191.

⁵³⁸ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012. p. 17-18.

O grau de detalhamento ou incompletude que as partes conferem ao instrumento contratual traduz a gestão de riscos levada a efeito no instrumento. Conforme ensina Nelson Eizirik, “se as partes são capazes de negociar mecanismos de salvaguarda para se prevenirem contra riscos futuros intrínsecos à contratação”, mas não o fazem em contratos empresariais sofisticados, deve-se entender que há “(i) intenção deliberada de preservarem intactas as condições contratuais em quaisquer circunstâncias; ou (ii) falta de diligência na negociação e redação do contrato”⁵³⁹. Em mesmo sentido, Ana Frazão e Angelo Prata de Carvalho sustentam que “a opção por menor ou maior detalhamento das previsões contratuais traduz uma escolha deliberada das partes sobre o grau de risco que pretendem enfrentar”⁵⁴⁰.

No caso do contrato de EPC, a disponibilização dos modelos contratuais *standard*, em especial do *Silver Book* elaborado pela FIDIC, reduz substancialmente os custos de transação *ex ante*, na medida em que fornece um modelo contratual a ser utilizado, no qual a gestão de riscos está previamente delineada de maneira adequada nas cláusulas estabelecidas. Ainda assim, contudo, o contrato é incompleto em razão das particularidades de cada obra.

Nesse sentido, Aline Miranda Valverde Terra e Paula Greco Bandeira aduzem que “no ordenamento jurídico brasileiro, existem duas formas de gestão de riscos nos contratos: a gestão positiva e a gestão negativa”. Sustentam as autoras que a gestão positiva de riscos se traduz na distribuição de “riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais”, consistindo na “gestão positiva da álea normal”. A gestão negativa de riscos, a seu turno, é representada pela incompletude contratual, oportunidade em que as partes, deliberadamente, diferem a alocação de riscos para momento futuro, mediante atuação das próprias partes ou de um terceiro⁵⁴¹.

Diante da possibilidade de gestão positiva ou negativa dos riscos pelas partes, Aline Miranda Valverde Terra e Paula Greco Bandeira posicionam que o aplicador do direito, “para fins de identificação da alocação de riscos e das respectivas responsabilidades”, deve se atentar ao (i) o tipo contratual; (ii) a “causa concreta do contrato”, que corresponde aos “efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua função econômico-individual ou função prático-social, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes”;

⁵³⁹ EIZIRIK, Nelson. **Direito Societário**: estudos e Pareceres. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 716.

⁵⁴⁰ FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de. Os contratos empresariais de cooperação e os mecanismos de governança. In: BAGNOLI, Vicente. *et al.* **Direito, Empresas e Empreendedorismo**. São Paulo: Eseni Editora, 2020. p. 70.

⁵⁴¹ TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v. 6, p. 1-18, out./dez. 2015. p. 13-14.

e (iii) à qualidade das partes, investigando-se a atividade normalmente praticada pelos contratantes”⁵⁴².

Em adição, Raphael Donato sustenta que “para se definir quem de fato deve arcar com os riscos em caso de omissão do contrato de EPC *Turnkey*, é necessário balancear a alocação geral de riscos ora proposta com a capacidade de cada parte de gerenciar o risco em discussão”⁵⁴³, o que está de acordo com a premissa de alocação de riscos adotada pelo *Silver Book*⁵⁴⁴, que é o modelo *standard* do contrato de EPC.

No que tange à alocação de riscos levada a efeito pelas partes no contrato de EPC, ocupam relevante espaço as cláusulas de *hardship* que inclusive possuem forte presença no *Silver Book* da FIDIC, conforme anteriormente referenciado. Assim, enfrentar as consequências práticas destas cláusulas no modelo contratual sob análise.

4.2.3.3 Cláusulas de *hardship* como mecanismos de gestão de riscos no contrato de EPC

Ao tratar da alocação de riscos em contratos de longa duração, Alexandre Junqueira Gomide posiciona a cláusula de *hardship* como um mecanismo colocado à disposição dos contratantes, cujo escopo é “viabilizar a continuidade do cumprimento do contrato caso ocorra uma situação que dificulte a execução do contrato por uma das partes”⁵⁴⁵. A cláusula de *hardship* consiste em uma das facetas do contrato relacional, que como visto anteriormente se protraí no tempo e demanda a colaboração das partes envolvidas para que atinja o seu escopo, razão pela qual as partes lançam mão de cláusulas abertas, prevendo um procedimento de adaptação futuro no caso do advento de contingências que possam afetar a execução do contrato.

Conforme definição fornecida por José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo, as cláusulas de *hardship* “preveem a negociação pelas partes dos termos contratuais, quando a execução houver se tornado demasiadamente onerosa para uma delas, em

⁵⁴²*Ibidem*. p. 9-12.

⁵⁴³ DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. 2015. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2015. p. 101.

⁵⁴⁴ Os contratos FIDIC são elaborados e estruturados de modo a proporcionar uma equilibrada alocação de riscos entre as partes contratantes, um mecanismo eficiente de controle e administração contratual, a plena comunicação entre as partes e um sofisticado procedimento de pleitos e outras reivindicações”. Fonte: NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 131-152, out./dez. 2020. p. 145.

⁵⁴⁵ GOMIDE, Alexandre Junqueira. **O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. 2023. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2023. p. 175.

vista das modificações imprevistas das circunstâncias”⁵⁴⁶. Judith Martins-Costa sistematiza que a referida cláusula deriva da autonomia privada dos contratantes e possui quatro funções principais:

(a) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato, impedindo que o princípio da intangibilidade do pactuado conduza a um rigor excessivo no momento da execução contratual; (b) atuar como meio de repartição, entre os contratantes, dos custos resultantes do evento superveniente e incerto, de modo que a etapa da renegociação permite às partes acordar sobre essa repartição dos ônus, por si mesmas, ou através de um terceiro, que a arbitrará; (c) impedir a extinção contratual devida à resolução por excessiva onerosidade de um contrato que ainda pode ser útil, atendendo aos mútuos interesses das partes; (d) encontrar um novo regime adaptado aos mútuos interesse (self tailored rule), viabilizando-se, nos limites do princípio da atipicidade contratual (art. 425 do CC/2002 (LGL/2002/400)), uma reorganização do pactuado, sendo essa, precipuamente, a função "adaptativa" da autonomia privada⁵⁴⁷.

Como visto, a cláusula de *hardship* está contida no *Silver Book* elaborado pela FIDIC, mais especificamente na subcláusula 20.1⁵⁴⁸, que trata da possibilidade do endereçamento genérico de pleitos durante a execução do contrato. Em razão das grandes chances de um contrato de EPC concretamente celebrado corresponder ao *Silver Book* da FIDIC⁵⁴⁹, cumpre evidenciar que a cláusula 20.1 do modelo *standard* estabelece, genericamente, que qualquer uma das partes poderá endereçar um pleito à outra caso entenda que possui direito a alterações de preço e prazo. Nada obstante, o *Silver Book* traz no curso de suas condições gerais uma série

⁵⁴⁶ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil (RDM)**. v. 4, p. 633-672, jun. 1995. p. 633. Em mesmo sentido, Frederico Glitz e Thaysa Santos aduzem que “A cláusula partiria de uma concepção contemporânea do princípio do *rebus sic stantibus*, possibilitando a relativização do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), em situações em que ocorressem fatos ou eventos que não poderiam, de maneira razoável, ser previstos quando da contratação, e que estivessem fora do controle de ambas as partes. Estes eventos deveriam desequilibrar o contrato, seja pelo aumento dos custos da sua execução, ou ainda pela redução dos valores de sua contraprestação”. Fonte: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. A cláusula de *hardship* e o equilíbrio contratual – uma fórmula de justiça e democracia contratual? In: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina A. Amorim. **Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana**. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 284.

⁵⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 25, p. 1-24, abr./jun. 2010.

⁵⁴⁸ “20.1. Claims. A Claim may arise: (a) if the Employer considers that the Employer is entitled to any additional payment from the Contractor (or reduction in the Contract Price) and/ or to an extension of the DNP; (b) if the Contractor considers that the Contractor is entitled to any additional payment from the Employer and/or to EOT; or (c) if either Party considers that he/she is entitled to another entitlement or relief against the other Party. Such other entitlement or relief may be of any kind whatsoever (including in connection with any certificate, determination, instruction, Notice, opinion or valuation of the Employer) except to the extent that it involves any entitlement referred to in sub-paragraphs (a) and/or (b) above”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 92-93.

⁵⁴⁹ DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 323.

de hipóteses concretas, relacionadas a consumação de riscos previsíveis, em que os pleitos podem ser endereçados (Anexo 1).

