

GUIA ORIENTATIVO IBDIC PARA **ADOÇÃO DE MODELOS CONTRATUAIS-PADRÃO INTERNACIONAIS**

Coordenadores:

Leonardo Toledo da Silva
Rodrigo Esposito Petrasso
Fernando Branco
Ana Clara Viola

Autores:

Aline Piteres Porto
Ana Clara Viola
André Cordelli
Artur Avilla de Faria Pereira
Augusto Barros de Figueiredo
Beatriz Bahia
Catarina Sampaio
Fernando Branco
Leonardo Birchall
Leonardo Toledo da Silva
Luis Fernando Zenid

Luis Otávio Rosa
Mariana Miraglia
Matheus Penido
Patrícia Fiad
Patrícia Matos
Rafael Fernandes
Rafael Monteiro
Rodrigo Esposito Petrasso
Victoria Duarte
Vitor Parreiras Almeida

| 25 de Julho de 2025

Sumário

NOTA DO PRESIDENTE DO IBDIC	1
INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO 1: FIDIC	5
1.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA.....	5
1.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS	6
1.2.1. Origem e evolução histórica.....	6
(A) Suíte Arco-íris ("Rainbow Suite")	6
(B) Outros standards	9
1.2.2. Aplicabilidade	12
(A) Suíte Arco-íris ("Rainbow Suite")	12
(B) Outros standards	13
(C) Diagrama-resumo	16
1.2.3. Estrutura contratual	17
(A) Suíte Arco-íris ("Rainbow Suite")	17
(B) Outros standards	19
(C) FIDIC "Golden Principles"	21
1.2.4. Principais tópicos temáticos	22
(A) Suíte Arco-íris ("Rainbow Suite")	22
(B) Demais standards	24
1.2.5. Alocação dos principais riscos.....	28
(A) Suíte Arco-íris ("Rainbow Suite")	28
(B) Outros standards	34
CAPÍTULO 2: FAC-1 E TAC-1	38
2.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA.....	38
2.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS	38

Sumário

2.2.1. Origem e evolução histórica.....	38
2.2.2. Aplicabilidade	39
2.2.3. Estrutura contratual	39
2.2.4. Principais tópicos temáticos.....	41
2.2.5. Alocação dos principais riscos.....	45
(A) Programa.....	45
(B) Objetivos.....	45
(C) Medidas de sucesso e metas	46
(D) Incentivos	46
(E) Cronograma	47
(F) Registro de riscos.....	47
CAPÍTULO 3: ICC	48
3.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA.....	48
3.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS	49
3.2.1. Origem e evolução histórica.....	49
3.2.2. Aplicabilidade	49
3.2.3. Estrutura contratual	50
3.2.4. Principais tópicos temáticos.....	51
3.2.5. Alocação dos principais riscos.....	53
CAPÍTULO 4: JCT	57
4.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA	57
4.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS.....	58
4.2.1. Origem e evolução histórica	58
4.2.2. Aplicabilidade.....	59

Sumário

4.2.3. Estrutura contratual.....	61
4.2.4. Principais tópicos temáticos.....	61
4.2.5. Alocação dos principais riscos.....	64
CAPÍTULO 5: NEC	67
5.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA.....	67
5.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS	67
5.2.1. Origem e evolução histórica.....	67
(A) NEC1 (1993): Lançando as Bases	68
(B) NEC2 (1995): Refinamento e Expansão.....	68
(C) NEC3 (2005): Uma Grande Revisão.....	69
(D) NEC4 (2017): O Padrão Atual	69
5.2.2. Aplicabilidade	71
5.2.3. Estrutura contratual	73
5.2.4. Principais tópicos temáticos	74
(A) Condições Gerais (General)	76
(B) Principais Obrigações da Contratada/do Consultor ou dos Membros da Aliança (Main Obligations)	76
(C) Cronograma (Time).....	78
(D) Gestão de Qualidade (Quality Management)	78
(E) Pagamento (Payment)	80
(F) Seguros	81
(G) Rescisão contratual (Termination).....	83
(H) Resolução de Disputas (Resolving and Avoiding Disputes).....	84
5.2.5. Alocação dos principais riscos	86

NOTA DO PRESIDENTE DO IBDIC

Por **Marcelo Botelho de Mesquita**

O IBDiC tem como um de seus principais objetivos contribuir para o desenvolvimento da indústria nacional da construção, especialmente sob a perspectiva jurídica. Para isso, conta com a atuação de comitês formados por seus associados, responsáveis por debates acerca de temas que vão desde a estruturação do projeto até a solução de disputas durante ou após a execução das obras, tanto na esfera privada quanto na pública.

É com entusiasmo que se apresenta à comunidade o resultado das discussões realizadas no âmbito do Comitê de Arranjos Contratuais do IBDiC sobre os contratos-padrão de obra mais amplamente utilizados mundialmente. Essas reflexões foram reunidas em um útil Guia Orientativo IBDiC para Adoção de Modelos Contratuais-Padrão Internacionais.