Tem-se na cláusula 20.1 do *Silver Book*, conforme aponta Judith Martins-Costa, a possibilidade expressa de renegociação do contrato não apenas em relação ao advento de circunstâncias imprevisíveis, mas também em relação a “circunstâncias previstas no *an*, mas incertas no *quantum* podendo as partes tanto prever a possibilidade de um fato incerto ocorrer, quanto cogitar da possibilidade de vir a impactar o contrato um fato incerto e indeterminado na sua possibilidade de previsão”⁵⁵⁰.

Judith Martins-Costa aponta para a validade e legitimidade da cláusula de *hardship*, inclusive de modo a afirmar que “tendo as partes estatuído tais cláusulas, e ocorrendo evento nelas previsto, abre-se *ipso facto*, a obrigatoriedade da renegociação do contrato”. Dentro dessa perspectiva, entende que a recusa à renegociação nos termos pactuados, ou a violação da boa-fé durante as tratativas, configura culpa contratual, inclusive nas relações interempresariais⁵⁵¹. Com efeito, para a Autora, a violação da cláusula de *hardship* autoriza o órgão jurisdicional competente, a depender as especificidades do caso concreto, (i) interpretar o contrato e adaptá-lo segundo os “critérios e procedimentos” previstos pelas partes na cláusula; (ii) “fixar um prazo razoável para que as partes efetivamente busquem a renegociação”, nos termos do contrato; ou (iii) promover a resolução por inadimplemento, caso a situação de mora converta-se em inadimplemento definitivo⁵⁵².

Ao tratar especificamente dos pleitos contratuais em contratos de EPC, Leonardo Toledo da Silva afirma que para o julgamento de mérito desses pleitos “é preciso procurar entender as soluções de alocação de riscos adotadas contratualmente pelas partes” e, no silêncio do contrato, a forma supletiva seria a teoria da imprevisão⁵⁵³. Ademais, o Autor converge para

⁵⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 25, p. 1-24, abr./jun. 2010.

⁵⁵¹ “(...) o inadimplemento culposos estará caracterizado não apenas pela recusa, direta ou disfarçada sob a forma de proposições inaceitáveis pela outra parte (considerados os dados objetivos da economia contratual e os subjetivos, atinentes à pessoa dos contraentes): também estará configurado se a negociação tiver ocorrido de modo discordante ao que direciona o princípio da boa-fé. (...) Numa cultura - como a nossa - em que o princípio da boa-fé é ainda conotado prevalentemente às relações de consumo, é importante perceber, nas relações interempresariais, a feição que adquire quando associado à “lógica peculiar” 44 dessas relações e aos seus princípios reitores, como o princípio da diligência empresarial, o do risco comercial e o princípio da confiança, substrato da realizabilidade dos negócios (...) Assim sendo, o princípio da boa-fé objetiva atua, *prima facie*, tendo em vista a implementação de deveres de lealdade, cooperação, correção e consideração com os legítimos interesses alheios, em vista do bem jurídico subjacente, qual seja, o da confiabilidade do tráfego negocial. 46 A violação dos deveres destinados a implementar esse bem jurídico, pela recusa ou renitência em negociar, conforme o pactuado, tipifica, assim, ilicitude contratual”. Fonte: *Idem*.

⁵⁵² MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 25, p. 1-24, abr./jun. 2010.

⁵⁵³ “Somente de forma supletiva, da eventual solução contratual para o risco há de se buscar na teoria da imprevisão os requisitos que justificam a aplicação. (...). Como mencionamos anteriormente, a doutrina aponta quatro grandes

o entendimento que, em razão das particularidades desse modelo de contrato, o remédio jurídico adequado seria a modificação equitativa de seus termos pelo julgador, com a manutenção da relação jurídica de longo prazo estabelecida⁵⁵⁴.

Nada obstante, existe a outra face da moeda. Embora a cláusula de *hardship* se volte ao reequilíbrio das prestações contratuais, sua aposição no contrato abre margem para condutas oportunistas capazes de gerar situações de *hold-up*. Conforme aponta Fernando Araújo, “o fato básico é que o inacabamento contratual expõe uma das partes, ou ambas, ao oportunismo”⁵⁵⁵, o que ponde ensejar situações em que uma das partes é tomada como refém da exigência de renegociação dos termos contratuais:

A contraparte pode estar refém do mero defasamento temporal das prestações na relação contratual: já cumpriu uma parte das obrigações contando que o seu parceiro contratual fizesse o mesmo subsequentemente, e descobre agora que este último não cumprirá a sua parte, ou ameaça só cumprir contra uma compensação adicional (nomeadamente uma revisão dos termos contratuais) – por exemplo, pode não cumprir apenas porque sabe que os benefícios que recebeu do investimento da contraparte são inverificáveis, isto é, não são invocáveis em juízo;

A contraparte pode estar refém dos investimentos de confiança que se viu na necessidade de fazer, investimentos que são específicos da relação e por isso não podem ser recuperados através de *covering*, através de um regresso ao mercado (específico significa, no caso, que um investimento vale mais dentro da relação do que fora dela), e descobre agora que o seu parceiro contratual não cumprirá a sua parte, ou ameaça não cumprir o suficiente para recobrir sequer os referidos investimento de confiança, exigindo uma compensação adicional para retirar a ameaça⁵⁵⁶.

No caso do contrato de EPC, pode-se pensar na hipótese de *hold-up* quando o contratante, intencionalmente, ignora ou demora demasiadamente para retornar ao pleito contratual endereçado pelo *epecista*, com o nítido objetivo de que continue a performar as obras apesar da alteração substancial das circunstâncias; ou no caso em que o *epecista* se recusa a

requisitos que devem ser considerados na aplicação da teoria da imprevisão, ainda que, em alguns casos, possam-se relativizar alguns deles. São os seguintes: 1º) contrato de execução periódica, continuada ou diferida; 2º) fato imprevisível ou extraordinário superveniente; 3º) onerosidade excessiva ou desequilíbrio econômico-contratual; 4º) ausência de culpa da parte reclamante. São esses os requisitos que, em nossa compreensão, devem estar sempre presentes para a formulação de um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato EPC quando não se tratar de risco alocado à contratante. É muito importante, todavia, que cada um dos requisitos acima mencionados seja balizado pelo próprio contrato celebrado entre as partes e também pela realidade sobre a qual se fundamentam contratos dessa natureza”. Fonte: SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18.

⁵⁵⁴ “Em nosso entender, a resolução de contrato é um remédio, em geral, tão amargo, em contratos EPC, que, mesmo que requerida pela parte interessada, somente deve ser aceita se a contraparte, conforme teor do art. 479, não se propuser, de forma equânime, a corrigir o desequilíbrio verificado”. Fonte: *Ibidem*. p. 21.

⁵⁵⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 169.

⁵⁵⁶ *Ibidem*. p. 632-633.

continuar a execução das obras caso o contratante não aceite integralmente um pleito formulado.

Conforme a redação contida nas condições gerais do *Silver Book* da FIDIC, não há que se cogitar da restrição a pleitos das partes. Basta que uma das partes considere que possui direito à modificação dos termos do contrato para que seja possível deflagrar o procedimento contido nas subcláusulas 20.1 e seguintes⁵⁵⁷. Nada obstante, não se admitem pleitos contratuais genéricos em contratos de construções de grandes obras, como o EPC. Um pleito contratual consiste em um relatório detalhado que demonstra a alteração superveniente dos fatos e circunstâncias, seguida dos impactos no preço e no prazo do contrato⁵⁵⁸. Nesse sentido, Geovane Martins e Isabela Araújo ensinam que o pleito contratual não se presta a corrigir erros de planejamento ou orçamento por quaisquer das partes, e deve obrigatoriamente conter provas sobre quatro pontos específicos para que seja considerado fundamentado, a saber:

- (i) Existência de alteração em relação a condições previstas no contrato; (ii) A extensão dos danos sofridos com o resultado da mudança; (iii) O nexo de causalidade entre a mudança e os danos reclamados; e (iv) O direito contratual à compensação por tais danos⁵⁵⁹.

Dentro dessa perspectiva, entende-se que embora no contrato de EPC a cláusula de *hardship* seja aberta, isto é, desvinculada de uma hipótese ou de hipóteses específicas que permitam o endereçamento do pleito, a natureza relacional do contrato que pressupõe a colaboração entre as partes também exige que os pleitos formulados possuam fundamento e sejam devidamente instruídos com provas robustas, eis que a finalidade pretendida por ambos os contratantes é viabilizar a execução da obra.

4.2.4 Autonomia privada e intervenção mínima no contrato de EPC

Finalmente, cabe ao intérprete intervir minimamente, e apenas em caráter excepcional, no contrato de EPC concretamente celebrado. Nesse sentido, Paula Forgioni atesta que a

⁵⁵⁷ Nesse sentido, importa consignar que a Cláusula 20.1 estabelece que um pleito pode possuir como fundamento (a) o contratante entender que possui direito a um pagamento adicional por parte do contratado ou extensão do período de manutenção do empreendimento; (b) se o contratado considerar que possui direito a um pagamento adicional ou extensão do prazo; e (c) se qualquer uma das partes considerar que possui direito a qualquer outro direito ou isenção em relação à contraparte. Apesar disso, para as hipóteses de pleitos fundados nos itens (a) e (b), o modelo *standard* prevê prazos e um procedimento muito bem definido. Por outro lado, o pleito fundamentado no item (c) possui uma previsão mais genérica. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 92-93.