O uso de modelos é prática consagrada nos países de common law, em que, na falta de códigos e legislação específica, a adoção de contratos padronizados serve para proporcionar previsibilidade e agilidade aos agentes econômicos. Essa prática data do início do século XIX e, ainda hoje, os modelos funcionam como verdadeiros códigos privados (private codes of law), tanto no setor imobiliário (building) quanto no de construção pesada (engineering).

No entanto, não é apenas nos países de common law que a padronização contratual possui relevância. Ao contrário, quer em contratações internacionais, quer nas nações dotadas dos mais modernos ordenamentos de civil law, as características típicas da indústria da construção e a complexidade inerente aos contratos de obra correntemente revelam a insuficiência – se não a inadequação – da regulação estatal. Nesse cenário, consolidou-se o fenômeno de uma self-made law industry, com o surgimento do que muitos denominam lex constructionis ou ius ingenierum, diretamente derivados da adoção e do constante aprimoramento de modelos contratuais.

Foi precisamente com tal lógica de autorregulação que o Brasil se defrontou ao retomar os investimentos em infraestrutura com significativa participação do setor privado e de capital estrangeiro, no final do século passado. Torna-se, assim, oportuna e pertinente a elaboração, em âmbito nacional, de um estudo voltado aos principais modelos contratuais adotados internacionalmente.

Esse é o trabalho que ora se apresenta, fruto do empenho do Comitê de Arranjos Contratuais do IBDiC, e que representa uma valiosa contribuição para

o fortalecimento das melhores práticas contratuais.

Aos autores, o agradecimento em nome do IBDiC, com a certeza de que seu trabalho materializa, com fidelidade, os objetivos institucionais de promover o desenvolvimento do direito da construção no Brasil.

Boa leitura.

INTRODUÇÃO

Por **Leonardo Toledo da Silva**

Elaborar adequadamente contratos de construção de projetos complexos é uma tarefa desafiadora. Contratos de Construção podem ganhar contornos de grande complexidade. Essa complexidade, no contrato, pode se desdobrar em procedimentos contratuais detalhados, alocação de risco extensamente tratada, mecanismos de prevenção e solução de disputas, dentre muitas outras disposições contratuais que tornam a redação de contratos de construção um grande desafio. Contratos que regulam de forma inadequada a relação das partes tende inclusive a causar, por si só, conflitos entre as partes.

No cenário global atual, a adoção de modelos contratuais-padrão tem se mostrado uma prática essencial para a harmonização e eficiência na execução de projetos de construção e infraestrutura. Esses modelos, amplamente utilizados em diversos países, oferecem uma estrutura clara e bem definida, que facilita a comunicação entre as partes envolvidas e minimiza os riscos de disputas. No entanto, a implementação desses modelos na indústria nacional apresenta desafios, especialmente devido às particularidades legais e culturais de cada país.

A indústria de construção no Brasil, por exemplo, enfrenta o desafio de adaptar esses modelos internacionais não só aos costumes contratuais pátrios, mas também ao próprio sistema jurídico brasileiro. Apesar das vantagens que a adoção de modelos contratuais padrão pode trazer, esses modelos ainda não tiveram grande adesão pelo mercado nacional. A resistência à mudança e a necessidade de adaptação às normas e práticas locais são fatores que contribuem para essa baixa adoção.

Nesse contexto, este trabalho busca explorar os modelos contratuais padrão internacionais, com o objetivo de fomentar a adoção de práticas que minimizem conflitos e que maximizem a competitividade no mercado global, contribuindo para uma evolução das práticas na indústria brasileira de construção.

O presente trabalho está organizado em capítulos que abordam diferentes aspectos de alguns dos modelos contratuais padrão mais conhecidos no cenário internacional. No Capítulo 1, será discutida a organização publicadora e a origem dos modelos contratuais FIDIC, incluindo sua evolução histórica e aplicabilidade. O Capítulo 2 tratará dos modelos FAC-1 e TAC-1, destacando suas

características e estrutura contratual. No Capítulo 3, será abordado o modelo ICC, com foco nos contratos “turnkey” para grandes projetos. O Capítulo 4 apresentará os modelos JCT, explorando suas origens e principais tópicos temáticos. Finalmente, o Capítulo 5 discutirá os contratos NEC, enfatizando sua evolução e aplicabilidade.

Cada capítulo fornecerá uma análise sintetizada dos modelos contratuais, suas vantagens e desafios, bem como exemplos práticos de sua aplicação. Dessa forma, o trabalho visa oferecer uma visão abrangente e aprofundada sobre a adoção de modelos contratuais padrão na indústria de construção, contribuindo para a disseminação de boas práticas no mercado de construção brasileiro.

Por fim, vale ressaltar que o presente texto é resultado de um esforço coletivo no âmbito do Comitê de Arranjos Contratuais do Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC). Embora a redação represente a visão de seus autores e não necessariamente a visão institucional do IBDiC, optou-se por um texto mais descritivo do que opinativo, de modo a que pudesse estar isento de discussões que não servissem ao propósito final de auxiliar os operadores do direito na boa adoção de modelos contratuais-padrão.

Boa leitura.

Capítulo 1: FIDIC

1.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA

A International Federation of Consulting Engineers (atual denominação da Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) foi fundada, em 22 de julho de 1913, por iniciativa de associações nacionais de engenheiros consultores sediadas na França, na Suíça e na Bélgica. Entidades profissionais oriundas de diversos outros países – nomeadamente, Alemanha, Áustria, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Hungria, Países Baixos, Reino Unido e Rússia – também estiveram presentes na reunião inaugural da FIDIC e, durante os primeiros anos de existência desta, mantiveram vínculos provisórios com a nova federação, participando de seus esforços de constituição e de organização.

Com a eclosão das Guerras Mundiais, as incipientes atividades da FIDIC acabaram substancialmente prejudicadas. Superados os conflitos, contudo, o funcionamento da entidade foi gradativamente retomado, e novas adesões passaram a impulsionar a importância e a abrangência da organização – em especial, a partir dos últimos anos da década de 1950, em virtude do ingresso de associações profissionais advindas de países não europeus.

Atualmente, a FIDIC congrega membros e instituições sediados em mais de uma centena de países, em todos os continentes, tendo se consolidado como a principal standards organization atuante no mercado global de infraestrutura, engenharia e construção.

A publicação de minutas contratuais padronizadas constitui a principal atividade da FIDIC, embora não seja a única. Os referidos modelos contratuais, empregados em todo o mundo – com destaque para os mercados da África, da Ásia, do Oriente Médio, da Europa Oriental e da América Latina –, estão disponíveis nos mais variados idiomas (incluindo o português), cobrindo as mais distintas modalidades de contratação e de subcontratação de execução de obras, de serviços de consultoria e de elaboração de projetos de engenharia.

A FIDIC também se dedica ativamente à regulamentação e à divulgação de diretrizes e de boas práticas voltadas à indústria da construção em geral, mediante a promoção de treinamentos e o estabelecimento de parcerias estratégicas com organizações locais, agências governamentais e bancos de desenvolvimento.

Para o desempenho de todas essas finalidades, a FIDIC conta, atualmente, com distintos Comitês Técnicos, dedicados a uma ampla gama de atividades no

âmbito da engenharia consultiva. Tais comitês são integrados por profissionais e experts voluntários – que cuidam, entre outras funções, da atualização e do aprimoramento das minutas-padrão publicadas pela entidade, por meio do essencial Contracts Committee.

Vale mencionar, ademais, que as associações nacionais que integram a FIDIC indicam, periodicamente, seus próprios representantes para a composição da Assembleia Geral da organização – órgão responsável pela tomada das principais decisões estratégicas da FIDIC.

1.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS

1.2.1. Origem e evolução histórica

(A) Suíte Arco-íris (Rainbow Suite)

Livro Vermelho (Red Book)

O Livro Vermelho foi o primeiro standard contratual veiculado pela FIDIC, inicialmente idealizado como minuta-padrão adequada à contratação das obras de construção civil em geral (rodovias, ferrovias, barragens e afins), com projeto de engenharia elaborado pela Contratante.

A primeira versão do Livro Vermelho foi publicada em 1957, com flagrante inspiração nos modelos contratuais da Institution of Civil Engineers (ICE). Em razão de sua origem, a versão inaugural do Livro Vermelho era especialmente adaptada às particularidades do mercado de infraestrutura britânico – e, não por outra razão, com feições típicas da prática contratual e do direito anglo-saxões.

Ao longo do tempo, a versão inicial do Livro Vermelho veio a sofrer três grandes revisões, publicadas nos anos de 1969 (2ª edição), 1977 (3ª edição) e 1987 (4ª edição), destinadas a acomodar mudanças e evoluções naturais da indústria.

Apesar dos avanços mencionados, o Livro Vermelho ainda guardava notável vinculação às soluções do direito e do mercado de infraestrutura do Reino Unido. Essa condição redundava em significativos empecilhos à popularização e à adoção do modelo contratual em outros mercados, mesmo dentro do continente europeu.

A fim de buscar a superação desse cenário, a FIDIC empreendeu, então, a ampla revisão do Livro Vermelho, republicando-o como uma nova 1ª edição, em 1999. Em conjunto com as novas versões do Livro Amarelo e do Livro Prata,

surgiu, assim, a Suíte Arco-íris (Rainbow Suite) – ainda hoje, o principal conjunto de minutas-padrões do mundo.

Entre as principais modificações introduzidas pela versão de 1999 do Livro Vermelho, destacam-se, resumidamente:

- (i) a adoção de estrutura de cláusulas padronizada, em linha com os demais standards contratuais da FIDIC;
- (ii) o fortalecimento do papel do Engenheiro, como decisor e gestor imparcial;
- (iii) a introdução da figura do Dispute Adjudication Board (DAB), como mecanismo central de resolução de controvérsias;
- (iv) a alocação mais equilibrada dos riscos construtivos;
- (v) a fixação de procedimentos e requisitos mais rígidos para a apresentação de pleitos (claims); e
- (vi) a racionalização da utilização das “Condições Particulares” como mecanismo de adaptação da minuta-modelo às peculiaridades do projeto em questão.