⁵⁵⁸ MARTINS, Geovane; ARAÚJO, Isabela. Pleitos: elaboração, apresentação e defesa. In: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et al. Arbitragem, infraestrutura e direito da construção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 214.

⁵⁵⁹ *Ibidem*. p. 215.

excepcionalidade da revisão dos contratos empresariais guarda correlação direta com a possibilidade de determinação, pelas partes, de parâmetros para interpretação contratual, nos termos do artigo 113, §2º, e 421-A, inciso I, bem como ao respeito da alocação de riscos desenhada pelas empresas⁵⁶⁰.

Assim, a vinculação das partes ao que foi contratado se justifica porque “quando há mitigação judicial do risco assumido de forma refletida e consentida por uma das partes, a contraparte acaba obtendo vantagens, porque a alocação até então definida livremente pelas partes é alterada por agente externo à contratação”⁵⁶¹. Mais especificamente em relação ao contrato de EPC, a deferência do julgador deve ocorrer por ocasião “do papel que o ambiente institucional exerce em relação à competitividade para atração de investimentos e investidores no mercado globalizado”, o que impõe a “adoção de soluções que não comprometam a estabilidade em nome de uma justiça contratual subjetiva”⁵⁶², parâmetro estabilizado na legislação pelo advento da Lei de Liberdade Econômica, mais especificamente ao alterar o artigo 421 e inserir o artigo 421-A no Código Civil.

O contrato de EPC é naturalmente desequilibrado, na medida em que a maior parte dos riscos é alocada sobre o *epecista*. Para fixar o preço e prazo para elaboração das obras, a premissa adotada é de que as informações sobre o empreendimento tenham sido disponibilizadas em volume suficiente, além de que tenha o contratado arcado com ônus de buscar as informações necessárias e analisar detidamente as disponíveis para assumir o risco inerente a obra.

O preço ofertado pelo *epecista* será definido não só em função do escopo técnico da obra, mas também em função do grau de precisão da engenharia a ele relacionada, pelos requisitos da qualidade, pelo regime tributário incidente, pelas condições de acesso ao local, pelas condições climáticas das obras, pelas condições geotécnicas, geológicas e hidrológicas (conforme o tipo de obra), pelas condicionantes ambientais existentes em licenças ambientais do empreendimento, pelas normas internas da contratante, pela estrutura existente no local das obras, dentre muitos outros⁵⁶³.

⁵⁶⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 283-284.

⁵⁶¹ GOMIDE, Alexandre Junqueira. **O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. 2023. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2023. p. 15.

⁵⁶² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 274.

⁵⁶³ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 12.

Cabe às próprias partes, diante da potencial insuficiência de informações necessárias para “travar” o valor global e o prazo das obras, lançar mão de mecanismos contratuais para gestão dos riscos – sejam mediante a aposição de cláusulas e procedimentos expressos de renegociação dos termos contratuais em razão da alteração das circunstâncias, tais como cláusulas de *hardship*, de limitação de responsabilidade ou de adaptação automática; ou mediante incompletude contratual intencional. Caso assim não o façam, não cabe ao aplicador do direito remediar a inabilidade negocial ou a tomada de decisão equivocada do empresário, que se vinculou a uma obrigação que não possuía condições de adimplir caso consumados os riscos que deveriam ter sido considerados em razão de sua *expertise*.

Especificamente no caso dos contratos de EPC, a regra é existir um interesse recíproco na manutenção do contrato, sobretudo para que os investimentos específicos realizados não sejam perdidos e em razão da incerteza relacionada à continuidade e conclusão de uma obra complexa por um terceiro que não participou das tratativas e da relação comercial até aquele momento. Esse interesse, no entanto, precisa estar expresso no contrato, inexistindo uma obrigação de alteração dos termos pactuados.

Consequentemente, é um ônus das partes o estabelecimento de mecanismos contratuais adequados para “gestão de riscos, atribuindo a momento futuro a definição das estratégias de enfrentamento de eventos que potencialmente alterem o custo da execução contratual”, sendo a “criação de mecanismos de governança essencial ao próprio atingimento de suas finalidades e à manutenção da relação de longo prazo”⁵⁶⁴.

Caso assim não procedam, a alteração dos termos contratuais estará sujeita às hipóteses excepcionais previstas em lei, cabendo citar especificamente a previsão dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, conforme já referenciado nos subcapítulos anteriores. Com efeito, a intervenção judicial nos contratos de EPC deve ser excepcional e relegada à subsidiariedade daquilo o que foi avençado pelas partes, sobretudo para que se evite um paternalismo indesejado e suas consequências prejudiciais, no contexto dos contratos empresariais e das trocas de mercado.

⁵⁶⁴ FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de. Os contratos empresariais de cooperação e os mecanismos de governança. In: BAGNOLI, Vicente. *et al.* **Direito, Empresas e Empreendedorismo**. São Paulo: Eseni Editora, 2020. p. 78.

5 CONCLUSÕES

No segundo capítulo deste trabalho, buscou-se delinear o contrato de EPC e a operação econômica que este particular tipo de ajuste tem por objetivo de viabilizar. Demonstrou-se, nesse sentido, que o contrato de EPC possui origem internacional e foi importado para o Brasil no contexto do *project finance*, em que, para viabilizar investimentos em empreendimentos de infraestrutura com alta complexidade capazes de gerar receita, os agentes financiadores passam a exigir maior segurança e previsibilidade quanto ao valor total que precisarão desembolsar, o prazo em que o empreendimento será entregue, a garantia de que os requisitos de qualidade e operabilidade previamente estabelecidos serão atendidos e sobre o potencial de gerar receita.

Assim, desenhou-se um modelo contratual em que, por um valor global previamente ajustado, praticamente todas as responsabilidades e riscos são alocados no contratado (*epecista*), que assume a obrigação de entregar o empreendimento finalizado e operacional para que o contratante precise apenas virar a chave para operá-lo e auferir receita (*turnkey*).

Em razão da utilização reiterada do contrato de EPC no mercado de construção civil, a FIDIC elaborou o *Silver Book*, um modelo amplamente disseminado no plano internacional e constantemente revisado que reflete as melhores práticas da indústria para essa modalidade de contratação.

Embora muito utilizado em território nacional, sobretudo no contexto das concessões e projetos de infraestrutura, não há no direito brasileiro norma específica sobre o contrato de EPC que, conforme evidenciado no subcapítulo 2.2, é um contrato legalmente atípico. Ocorre que apesar de ser legalmente atípico, em razão de sua utilização reiterada, o contrato de EPC passou a contar com respaldo doutrinário e jurisprudencial, sendo possível afirmar que se trata de um contrato socialmente típico, cujo tipo social paradigmático o *Silver Book* da FIDIC, a partir do qual torna-se possível extrair os usos, costumes e práticas de mercado relativos a esse modelo de negócio que pautam a legítima expectativa dos agente econômicos contratantes.

No terceiro capítulo deste estudo foi evidenciado que a Economia dos Custos de Transação (ECT) é útil para compreender a razão pela qual os agentes econômicos decidem celebrar um contrato de EPC e qual é o racional econômico desta operação.

Nesse sentido, detalhou-se que para definir sua forma de organização no mercado, os agentes econômicos atuam ativamente para reduzir os custos de transação. E, no caso da relação estabelecida para execução de uma obra complexa, a alta especificidade do ativo, vinculada ao alto nível de incerteza e à baixa frequência da transação conduzem à organização dos agentes mediante a celebração de um contrato de longo prazo, no qual as partes buscam, *ex ante*,

estabelecer mecanismos contratuais para viabilizar a operação e diminuir custos que tendem a incidir *ex post*, o que se traduz no contrato de EPC.

Assim, o contrato de EPC toma a forma de um contrato relacional, no qual a despeito da alocação agravada de riscos sobre o contratado, a cooperação entre as partes durante o período de execução das obras é um pressuposto para que se atinja a finalidade pretendida. Essa natureza relacional se revela na presença de determinadas cláusulas, como as de *hardship*, *force majeure* ou de *dispute review boards*, que denotam a intenção das partes de adaptar o contrato a eventos supervenientes que poderiam impedir sua execução, para manter a contratação. Essa premissa é confirmada pelo *Silver Book* da FIDIC que revela, em especial em suas Cláusulas 13, 18, 20 e 21 mecanismos de adaptação contratual, estruturados para permitir a perenidade da relação contratual a despeito da superveniência de eventos que alterem as bases negociais.