Dessa maneira, a veiculação da 1ª edição do novo Livro Vermelho acabou por impulsionar a adoção desse standard nos mais distintos mercados, cumprindo com o objetivo então pretendido pela FIDIC.

Ulteriormente, em 2017, a FIDIC publicou a 2ª edição do Livro Vermelho, orientada a atualizar e aprimorar a minuta-padrão originalmente editada em 1999. Entre os vários incrementos propostos, podem ser citados, a título de exemplo:

- (i) a inserção de obrigações mais assertivas, para as partes, de comunicação prévia, de colaboração e de compartilhamento de informações, com vistas a assegurar uma administração contratual mais transparente;
- (ii) o aprofundamento do papel proativo do Engenheiro na resolução imparcial das controvérsias;
- (iii) a restrição das possibilidades de extensão de prazos fundamentadas na ocorrência de condições climáticas adversas;
- (iv) a bilateralização dos procedimentos de apresentação de pleitos (claims), inclusive no que tange à definição de prazos extintivos;

(v) a inclusão da função preventiva e o fortalecimento do papel do Dispute Avoidance/Adjudication Board, instituído no início das obras; e

(vi) a expansão do repertório de cláusulas alternativas, passíveis de eleição conforme as peculiaridades de cada empreendimento.

Livro Amarelo (Yellow Book)

Após a publicação da 1ª edição do Livro Vermelho, em 1957, moldado às obras civis em geral, a FIDIC procedeu à elaboração e à publicação de outros modelos contratuais. Foi nesse contexto que foi editado, em 1963, o Livro Amarelo, voltado, particularmente, a projetos que envolviam trabalhos elétricos e mecânicos, diferenciáveis em função de a fabricação dos principais componentes (major items) ocorrer, substancialmente, fora do local de implantação do empreendimento (off-site).

O Livro Amarelo, tal qual o Livro Vermelho, contava com dificuldades resultantes de sua notável vinculação às práticas e às fórmulas jurídicas do mercado de construção britânico. Por isso, o Livro Amarelo também passou por revisões posteriores – objeto das edições de 1980 (2ª edição) e de 1987 (3ª edição) –, para aprimorar sua aplicação e atender às necessidades em evolução do setor.

Em 1999, seguindo a mesma lógica que guiou a publicação da nova 1ª edição do Livro Vermelho, a FIDIC reeditou o Livro Amarelo, introduzindo inovações muito similares às aquelas anteriormente listadas.

Prosseguiu-se, em 2017, com a publicação da 2ª edição do Livro Amarelo, a par do quanto já exposto em relação ao Livro Vermelho, também aos auspícios dos esforços de aprimoramento (i) das obrigações de colaboração e comunicação prévia, (ii) da função do Engenheiro, (iii) dos procedimentos e hipóteses de apresentação de pleitos e (iv) dos mecanismos intermediários de resolução de disputas, incluindo a prevenção via DAAB.

Livro Prata (Silver Book)

A partir do final da década de 1980 e, mais agudamente, durante a década de 1990, o mercado global de infraestrutura e construção mostrou tendência à adoção de modelos contratuais focados na concentração, na figura dos empreiteiros, dos riscos e das responsabilidades construtivos. Tornaram-se populares, por conseguinte, arranjos contratuais que privilegiavam a adoção da sistemática do single point of responsibility, em detrimento de soluções mais equilibradas.

Em resposta à crescente popularidade dos projetos de Design-and-Build, a FIDIC lançou, em 1995, o Livro Laranja (Orange Book). Pode-se dizer que tal movimento, de alguma forma, antecipou a vindoura publicação da Suíte Arco-íris (Rainbow Suite), eis que a publicação do Livro Laranja iniciou alguns dos esforços de reestruturação formal e de descolamento da realidade anglo-saxã que, anos depois, viriam a inspirar as novas edições dos Livros Vermelho, Amarelo e Prata, em 1999.

De fato, foi com base na experiência do Livro Laranja que a FIDIC lançou, em 1999, a 1ª edição do Livro Prata, destinado a projetos turnkey de alta complexidade, regidos segundo a conhecida e usual sistemática Engineering, Procurement and Construction (EPC).

Por fim, em 2017, na linha das revisões já comentadas, a entidade publicou a 2ª edição do Livro Prata, com inovações análogas àquelas que embasaram as novas versões dos Livros Vermelho e Amarelo.

(B) Outros standards

Livro Rosa (MDB Pink Book)

Em 2005, a FIDIC publicou um aditamento ao Livro Vermelho, para utilização pelos Bancos Multilaterais de Desenvolvimento (BMDs).¹ Essa versão, revista e adaptada, que não existe em português, passou a ser conhecida como o Livro Rosa (MDB Pink Book).

O Livro Rosa, portanto, corresponde à forma de contrato utilizada pelos BMDs para os projetos de construção (obras de construção e engenharia concebidas pela Contratante) para os quais ditas instituições intentam fornecer financiamentos, de distintas modalidades.

De se notar que, antes de 2005, os BMDs já adotavam o Livro Vermelho como base dos documentos a serem seguidos pelos tomadores de financiamento, mas acrescido de alterações consideráveis e de diversas cláusulas adicionais – relacionadas, por exemplo, a condições especiais de garantias, a regras rígidas de prestações de contas e realizações de auditorias, a requisitos de conformidade (compliance) e de responsabilidade ambiental, a observância de direitos trabalhistas, a procedimentos excepcionais de resolução de disputas e a mecanismos extras de monitoramento de progresso, entre outros temas sensíveis.

1. Os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento (BMDs) são instituições financeiras públicas, fundadas e mantidas com contribuições dos países-membros (entre outras fontes de recursos, como captações junto ao mercado financeiro e doações). Sua função básica é a de financiar projetos que contribuam para o desenvolvimento socioeconômico dos países que são clientes. Existem, no mundo, cerca de 30 (trinta) BMDs, alguns de atuação regionalizada e outros de atuação global. Os principais BMDs com atuação no Brasil, hoje, são o Banco Mundial (BIRD), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco de Desenvolvimento da América Latina (CAF).

Tais modificações eram frequentemente repetidas em projetos similares, de maneira que elas próprias se tornaram um conjunto mais ou menos padronizado e coeso de regras contratuais, aplicáveis aos projetos financiáveis. Nesse cenário, a FIDIC, em parceria com os BMDs, anteviu a viabilidade de se considerar a formatação do Livro Rosa como novo standard que incorporasse as referidas inovações e reduzisse, dessa maneira, certas ineficiências ainda existentes, fruto de regras divergentes entre as diferentes instituições financeiras.

A 1ª edição do Livro Rosa já sofreu duas revisões, ocorridas nos anos de 2006 e 2010, voltadas a viabilizar a introdução de aprimoramentos pontuais.

Livro Verde (Green Book)

A primeira publicação do Livro Verde (Green book), denominado Short Form of Contract, ocorreu em 1999, sem versão em língua portuguesa.

A principal razão para a criação desse modelo foi a necessidade de simplificação do processo de contratação típica dos outros standards. O Livro Verde, nesse sentido, não exige a formação de Comitês de Prevenção de Disputas (DAB), nem inclui cláusulas específicas para arbitragem internacional, o que o torna particularmente adequado para mercados em que esses elementos não são comuns (ou para empreendimentos em que eles não são necessários).

Além disso, o Livro Verde facilita a participação de pequenas e médias empresas em licitações públicas e privadas, oferecendo uma estrutura contratual mais acessível e adaptável às necessidades locais e regionais.

A despeito de ter sido inicialmente destinado a contratos de investimento mais modesto,² sua utilização foi expandida para projetos maiores e com prazos mais longos, refletindo sua flexibilidade e sua aplicabilidade crescentes.

A 2ª edição do Livro Verde foi editada em 2021, também sem versão em português, em razão da introdução de atualizações significativas, como a inclusão de novos tópicos e de fórmula para cálculo de Custos de Prolongamento, com extensão de prazo. Tais modificações expandiram sua utilidade para trabalhos de maior escala, sem prejuízo de sua abordagem simplificada e direta.

2. Inicialmente, a 1ª edição do Livro Verde era indicada para contratos de investimento relativamente baixo, de menos de USD 500.000, com prazo de execução de até 06 meses. O Banco Mundial, entretanto, recomendava seu uso para contratos de até USD 10.000.000, e muitos contratos excederam esses limites, com prazos de até 02 anos de execução.

Livro Turquesa (Blue-Green Book)

A primeira publicação do Livro Turquesa, denominado Form of Contract for Dredging and Reclamation Works, ocorreu no ano de 2006, em estreita colaboração com a Associação Internacional de Empresas de Dragagem (IADC, de International Association of Dredging Companies).

O Livro Turquesa foi produzido, desde o início, como um documento simples, derivado da versão de 1999 do Livro Verde, incluindo disposições comerciais essenciais que pudessem ser usadas para todos os tipos de trabalho de dragagem e de recuperação, com uma variedade de arranjos administrativos típicos. O Livro Verde é menos apropriado para construções marítimas complexas ou projetos off-shore, em todo caso, em razão de não contemplar procedimentos para testes e transferências usuais.

Em 2006, o Livro Turquesa foi reeditado, a fim de que fossem incorporados incrementos estruturais, alocações mais racionais de riscos (p. ex., em relação a condições de solo submerso, fatores ambientais e eventos climáticos extremos) e ênfase em políticas ambientais e de conformidade, entre outras inovações.

Livro Esmeralda (Emerald Book)

A primeira e única publicação do Livro Esmeralda (Emerald Book), denominado Conditions of Contract for Underground Works, remonta ao ano de 2019, com reedição em 2023.