No capítulo quarto, delineou-se as diretrizes gerais do processo de interpretação e preenchimento de lacunas no direito brasileiro. Nesse sentido, foi demonstrado que em relação aos contratos empresariais assumem especial relevância os dados contextuais que justificam a celebração do negócio jurídico, os quais em última análise revelam a sua função econômica e a racionalidade empregada pelos agentes, de modo a permitir ao intérprete objetivar a finalidade pretendida pelas partes com o contrato celebrado. Com base nestes parâmetros, poderá o intérprete averiguar a existência de lacunas contratuais e definir pela necessidade ou conveniência de sua colmatação, oportunidade em que os usos e costumes e a boa-fé possuirão forte influência.

Na posição de um contrato legalmente atípico e socialmente típico, os usos e costumes possuem forte influência para a interpretação e preenchimento de lacunas no contrato de EPC, o que também encontra respaldo legal na regra do artigo 113, §1º, inciso II, do Código Civil. Nestes termos, demonstrou-se que a partir do *Silver Book* (2017) da FIDIC torna-se possível extrair parâmetros relevantes para interpretação desse modelo contratual, possuindo especial ênfase a natureza relacional do ajuste, que em diversas cláusulas exige a cooperação dos contratantes para que o escopo contratado seja preenchido, bem como faz uso expresso de mecanismos contratuais para adaptação do contrato a intercorrências que normalmente tendem a atingir obras complexas.

Além disso, constatou-se que a regra interpretativa do artigo 113, §1º, inciso V, do Código Civil, conduz à conclusão de que em um contrato empresarial como é o contrato de EPC, a insuficiência ou imprecisão das informações obtidas pelo contratado na fase pré-contratual não podem ser aventadas posteriormente como fundamento para modificação das premissas contratuais, na medida em que os usos e costumes desse modelo contratual impõem

um ônus agravado sobre o *epecista* no que tange à busca por informações, que são o elemento central para fixação do valor global e do prazo para conclusão do empreendimento. Nestes termos, a inabilidade negocial da empresa *expert* no setor de construção civil não pode ser objeto de tutela.

Por fim, analisou-se a alocação de riscos pelas partes nos contratos de EPC, considerando o teor do artigo 421-A do Código Civil. Nesse sentido, demonstrou-se que é uma opção das partes, na condição de agentes econômicos sofisticados, estabelecer mecanismos para gerir os diversos riscos contratuais presentes em uma obra complexa. Quanto maior o grau de detalhamento sobre os mecanismos contratuais voltados ao enfrentamento de situações supervenientes, menor o risco que as partes desejam enfrentar.

No que tange a gestão de riscos contratuais em contratos de EPC, assume especial relevância a cláusula de *hardship* tradicionalmente contida nesse modelo contratual, que corresponde aos tradicionais pleitos formulados durante a execução do contrato. Sobre o tema, detalhou-se que a previsão contratual expressa sobre a possibilidade de renegociar o contrato impõe às partes o dever contratual de cumprir o procedimento contratual estabelecido, sob pena de intervenção jurisdicional. Nada obstante, os pleitos endereçados não se prestam a corrigir erros de planejamento ou orçamento por quaisquer das partes devem estar devidamente fundamentados, o que poderá ser atestado mediante aferição de: (i) coerência entre o pleito formulado e a matriz de riscos estabelecida no contrato; (ii) fundamento contratual exposto que autorize a formulação do pleito; (iii) atendimento aos prazos contratuais para endereçamento do pleito; e (iv) comprovação suficiente de nexo causal entre o evento de impacto e a alteração contratual pretendida.

Portanto, é certo que no momento de interpretação do contrato de EPC o aplicador do direito buscará extrair todas as potencialidades do negócio jurídico celebrado pelas partes, inclusive observando procedimentos contratuais desenhados *ex ante* pelos agentes econômicos para tratar de situações supervenientes, e a alocação de riscos estruturada. Entretanto, caso seja necessário o preenchimento de lacunas eventualmente identificadas, terão especial ênfase os usos, costumes e práticas de mercado relativos ao tipo de negócio, capazes inclusive de se sobreporem à fonte normativa em razão da tipicidade social do contrato, com exceção das normas de ordem pública, que devem necessariamente incidir.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. v. 45, p. 91-110, ano 12, jan./mar. 2011. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf. Acesso em: 21 mai. 2024.

AIA CONTRACT DOCUMENTS. **The History of AIA Contract Documents**. 2024. Disponível em: <https://learn.aiacontracts.com/contract-doc-pages/21531-the-history-of-aia-contract-documents/>. Acesso em: 06 abr. 2024.

ALVES, André Cordelli. **Contrato de construção FIDIC new Red Book: civil law e o sistema legal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Compra e Venda de Empresas: ferramentas para prever, estimular e julgar comportamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. **Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: Das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

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 Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2013.

ARROW, Kenneth Joseph. The organization of economic activity: Issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation. In: **The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System**. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1969. p. 13-47.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002194518>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da Engenharia e Construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida. **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. p. 13-42.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Consulta de Enunciados**. 2024. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/59>. Acesso em: 05 maio 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. 2023. Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em:

<https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:US:d2734cab-f4ba-49cc-9ced-16276ca5d228?viewer%21megaVerb=group-discover>. Acesso em: 04 jun. 2024.

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

CARVALHO, Angelo Prata de. **Contratos empresariais atípicos: a atipicidade contratual na Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

CBIC. Câmara Brasileira da Indústria da Construção. **Indústrias da construção civil**. 09 mar. 2015. Disponível em: <https://cbic.org.br/industrias-da-construcao-civil/#:~:text=As%20atividades%20da%20constru%C3%A7%C3%A3o%20pesada,aplica%C3%A7%C3%A3o%20de%20m%C3%A3o%20de%20obra>. Acesso em: 9 set. 2024.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em: 27 jul. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios Constitucionais na Interpretação das Normas de Direito Comercial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 431-450.

COMMONS, John Rogers. **Legal Foundations of Capitalism**. New York: The Macmillan Company, 1924.

CONCEIÇÃO, Octávio Augusto C. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? p. 25-43. **Revista Análise Econômica**. ano 19, n. 36. p. 25-45, 2001. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/AnaliseEconomica/article/view/10664/6299>. Acesso em: 27 jul. 2024.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil II**. 5. Ed. Lisboa: Grupo Almedina, 2021.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Garantias**. Coimbra: Almedina, 2017.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil (RDM)**. v. 4, p. 633-672, jun. 1995. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RD_M.pdf. Acesso em: 05 jan. 2024.

DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019.

DONATO, Raphael. **A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey**. 2015. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2015.

EIZIRIK, Nelson. **Direito Societário: estudos e Pareceres**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ENEL, José Virgílio Lopes. **Financiamento de projetos: aspectos jurídicos do financiamento com foco em empreendimentos**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2005.

FARIA, Antonio Bento de. **Código Commercial Brasileiro (Primeiro Volume)**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1920.

FERNANDES, Wanderley. Arbitragem e construção. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 619-655.

FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Publications**. 2024. Disponível em: <https://fidic.org/bookshop>. Acesso em: 07 abr. 2024.

FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **FIDIC launches Golden Principles to safeguard integrity of its contract documents**. 2019. Disponível em: <https://fidic.org/node/23379>. Acesso em 27 dez. 2024.

FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **EPC/Turnkey Contract 2nd Ed (2017 Silver Book)**. 2017a. Disponível em: <https://fidic.org/books/epcturnkey-contract-2nd-ed-2017-silver-book>. Acesso em: 20 abr. 2024.

FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. Disponível em: <https://fidic.org/books/epcturnkey-contract-2nd-ed-2017-silver-book>. Acesso em: 20 abr. 2024.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 45, p. 229-244, abr./jun. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7933326/mod_resource/content/1/16.2%20Forgioni.pdf. Acesso em: 21 mai. 2024.

FRADERA, Véra Jacob de. Art. 7º: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 294-295.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de. Os contratos empresariais de cooperação e os mecanismos de governança. In: BAGNOLI, Vicente. et al. **Direito, Empresas e Empreendedorismo**. São Paulo: Eseni Editora, 2020. p. 8-86.

FURST, Stephen. et. al. **Keating on construction contracts**. 8. ed. Londres: Sweet & Maxwell. 2006.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – art. 133 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 315-320.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 2007. 143 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. A cláusula de hardship e o equilíbrio contratual – uma fórmula de justiça e democracia contratual? In: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina A. Amorim. **Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana**. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 277-297.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. 2023. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2023.

GONÇALVES, Oksandro. A racionalidade limitada na teoria contratual: primeiras reflexões. **Migalhas Contratuais**. 7 out. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/416739/a-racionalidade-limitada-na-teoria-contratual-primeiras-reflexoes>. Acesso em: 24 nov. 2024.

GONÇALVES, Oksandro. **Análise econômica do Direito**. 1. ed. Curitiba: IESDE, 2020.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GOZZI, Elcio Fagundes Marques. **Contrato de EPC (Engineering, Procurement e Construction) e o padrão FIDIC**. 2016. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2016.

HUSE, Joseph. **Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts**. 2. ed. Londres: Thomson Reuters, 1997.