O modelo em questão foi preparado em estreita colaboração com a Associação Internacional de Túneis e do Espaço Subterrâneo (ITA, de International Tunnelling and Underground Space Association), como derivação da 2ª edição do Livro Amarelo (2017).

A criação do Livro Esmeralda foi motivada pela necessidade de contrato específico para obras subterrâneas, dados a complexidade e os desafios únicos associados a esse tipo de construção. De fato, as obras subterrâneas, como túneis e espaços subterrâneos, apresentam riscos e dificuldades particulares que não são totalmente abordados em outros modelos de contratos, haja vista a natureza imprevisível do solo, a necessidade de técnicas de engenharia avançadas e as considerações de segurança específicas, que demandam um quadro contratual que possa lidar adequadamente com essas questões.

A colaboração entre a FIDIC e a ITA foi fundamental para assegurar que o Livro Esmeralda fosse detalhado e específico o suficiente para atender às exigências das obras subterrâneas. A inclusão de disposições específicas sobre segurança, gestão de riscos geotécnicos, por meio de Relatório

Geotécnico-Base (GBR), e procedimentos de emergência reflete a complexidade dessas operações.

1.2.2. Aplicabilidade

(A) Suíte Arco-íris (Rainbow Suite)

Livro Vermelho (Red Book)

Em suas edições originais de 1957, 1969, 1977 e 1987, o Livro Vermelho fora idealizado como minuta-padrão direcionada a regular, especificamente, projetos de construção civil em geral, tais como aqueles relacionados a estradas, barragens, túneis e instalações de tratamento de água e esgoto – empreendimentos que, em regra, contemplavam projetos de engenharia elaborados pelo dono da obra (ou sob a responsabilidade deste), não obstante tal critério não fosse essencial à definição da utilização do Livro Vermelho.

A natureza das obras envolvidas, portanto, constituía, inicialmente, o critério primacial que ditava a escolha, ou não, do Livro Vermelho como a minuta-padrão mais adequada ao caso.

A publicação do Livro Laranja, em 1995, veio a alterar, indiretamente, essa lógica, na medida em que se pretendeu, como referido no novo livro, albergar todos os empreendimentos nos quais se constatasse a concentração de riscos e responsabilidades na figura do empreiteiro, independentemente da natureza das obras.

Tal lógica foi estendida à Suíte Arco-íris (Rainbow Suite). Os critérios de adequação de cada minuta-padrão foram significativamente aprimorados, de forma que, ao revés de se basear na natureza do empreendimento, a escolha de uma ou de outra minuta-padrão passou a depender da análise conjugada de 02 (dois) critérios complementares, a saber:

- (i) Critério primário: alocação, ao empreiteiro ou ao dono da obra, das responsabilidades e dos riscos associados ao projeto de engenharia (design); e
- (ii) Critério secundário: existência, ou não, de substanciais riscos construtivos imprevisíveis.

Aplicando-se tal lógica, então, ao Livro Vermelho, passou a FIDIC, a partir de 1999, a recomendar a adoção dessa minuta para obras em que: (i) primariamente, os projetos de engenharia fossem elaborados pelo dono da obra, ou sob a responsabilidade deste; e (ii) secundariamente, fosse de interesse

do dono da obra a alocação mais concentrada, na figura do empreiteiro, dos principais riscos construtivos, mormente em cenário de improbabilidade de riscos imprevisíveis.

Livro Amarelo (Yellow Book)

De forma análoga ao que ocorreu com o Livro Vermelho, o Livro Amarelo, em suas edições de 1963, 1980 e 1987, foi elaborado com vistas a atender a projetos de natureza específica – a saber, aqueles que contassem com componentes elétricos, mecânicos e/ou civis (fábricas, usinas e plantas industriais, principalmente) que se caracterizassem pela circunstância de os principais itens serem fabricados fora do local das obras (off-site).

A partir da edição da nova 1ª edição do Livro Amarelo, em 1999, seguindo as alterações mencionadas no item anterior, a FIDIC passou a orientar a eleição da referida minuta-padrão para empreendimentos em que: (i) primariamente, houvesse a assunção, pelo empreiteiro, da responsabilidade pela elaboração e/ou pela correção dos projetos de engenharia; e (ii) secundariamente, pretendessem as partes alocar de forma equilibrada os riscos construtivos, especialmente em cenário de maior probabilidade de materialização de riscos imprevisíveis.

Livro Prata (Silver Book)

O Livro Prata, de seu turno, amolda-se às situações em que as partes pretendem concentrar, no polo do empreiteiro, as responsabilidades e os riscos pertinentes à execução do empreendimento, seguindo a sistemática de estabelecimento de um single point of responsibility.

Em dito panorama, recomenda a FIDIC a eleição do Livro Prata quando: (i) primariamente, haja a alocação, ao empreiteiro, da responsabilidade pela elaboração e/ou pela correção dos projetos de engenharia; e (ii) secundariamente, as partes intentem concentrar os riscos construtivos na figura do empreiteiro, preferencialmente (mas não apenas) na hipótese de baixa probabilidade de ocorrência de eventos adversos imprevisíveis.

(B) Outros standards

Livro Rosa (MDB Pink Book)

O Livro Rosa é ideal para grandes projetos de infraestrutura que demandem financiamento dos BMDs. Essa minuta-padrão é preferencialmente utilizada, portanto, em projetos de construção civil de grande porte que necessitem de

gerenciamento rigoroso e de acompanhamento por parte dos financiadores, com observância de parâmetros e requisitos diferenciados em relação aos mais diversos covenants financeiros, ambientais, socioeconômicos, de conformidade (compliance) e de performance.

A despeito de inspirado no Livro Vermelho, o Livro Rosa pode ser empregado para as mais diversas obras, eis que o fator primordial a ser considerado para eleição dessa minuta-padrão consiste na utilização de financiamentos ofertados pelos BMDs. Assim, muito embora tais empreendimentos tenham características operacionais e de governança próprias, a eleição do Livro Rosa pode ser entendida no âmbito de um sistema ou modelo institucional coeso, destinado a: (i) mobilizar recursos financeiros em prol de projetos de interesse nacional ou socioeconômico relevante; (ii) apoio e criação de capacidade institucional e de transmissão de conhecimento entre os stakeholders; e (iii) provisão de bens públicos globais e regionais.

Livro Verde (Green Book)

O Livro Verde é valorizado por sua flexibilidade e simplicidade, sendo composto por um documento conciso, que define claramente as obrigações básicas das partes envolvidas, incluindo prazos, pagamentos e responsabilidades. Ele contém disposições suficientes, em todo caso, para cobrir os aspectos essenciais da maioria dos projetos simples, sem a complexidade dos contratos mais detalhados.

O Livro Verde é notório por promover uma abordagem prática e eficiente para a resolução de disputas e a administração do contrato, facilitando a comunicação e a colaboração entre as partes. A sua estrutura menos rígida permite ajustes rápidos e respostas mais ágeis às necessidades do projeto, o que é crucial para empreendimentos de menor escala.

Sendo assim, a aplicabilidade do Livro Verde é particularmente adequada em várias situações:

(i) Projetos de pequena e média escalas: projetos de construção que são relativamente simples em termos de engenharia e logística, como construção de pequenas edificações, realização de reformas e ampliações de estruturas existentes, e outras obras civis de menor porte;

(ii) Projetos de curta duração: contratos com períodos de execução curtos, geralmente de menos de um ano, nos quais a simplicidade e a rapidez na gestão contratual são prioritárias;

(iii) Trabalhos de manutenção e reparo: contratos de manutenção e reparo

de infraestruturas existentes, como estradas, pontes, redes de água e esgoto, nos quais a complexidade técnica é menor e os trabalhos são claramente definidos e limitados;

(iv) Empreendimentos com baixo risco: projetos em que os riscos são baixos e facilmente gerenciáveis, tornando desnecessária a complexidade e o detalhamento de contratos mais robustos;

(v) Projetos de infraestrutura simples: obras de infraestrutura que não requerem técnicas avançadas de construção ou grandes investimentos, como pequenos sistemas de drenagem e calçadas, e outras obras públicas de pequeno porte; e

(vi) Subcontratações: subcontratações dentro de um projeto maior.

Livro Turquesa (Blue-Green Book)

O Livro Turquesa foi criado, como já asseverado, em parceria com a IADC para reger contratos relacionados à execução de atividades específicas de dragagem, aterramento (recuperação de terra) e respectivas construções auxiliares.

Embora, em regra, as ditas obras sejam executadas em conformidade com projetos de engenharia fornecidos pelo Dono da Obra, não é estranha à sistemática do Livro Turquesa a possibilidade de serem eles elaborados pelo empreiteiro.

O Livro Turquesa também contempla uma variada gama de mecanismos de quantificação/precificação, bem assim distintos arranjos administrativos, apropriados aos escopos aos quais a minuta-padrão se dedica.

Livro Esmeralda (Emerald Book)

O livro Esmeralda da FIDIC foi criado para atender a projetos de obras subterrâneas. Esse livro foi desenvolvido em conjunto com a ITA para abordar as particularidades e os desafios associados a esse tipo de construção.

Foi desenhado, portanto, para contratos que envolvem a construção de túneis, galerias, escavações subterrâneas e outras obras relacionadas ao espaço subterrâneo. Essas obras apresentam características peculiares, como condições geológicas imprevisíveis, mecanismos de gestão de água subterrânea e critérios de ventilação e de segurança em ambientes confinados, que requerem cláusulas contratuais específicas para administração de tais riscos.

Entre os benefícios desse modelo contratual para empreiteiros e clientes, destaca-se a distribuição de riscos lastreada em claro equilíbrio entre Dono da Obra e Contratada, dado o reconhecimento das incertezas inerentes às condições do solo e a outros fatores subterrâneos. O Livro Esmeralda também facilita a gestão de mudanças no contrato, comuns em projetos de obras subterrâneas, devido a descobertas inesperadas durante a escavação.