KLEE, Lukas. **International construction contract law**. 2. ed. Hoboken: Wiley, 2018.

KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

KNIGHT, Frank Hyneman. **Risk, uncertainty and profit**. Boston and New York: The Riverside Press Cambridge, 1921. Disponível em: <https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/publications/books/risk/riskuncertaintyprofit.pdf>. Acesso em 06 jul. 2024.

KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. ano 4, n. 1, p. 355-404, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0355_0404.pdf. Acesso em: 21 mai. 2024.

KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020. Disponível, em: <https://konder.adv.br/wp-content/uploads/2021/03/CNK-e-WNCO-A-interpretacao-dos-negocios-juridicos-a-partir-da-LLE.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 47-62, jun. 2015. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/20719/16328>. Acesso em: 10 out. 2024.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O contrato EPC e o princípio do equilíbrio econômico. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 3, p. 130, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/113/107>. Acesso em: 21 mai. 2024.

LEMES, Selma. **Arbitragem em números: Pesquisa 2022/2023 – Realizada em 2024**. Canal Arbitragem. São Paulo: Thinkey, 2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/PESQUISA-2023-1010-0000.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2025.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no Direito Civil e os tipos contratuais gerais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 16, ano 5, p. 121-135, jul./set. 2018. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/125535>. Acesso em: 21 mai. 2024.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUPION, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. **Revista da AJURIS**. v. 41, n. 135, p. 405-426, set. 2014. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/342>. Acesso em: 21 mai. 2024.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Renegociação de contratos relacionais em momentos excepcionais - como na pandemia. *IN*: ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *et al.* **Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19**. 2. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 387-408. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Direito-do-Consumidor=reflexoes_v.2.pdf. Acesso em: 10 out. 2024.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MACNEIL, Ian Roderick. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical and neoclassical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**. v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978. Disponível em: <https://www.scirp.org/reference/referencespapers?referenceid=1485553>. Acesso em: 16 jul. 2024.

MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji. **Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19**. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **A interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de construção. “Contratos-Aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 1, p. 315-351. Out-Dez. 2014. Disponível em: <https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/159/147>. Acesso em: 10 out. 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 25, p. 1-24, abr./jun. 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7933292/mod_resource/content/1/12.2%20Martins-Costa.pdf. Acesso em: 07 dez. 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. n. 31, p. 135-175, 2006. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20(10).pdf). Acesso em: 07 dez. 2024.

MARTINS, Geovane; ARAÚJO, Isabela. Pleitos: elaboração, apresentação e defesa. In: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et al.* **Arbitragem, infraestrutura e direito da construção**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 213-220.

MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law**. Chinchester: Princeton University Press, 1999.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law**. Chinchester: Princeton University Press, 1999.

MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction):** primeira aproximação: conteúdo e qualificações. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado.** t. XLIV, Direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. Introduction. *In:* MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. **The Strategic management of large engineering projects:** shaping institutions, risks and governance. Hong Kong: MIT, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MURDOCH, John; HUGHES, Will. **Construction contracts:** law and management. 3. ed. Londres: Spon, 2000.

NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 131-152, out./dez. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/658/421>. Acesso em: XXXX.

NEVES, Flávia Bittar; PEREIRA, Natassia. A evolução no uso dos comitês de prevenção e resolução de disputas (dispute boards) no Brasil. *In:* VAZ, Alyne de Matteo. *et al.* **Infraestrutura, construção, arbitragem e dispute board:** homenagem a Gilberto José Vaz. Belo Horizonte: Del Rey, 2024. p. 423-438.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação:** História, Conceito e Método. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NORTH, Douglass. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico.** São Paulo: Três Estrelas, 2018.

PACHECO, Rodrigo. Senado. **Projeto de Lei nº 4, de 2025.** Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Minas Gerais, 31 jan. 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 15 abr. 2025.

PELA, Juliana Krueger. Risco e contratos empresariais: a aplicação da resolução por onerosidade excessiva. *In:* SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de; TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial:** estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. 1. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2015. p. 488-498.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil:** teoria geral das obrigações. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** contratos. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e Contratos – Pareceres:** de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINESE, Paulo Henrique Signori. **O Regime Jurídico do Contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance).** 2015. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015.

PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para a construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 14 abr. 2024.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. São os Contratos Empresariais Contratos Especiais? In: FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sergio. (Org.). **Direito Empresarial e suas Interfaces – Homenagem a Fábio Ulhoa Coelho – Vol. IV.** São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 253-298.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito:** uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 127-133.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos. **Revista NEJ – Eletrônica.** v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 16 jul. 2024.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos:** contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DALMUT, Luana Gabriela. A inclusão das cláusulas de hardship nos contratos empresariais sob a perspectiva da economia comportamental. **Revista Semestral De Direito Empresarial (RSDE)**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 43-62, jul./dez. de 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rsde/article/view/76529>. Acesso em: 21 mai. 2024.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria. **Análise econômica do direito:** principais autores e estudos de casos. Curitiba: CRV, 2019. p. 357-366.

RICHTER, Rudolf. The New Institutional Economics – Its Start, Its Meaning, Its Prospects. **The European Business Organization Law Review (EBOR).** v. 6, n. 2, p. 161-200, 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228261489_The_New_Institutional_Economics_Its_Start_Its_Meaning_Its_Prospects. Acesso em: 10 out. 2024.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ROCHA NETO, Edson Francisco. **Os dispute boards como instituto processual: por um enquadramento na Teoria Geral do Processo**. 2023. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/21550/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Edson%20Francisco%20Rocha%20Neto%20-%202023%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukaschek. A Liberdade Contratual e a Função Social do Contrato – Alteração do Art. 421-A do Código Civil: Art. 7º. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 277-292.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Livraria Almedina: Coimbra, 1988.

ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. 5. ed. Turim: G. Giappichelli, 2016.

ROSA, Luís Otávio P. Contratos FIDIC: feitos por engenheiros para engenheiros. *In*: DEUS, Adriana Regina Sarra de. *et. al.* **Arbitragem, infraestrutura e direito da construção**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 73-88.

SCHREIBER, Anderson. *et. al.* **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design. **Case Western Reserve Law Review**, v. 56, n. 1, p. 187-201, 2005. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol56/iss1/9/>. Acesso em: 06 jun. 2024.

SEIBERT, Guilherme. **Os contratos de EPC: entre tipicidade e atipicidade**. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Rio Grande do Sul, 2017.

SHAVELL, Steven. Contracts, Holdup, and Legal Intervention. **NBER Working Paper No 11283**. May 2005. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w11284>. Acesso em 17/08/2024.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto e. Contrato de “Engineering”. **Revista dos Tribunais**. v. 685, p. 29-40, nov. 1992. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista3/revista3%20CLOVIS%20DO%20COUTO%20E%20SILVA%20Contrato%20de%20%E2%80%9CEngineering%E2%80%9D.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2024.

SILVA, Leonardo Toledo da. **Contrato de aliança**: projetos colaborativos em infraestrutura e construção. São Paulo: Almedina, 2017.

SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 10-25.

SILVEIRA, Luiz Felipe. **Danos Indiretos e Culpa Grave em Contrato de Construção**. São Paulo: Almedina, 2022.

SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da. **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73-83.

STIGLER, George J. **The Theory of Price**. 3. ed. New York: Mac-millan, 1966.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 487-510.

TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v. 6, p. 1-18, out./dez. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/80/183>. Acesso em: 10 out. 2024.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**: fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: contratos em espécie. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. (Org.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 16-59.

YEUNG, Luciana; CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. Pituba, Salvador: Editora Juspodivm, 2024.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V – Dos Contratos em Geral. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. et al. **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 696-780.

ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1-7.

ANEXO 1 – HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE PLEITOS EXTRAÍDAS DO SILVER BOOK (2017)

Cláusula/Subcláusula	Parte legitimada	Justificativa
Subcláusula 1.12 – Observância da Legislação Aplicável	Contratante e Contratado	Custos e atrasos em razão de falha da parte responsável em obter as permissões ou licenças necessárias para execução do empreendimento ⁵⁶⁵ .
Subcláusula 2.1 – Direito de Acessar o Local de Obras	Contratado	Custos e atrasos em razão da falha do contratante em conceder ao contratado o direito de acessar e ocupar qualquer parte do local de obras dentro do prazo estabelecido em contrato ⁵⁶⁶ .
Subcláusula 4.6 – Cooperação	Contratado	Custos adicionais impostos ao contratado com atividades imprevisíveis relacionadas a interface (cooperação e coordenação) com outros agentes econômicos relacionados à obra ⁵⁶⁷ .
		Custos e atrasos em razão de alterações ou indisponibilidade das rotas de acesso aos

⁵⁶⁵ “1.12. Compliance with Laws. The Contractor and the Employer shall, in performing the Contract, comply with all applicable Laws. Unless otherwise stated in the Employer’s Requirements: (...) (b) the Contractor shall give all notices, pay all taxes, duties and fees, and obtain all other permits, permissions, licences and/or approvals, as required by the Laws in relation to the execution of the Works. The Contractor shall indemnify and hold the Employer harmless against and from the consequences of any failure to do so unless the failure is caused by the Employer’s failure to comply with Sub-Clause 2.2 [Assistance]; (c) within the time(s) stated in the Employer’s Requirements the Contractor shall provide such assistance and all documentation, as described in the Employer’s Requirements or otherwise reasonably required by the Employer, so as to allow the Employer to obtain any permit, permission, licence or approval under sub-paragraph (a) above; and (d) the Contractor shall comply with all permits, permissions, licences and/or approvals obtained by the Employer under sub-paragraph (a) above. If the Employer incurs additional costs as a result of the Contractor’s failure to comply with: (i) sub-paragraph (c) above; or (ii) sub-paragraph (b) or (d) above, provided that the Employer shall have complied with Sub-Clause 2.2 [Assistance], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of these costs by the Contractor”. Fonte: FIDIC. International Federation of Consulting Engineers. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. 2. ed. Geneve, 2017b. p. 12.

⁵⁶⁶ “2.1. Right to Access to the Site. The Employer shall give the Contractor right of access to, and possession of, all parts of the Site within the time (or times) stated in the Contract Data. The right and possession may not be exclusive to the Contractor. If, under the Contract, the Employer is required to give (to the Contractor) possession of any foundation, structure, plant or means of access, the Employer shall do so in the time and manner stated in the Employer’s Requirements. (...) If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of a failure by the Employer to give any such right or possession within such time, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost Plus Profit”. Fonte: Ibidem. p. 13.

⁵⁶⁷ “4.6. Co-operation. The Contractor shall, as specified in the Employer’s Requirements or as instructed by the Employer, co-operate with and allow appropriate opportunities for carrying out work by: (a) the Employer’s Personnel; (b) any other contractors employed by the Employer; and (c) the personnel of any legally constituted public authorities and private utility companies, who may be employed in the carrying out, on or near the Site, of any work not included in the Contract. (...). If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of an instruction under this Sub-Clause, to the extent (if any) that co-operation, allowance of opportunities and coordination was Unforeseeable having regard to that specified in the Employer’s Requirements, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/ or payment of such Cost Plus Profit”. Fonte: Ibidem. p. 25-26.

Subcláusula 4.15 – Rota de Acesso	Contratado	locais de obra por responsabilidade do contratante ou terceiros ⁵⁶⁸ .
Subcláusula 4.23 – Achados Arqueológicos ou Geológicos	Contratado	Custos e atrasos incorridos em razão de descoberta, no local das obras, de qualquer artefato como fósseis, moedas, artigos de valor ou antiguidade e estruturas ou outros itens de interesse geológico ou arqueológico ⁵⁶⁹ .
Subcláusula 5.2 – Documentos do Contratado	Contratante	Custos e atrasos em razão de defeitos nos documentos de responsabilidade do contratante e nova submissão destes documentos ⁵⁷⁰ .
Subcláusula 7.4 – Testes pelo Contratado	Contratante e Contratado	Custos e atrasos em razão de instruções emitidas pelo contratante, ou atrasos na realização dos testes pelo contratado ⁵⁷¹ .
Subcláusula 7.5 – Defeitos e Rejeições	Contratante	Custos e atrasos em razão da inadequação de projetos, equipamentos ou serviços que demandem refazimento dos testes (<i>retesting</i>) ⁵⁷² .

⁵⁶⁸ “4.15. Access Route. (...) To the extent that non-suitability or non-availability of an access route arises as a result of changes to that access route by the Employer or a third party after the Base Date and as a result the Contractor suffers delay and/or incurs Cost, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost”. Fonte: *Ibidem*. p. 29.

⁵⁶⁹ “4.23. Archaeological and Geological Findings (...) The Contractor shall, as soon as practicable after discovery of any such finding, give a Notice to the Employer in good time to give the Employer opportunity to promptly inspect and/or investigate the finding before it is disturbed. This Notice shall describe the finding and the Employer shall issue instructions for dealing with it. If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost from complying with the Employer’s instructions, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost”. Fonte: *Ibidem*. p. 32.

⁵⁷⁰ “5.2 Contractors Documents. (...). The Employer shall, within the Review Period, give a Notice to the Contractor: (a) of No-objection (which may include comments concerning minor matters which will not substantially affect the Works); or (b) that the Contractor’s Document fails (to the extent stated) to comply with the Employer’s Requirements and/or the Contract, with reasons. (...). If the Employer incurs additional costs as a result of such resubmission and subsequent Review, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of the costs reasonably incurred”. Fonte: *Ibidem*. p. 34.

⁵⁷¹ “7.4. Testing by the Contractor. (...) If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost from complying with any such instruction or as a result of a delay for which the Employer is responsible, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of Cost Plus Profit. If the Contractor causes any delay to specified tests (including varied or additional tests) and such delay causes the Employer to incur costs, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of these costs by the Contractor. The Contractor shall promptly forward to the Employer duly certified reports of the tests. When the specified tests have been passed, the Employer shall endorse the Contractor’s test certificate, or issue a test certificate to the Contractor, to that effect. If the Employer has not attended the tests, the Employer shall be deemed to have accepted the readings as accurate”. Fonte: *Ibidem*. p. 42.

⁵⁷² “7.5. Defects and Rejection. (...) After remedying defects in any Plant, Materials, design or workmanship, if the Employer requires any such items to be retested, the tests shall be repeated in accordance with Sub-Clause 7.4 [Testing by the Contractor] at the Contractor’s risk and cost. If the rejection and retesting cause the Employer to incur additional costs, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of these costs by the Contractor”. Fonte: *Ibidem*. p. 42-43.

Subcláusula 7.6 – Trabalho Corretivo (<i>Remedial Work</i>)	Contratante e Contratado	Custos e atrasos relacionados a necessidade de trabalhos corretivos que foram necessários em razão de ação ou omissão de alguma das partes ⁵⁷³ .
Subcláusula 8.5 – Extensão do Tempo para Conclusão	Contratado	Custos e atrasos relacionados a instruções, variações ou impedimentos causados pelo contratante ⁵⁷⁴ .
Subcláusula 8.6 – Atrasos Causados pelas Autoridades	Contratado	Custos e atrasos gerados por ato imprevisível ato das autoridades governamentais ⁵⁷⁵ .
Subcláusula 8.7 – Taxa de Progresso	Contratante	Custos e atrasos relacionados ao descumprimento do cronograma de obras e medidas adicionais necessários para acelerar os trabalhos ⁵⁷⁶ .
Subcláusula 8.8. – Danos por Atrasos	Contratante	Custos e atrasos relacionados a falha do contratado em completar a obra no prazo estabelecido ⁵⁷⁷ .

⁵⁷³ “7.6. Remedial Works. (...) The Contractor shall bear the cost of all remedial work required under this Sub-Clause, except to the extent that any work under sub-paragraph (c) above is attributable to: (i) any act by the Employer or the Employer’s Personnel. If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost in carrying out such work, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost Plus Profit; or (ii) an Exceptional Event, in which case Sub-Clause 18.4 [Consequences of an Exceptional Event] shall apply. If the Contractor fails to comply with the Employer’s instruction, the Employer may (at the Employer’s sole discretion) employ and pay other persons to carry out the work. Except to the extent that the Contractor would have been entitled to payment for work under this Sub-Clause, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of all costs arising from this failure. This entitlement shall be without prejudice to any other rights the Employer may have, under the Contract or otherwise”. Fonte: Ibidem. p. 43-44.

⁵⁷⁴ “8.5. Extension of Time for Completion. The Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to Extension of Time if and to the extent that completion for the purposes of Sub-Clause 10.1 [Taking Over the Works and Sections] is or will be delayed by any of the following causes: (a) a Variation (except that there shall be no requirement to comply with Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT]); (b) a cause of delay giving an entitlement to EOT under a Sub-Clause of these Conditions; or (c) any delay, impediment or prevention caused by or attributable to the Employer, the Employer’s Personnel, or the Employer’s other contractors on the Site (or any Unforeseeable shortages in the availability of Employer-Supplied Materials, if any, caused by epidemic or governmental actions). Fonte: Ibidem. p. 46-47.

⁵⁷⁵ “8.6. Delays Caused by Authorities. If: (a) the Contractor has diligently followed the procedures laid down by the relevant legally constituted public authorities or private utility entities in the Country; (b) these authorities or entities delay or disrupt the Contractor’s work; and (c) the delay or disruption was Unforeseeable, then this delay or disruption will be considered as a cause of delay under sub-paragraph (b) of Sub-Clause 8.5 [Extension of Time for Completion]”. Fonte: Ibidem. p. 47.

⁵⁷⁶ “8.7. Rate of Progress. If, at any time: (a) actual progress is too slow to complete the Works or a Section (if any) within the relevant Time for Completion; and/or (b) progress has fallen (or will fall) behind the Programme (or the initial programme if it has not yet become the Programme) under Sub-Clause 8.3 [Programme], other than as a result of a cause listed in Sub-Clause 8.5 [Extension of Time for Completion], then the Employer may instruct the Contractor to submit, under Sub-Clause 8.3 [Programme], a revised programme describing the revised methods which the Contractor proposes to adopt in order to expedite progress and complete the Works or a Section (if any) within the relevant Time for Completion. Unless the Employer gives a Notice to the Contractor stating otherwise, the Contractor shall adopt these revised methods, which may require increases in the working hours and/or in the numbers of Contractor’s Personnel and/or the Goods, at the Contractor’s risk and cost. If these revised methods cause the Employer to incur additional costs, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of these costs by the Contractor, in addition to Delay Damages (if any)”. Fonte: Ibidem. p. 47.

⁵⁷⁷ “8.8. Delay Damages. If the Contractor fails to comply with Sub-Clause 8.2 [Time for Completion], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of Delay

Subcláusula 8.10 – Consequências da Suspensão pelo Contratante	Contratado	Custos e atrasos em razão de impedimentos de responsabilidade do contratante para conclusão das obras no prazo estabelecido ⁵⁷⁸ .
Subcláusula 8.11 – Pagamento por Projetos e Materiais após a Suspensão pelo Contratante	Contratado	Custos e atrasos ocasionados por determinação de suspensão dos trabalhos pelo contratante ⁵⁷⁹ .
Subcláusula 9.4 – Falha em Passar nos Testes de Conclusão	Contratante	Custos e atrasos relacionados a falha do empreendimento, ou de qualquer parte dele, em passar nos testes de conclusão ⁵⁸⁰ .
Subcláusula 10.3 – Interferências nos Testes de Conclusão	Contratado	Custos e atrasos relacionados ao impedimento do contratado, por responsabilidade do contratante ou de seus funcionários, de realizar os testes de conclusão a tempo e modo estabelecidos no contrato ⁵⁸¹ .
Subcláusula 11.4 – Falha em Corrigir Defeitos	Contratante	Custos e atrasos relacionados a falha do contratado em corrigir os defeitos identificados pelo contratante no empreendimento ou em parte dele ⁵⁸² .

Damages by the Contractor for this default. Delay Damages shall be the amount stated in the Contract Data, which shall be paid for every day which shall elapse between the relevant Time for Completion and the relevant Date of Completion of the Works or Section. The total amount due under this Sub-Clause shall not exceed the maximum amount of Delay Damages (if any) stated in the Contract Data". Fonte: *Ibidem*. p. 48.

⁵⁷⁸ "8.10. Consequences of Employer's Suspension. If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost from complying with an Employer's instruction under Sub-Clause 8.9 [Employer's Suspension] and/or from resuming the work under Sub-Clause 8.13 [Resumption of Work], the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost Plus Profit". Fonte: *Ibidem*. p. 48.

⁵⁷⁹ "8.11. Payment for Plant and Materials after Employer's Suspension. The Contractor shall be entitled to payment of the value (as at the date of suspension instructed under Sub-Clause 8.9 [Employer's Suspension]) of Plant and/or Materials which have not been delivered to Site, if: (a) the work on Plant, or delivery of Plant and/or Materials, has been suspended for more than 28 days and (i) the Plant and/or Materials were scheduled, in accordance with the Programme, to have been completed and ready for delivery to the Site during the suspension period; and (ii) the Contractor provides the Employer with reasonable evidence that the Plant and/or Materials comply with the Contract; and (b) the Contractor has marked the Plant and/or Materials as the Employer's property in accordance with the Employer's instructions". Fonte: *Ibidem*. p. 48-49.

⁵⁸⁰ "9.4. Failure to Pass Tests on Completion. If the Works, or a Section, fail to pass the Tests on Completion repeated under Sub-Clause 9.3 [Retesting], the Employer shall be entitled to: (...) (d) issue a Taking-Over Certificate, if the Employer so requests. In the event of sub-paragraph (d) above, the Contractor shall then proceed in accordance with all other obligations under the Contract, and the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor or a reduction in the Contract Price as described under sub-paragraphs (b)(i) or (b)(ii) of Sub-Clause 11.4 [Failure to Remedy Defects], respectively. This entitlement shall be without prejudice to any other rights the Employer may have, under the Contract or otherwise". Fonte: *Ibidem*. p. 51-52.

⁵⁸¹ "10.3 Interference with Tests on Completion. If the Contractor is prevented, for more than 14 days (either a continuous period, or multiple periods which total more than 14 days), from carrying out the Tests on Completion by the Employer's Personnel or by a cause for which the Employer is responsible (including any performance test that is not possible due to available operating conditions during trial operation): (...) (b) if the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of being so prevented, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost Plus Profit". Fonte: *Ibidem*. p. 53.

⁵⁸² "11.4 Failure to Remedy Defects. If the Contractor fails to remedy the defect or damage by the date stated in this Notice and this remedial work was to be executed at the cost of the Contractor under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], the Employer may (at the Employer's sole discretion): (a) carry out the work or have the work carried out by others (including any retesting), in the manner required under the Contract and at the

Subcláusula 11.7 – Direito de Acesso após Conclusão	Contratado	Custos e atrasos relacionados à demora injustificada do contratante de permitir que a contratada acesse o local de obra durante o período de notificação de defeitos ⁵⁸³ .
Subcláusula 11.8 – Contractor to Search	Contratante e Contratado	Custos e atrasos relacionados à identificação e reparação de defeitos no empreendimento ⁵⁸⁴ .
Subcláusula 11.11 – Limpeza do Local de Obras	Contratante	Custos e atrasos relacionados a falha do contratado em limpar o local de obras, bem como retirar os bens e equipamentos ⁵⁸⁵ .
Subcláusula 12.2 – Testes em Atraso	Contratado	Custos e atrasos relacionados a impedimentos causados pelo contratante ou seus funcionários para que o contratado realize os testes no empreendimento ⁵⁸⁶ .

Contractor's cost, but the Contractor shall have no responsibility for this work. The Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of the costs reasonably incurred by the Employer in remedying the defect or damage; (b) accept the damaged or defective work, in which case the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] (...). (d) terminate the Contract as a whole with immediate effect (and Sub-Clause 15.2 [Termination for Contractor's Default] shall not apply) if the defect or damage deprives the Employer of substantially the whole benefit of the Works. The Employer shall then be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to recover from the Contractor all sums paid for the Works, plus financing charges and any costs incurred in dismantling the same, clearing the Site and returning Plant and Materials to the Contractor". Fonte: Ibidem. p. 55.

⁵⁸³ "11.7 Right of Access after Taking Over. Until the date 28 days after issue of the Performance Certificate, the Contractor shall have the right of access to all parts of the Works and to records of the operation, maintenance and performance of the Works, except as may be inconsistent with the Employer's reasonable security restrictions (...). If the Contractor incurs additional Cost as a result of any unreasonable delay by the Employer in permitting access to the Works or such records by the Contractor, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of any such Cost Plus Profit". Fonte: Ibidem. p. 56-57.

⁵⁸⁴ "11.8 Contractor to Search. The Contractor shall, if instructed by the Employer, search for the cause of any defect, under the direction of the Employer. The Contractor shall carry out the search on the date(s) stated in the Employer's instruction or other date(s) agreed with the Employer. Unless the defect is to be remedied at the cost of the Contractor under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of the Cost Plus Profit of the search. If the Contractor fails to carry out the search in accordance with this Sub-Clause, the search may be carried out by the Employer's Personnel. The Contractor shall be given a Notice of the date when such a search will be carried out and the Contractor may attend at the Contractor's own cost. If the defect is to be remedied at the cost of the Contractor under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of the costs of the search reasonably incurred by the Employer". Fonte: Ibidem. p. 57.

⁵⁸⁵ "11.11 Clearance of Site. Promptly after the issue of the Performance Certificate, the Contractor shall: (a) remove any remaining Contractor's Equipment, surplus material, wreckage, rubbish and Temporary Works from the Site; (b) reinstate all parts of the Site which were affected by the Contractor's activities during the execution of the Works and are not occupied by the Permanent Works; and (c) leave the Site and the Works in the condition stated in the Employer's Requirements (if not stated, in a clean and safe condition). If the Contractor fails to comply with sub-paragraphs (a), (b) and/or (c) above within 28 days after the issue of the Performance Certificate, the Employer may sell (to the extent permitted by applicable Laws) or otherwise dispose of any remaining items and/or may reinstate and clean the Site (as may be necessary) at the Contractor's cost. The Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of the costs reasonably incurred in connection with, or attributable to, such sale or disposal and reinstating and/or cleaning the Site, less an amount equal to the moneys from the sale (if any)". Fonte: Ibidem. p. 58.

⁵⁸⁶ "12.2 Delayed Tests If the Contractor has given a Notice under sub-paragraph (c) of Sub-Clause 12.1 [Procedure for Tests after Completion] that the Works or Section (as the case may be) are ready for Tests after Completion, and the Contractor is prevented from carrying out the Tests after Completion, or these tests are

Subcláusula 12.3 – Reteste	Contratante	Custos e atrasos relacionados a realização de novos testes no empreendimento, ou parte dele, por responsabilidade do contratado ⁵⁸⁷ .
Subcláusula 12.4 – Falha em Passar nos Testes depois da Conclusão	Contratante e Contratado	Custos e atrasos incorridos pelo contratante em razão da falha do empreendimento, ou parte dele, passar nos testes depois da conclusão das obras; ou custos e atrasos incorridos pelo contratado em razão de atraso injustificado do contratante para lhe permitir acesso ao empreendimento, a fim de que verifique as causas para a reprovação nos testes ⁵⁸⁸ .
Subcláusula 13.3 – Procedimento de Variação	Contratado	Variações no escopo contratado exigidas pelo contratante ⁵⁸⁹ .
Subcláusula 13.6 – Ajustes em razão de Mudança nas Leis	Contratante e Contratado	Impactos, no valor da obra e prazo para conclusão, da alteração das leis aplicáveis ao contrato ⁵⁹⁰ .

unduly delayed, by the Employer's Personnel or by a cause for which the Employer is responsible: (...) (b) if the Contractor incurs Cost as a result of any such prevention and/ or delay, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of such Cost Plus Profit". Fonte: Ibidem. p. 59.
⁵⁸⁷ "12.3 Retesting. (...) If and to the extent that this failure and retesting are attributable to any of the matters listed in sub-paragraphs (a) to (d) of Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects] and cause the Employer to incur additional costs, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of these costs by the Contractor". Fonte: Ibidem. p. 60.

⁵⁸⁸ "12.4 Failure to Pass Tests after Completion If: (a) the Works, or a Section, fail to pass any or all of the Tests after Completion; and (b) applicable Performance Damages are set out in the Schedule of Performance Guarantees the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of these Performance Damages by the Contractor in full satisfaction of this failure. If the Contractor pays these Performance Damages to the Employer during the DNP, then the Works or Section shall be deemed to have passed these Tests after Completion. (...) If the Contractor incurs additional Cost as a result of any unreasonable delay by the Employer in permitting access to the Works or Section by the Contractor, either to investigate the causes of a failure to pass a Test after Completion or to carry out any adjustments or modifications, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment of any such Cost Plus Profit". Fonte: Ibidem. p. 60.

⁵⁸⁹ "13.3 Variation Procedure. (...) The Employer may instruct a Variation by giving a Notice (describing the required change and stating any requirements for the recording of Costs) to the Contractor in accordance with Sub-Clause 3.4 [Instructions]. (...) The Employer's Representative shall then proceed under Sub-Clause 3.5 [Agreement or Determination] to agree or determine: (i) EOT, if any; and/or (ii) the adjustments to the Contract Price and the Schedule of Payments, if any (and, for the purpose of Sub-Clause 3.5.3 [Time limits], the date the Employer's Representative receives the Contractor's submission (including any requested further particulars) shall be the date of commencement of the time limit for agreement under Sub-Clause 3.5.3). The Contractor shall be entitled to such EOT and/or adjustments to the Contract Price, without any requirement to comply with Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT]. (...) 13.3.2 Variation by Request for Proposal The Employer may request a proposal, before instructing a Variation, by giving a Notice (describing the proposed change) to the Contractor. (...) If the Employer does not give consent to the proposal, with or without comments, and if the Contractor has incurred Cost as a result of submitting it, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause [Claims For Payment and/or EOT] to payment of such Cost". Fonte: Ibidem. p. 62-63.

⁵⁹⁰ "13.6 Adjustments for Changes in Laws. (...) If the Contractor suffers delay and/or incurs an increase in Cost as a result of any change in Laws, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost. If there is a decrease in Cost as a result of any change in Laws, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to a reduction in the Contract Price". Fonte: Ibidem. p. 65.

Subcláusula 14.14 – Encerramento da Responsabilidade do Contratante	Contratado	Valores que o contratado acredita ter direito no momento do pagamento final do contrato ⁵⁹¹ .
Subcláusula 15.4 – Pagamento após encerramento do contrato por Falha do Contratado	Contratante	Custos adicionais, perdas e danos e prejuízos relacionados a atrasos de responsabilidade do contratado ⁵⁹² .
Subcláusula 16.1 – Suspensão pelo Contratado	Contratado	Custos e atrasos relacionados a suspensão ou diminuição do ritmo dos trabalhos por responsabilidade do contratante ⁵⁹³ .
Subcláusula 16.2 – Encerramento do Contrato pelo Contratado	Contratado	Custos e atrasos relacionados a inadimplementos do contratante, que ocasionaram a rescisão do contrato pelo contratado ⁵⁹⁴ .
Subcláusula 16.3 – Obrigações do Contratado após o Encerramento do Contrato	Contratado	Custos relacionados a trabalhos adicionais que precisaram ser realizados pelo contratado após o encerramento do contrato por inadimplemento do contratante ⁵⁹⁵ .

⁵⁹¹ “14.14 Cessation of Employer’s Liability. (...) Unless the Contractor makes or has made a Claim under Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] in respect of an amount or amounts included in the Final Payment within 56 days of receiving the Final Payment the Contractor shall be deemed to have accepted the Final Payment as correct. The Employer shall then have no further liability to the Contractor, other than to return the Performance Security to the Contractor”. Fonte: *Ibidem*. p. 76.

⁵⁹² “15.4 Payment after Termination for Contractor’s Default. (...) After termination of the Contract under Sub-Clause 15.2 [Termination for Contractor’s Default], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of: (a) the additional costs of execution of the Works, and all other costs reasonably incurred by the Employer (including costs incurred in clearing, cleaning and reinstating the Site as described under Sub-Clause 11.11 [Clearance of Site]), after allowing for any sum due to the Contractor under Sub-Clause 15.3 [Valuation after Termination for Contractor’s Default]; (b) any losses and damages suffered by the Employer in completing the Works; and (c) Delay Damages, if the Works or a Section have not been taken over under Sub-Clause 10.1 [Taking Over the Works and Sections] and if the date of termination under Sub-Clause 15.2 [Termination for Contractor’s Default] occurs after the date corresponding to the Time for Completion of the Works or Section (as the case may be). Such Delay Damages shall be paid for every day that has elapsed between these two dates”. Fonte: *Ibidem*. p. 80.

⁵⁹³ “16.1. Suspension by Contractor. (...) If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of suspending work (or reducing the rate of work) in accordance with this Sub-Clause, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost Plus Profit”. Fonte: *Ibidem*. p. 81-82.

⁵⁹⁴ “16.2 Termination by Contractor. (...) 16.2.2 Termination Unless the Employer remedies the matter described in a Notice given under Sub-Clause 16.2.1 [Notice] within 14 days of receiving the Notice, the Contractor may by giving a second Notice to the Employer immediately terminate the Contract. The date of termination shall then be the date the Employer receives this second Notice. However, in the case of sub-paragraph (f)(ii), (g), (h) or (i) of Sub-Clause 16.2.1 [Notice], by giving a Notice under Sub-Clause 16.2.1 the Contractor may terminate the Contract immediately and the date of termination shall be the date the Employer receives this Notice. If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost during the above period of 14 days, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to EOT and/or payment of such Cost Plus Profit”. Fonte: *Ibidem*. p. 82-83.

⁵⁹⁵ “16.3 Contractor’s Obligations After Termination. After termination of the Contract under Sub-Clause 15.5 [Termination for Employer’s Convenience], Sub-Clause 16.2 [Termination by Contractor] or Sub-Clause 18.5 [Optional Termination], the Contractor shall promptly: (a) cease all further work, except for such work as may have been instructed by the Employer for the protection of life or property or for the safety of the Works. If the Contractor incurs Cost as a result of carrying out such instructed work the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to be paid such Cost Plus Profit”. Fonte: *Ibidem*. p. 83.

Subcláusula 18.4 – Consequências de um Evento Excepcional	Contratado	Custos ou atrasos causados por eventos excepcionais que atingiram o escopo do contratado ⁵⁹⁶ .
---	------------	---

⁵⁹⁶ “18.4 Consequences of an Exceptional Event If the Contractor is the affected Party and suffers delay and/or incurs Cost by reason of the Exceptional Event of which he/she gave a Notice under Sub-Clause 18.2 [Notice of an Exceptional Event], the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to: (a) EOT; and/or (b) if the Exceptional Event is of the kind described in sub-paragraphs (a) to (e) of Sub-Clause 18.1 [Exceptional Events] and, in the case of sub-paragraphs (b) to (e) of that Sub-Clause, occurs in the Country, payment of such Cost”. Fonte: *Ibidem*. p. 88.