Além disso, a referida minuta oferece uma estrutura clara para a administração do contrato, incluindo procedimentos detalhados para variações, extensões de prazo e compensações financeiras.

O Livro Esmeralda foi estruturado para ser flexível e aplicável a uma ampla variedade de projetos subterrâneos, permitindo ajustes conforme necessário para atender às especificidades de cada projeto. Entre as disposições específicas, estão aquelas para resolução de disputas, gestão de riscos, variações no projeto, performance e outros aspectos cruciais para garantir o sucesso de contratos complexos de obras subterrâneas.

(C) Diagrama-resumo

A própria FIDIC, de maneira pictórica, disponibiliza um diagrama-resumo de aplicação (suitability) de alguns de seus principais livros, a saber:



1.2.3. Estrutura contratual

(A) Suíte Arco-íris (Rainbow Suite)

Livro Vermelho (Red Book)

Cada livro da Suíte Arco-íris (Rainbow Suite) traz clausulados específicos, que podem variar de acordo com os critérios de adequação aos distintos empreendimentos. Apesar disso, todos os três modelos – Livro Vermelho, Livro Amarelo e Livro Prata – seguem, substancialmente, uma estrutura muito similar, com poucas variações entre si.

Nesse sentido, o Livro Vermelho é composto por um conjunto de documentos dividido em três grandes pilares:

- (i) Condições Gerais (General Conditions);
- (ii) Orientações para a Preparação de Condições Particulares (Guidance for the Preparation of Particular Conditions); e
- (iii) Formulários (Forms).³

As Condições Gerais (General Conditions) se referem, como o nome sugere, às condições gerais de contratação, constitutivas da minuta-padrão em si. As Condições Gerais configuram, assim, o esqueleto do instrumento contratual modelo, publicado pela FIDIC, por meio do qual se abordam, de forma padronizada, sem alterações, desde as definições de termos até as regras de soluções de controvérsias.

As Orientações para a Preparação das Condições Particulares (Guidance for the Preparation of Particular Conditions) trazem, de seu turno, orientações completas sobre a utilização das Condições Particulares (Particular Conditions), assim entendidas as cláusulas específicas a serem estabelecidas, entre as Partes, para fins de alteração das condições contratuais gerais propostas pela FIDIC.

As aludidas orientações trazem, primariamente, detalhamento quanto à interpretação e algumas alternativas às Condições Gerais (General Conditions), bem como orientações sobre o preenchimento de dados, locais, prazos e valores a serem especificados no contrato. Constam, ainda, orientações sobre a preparação da concorrência que antecede a celebração do contrato.⁴

3. Além do conteúdo relativo especificamente ao modelo contratual proposto, os cadernos da FIDIC contêm, cada um, itens denominados Agradecimentos e Notas. No primeiro, encontram-se as menções a cada um que colaborou com a elaboração dos livros, bem como os procedimentos de aprovação e atualização dos respectivos modelos; no segundo, é apresentada uma sinopse do modelo, com destaque às atualizações e ao uso proposto pela FIDIC, incluindo, ainda, resumos sistemáticos dos principais procedimentos.

4. As orientações são organizadas da seguinte forma: (a) Notas de Orientação Introdutórias (Introductory Guidance Notes): em que consta uma breve orientação sobre como incluir ou omitir as informações individualizadas, como valores e prazos, a serem inseridas nas condições particulares mencionadas abaixo; (b) Condições Particulares – Parte A – Dados do Contrato (Particular Conditions Part A – Contract Data): lista objetiva de dados a serem particularizados pelas partes; (c) Condições Particulares – Parte B – Disposições Especiais (Particular Conditions Part B – Special Provisions): na hipótese de as partes optarem por alterar parte

Deve-se notar que as Condições Particulares (Particular Conditions) devem ser redigidas com parcimônia, tão somente a fim de se fazer adaptar as Condições Gerais (General Conditions) às peculiaridades do empreendimento e da localidade de implantação e às condições do mercado regional de suprimentos, por exemplo. Devem-se evitar, em contrapartida, a modificação das alocações de riscos e responsabilidades inerentes à minuta-padrão, bem como a supressão ou a alteração substantiva dos procedimentos e mecanismos de gestão contratual e de resolução de controvérsias próprios do Livro escolhido.

Por fim, os Formulários (Forms) são os modelos contratuais a serem seguidos, pelas partes, em consonância com as regras e os procedimentos previstos nas minutas padronizadas, a saber:

(i) Carta de Proposta (Letter of Tender);

(ii) Carta de Aceitação (Letter of Acceptance);

(iii) Acordo Contratual (Contract Agreement), representado por um breve resumo das condições contratuais, sobretudo com listagem de valores e da documentação que faz parte do contrato; e

(iv) Acordo do Comitê de Prevenção/Resolução de Controvérsias (Dispute Adjudication/Avoidance Agreement).

Livro Amarelo (Yellow Book)

O Livro Amarelo apresenta uma estrutura de documentos muito similar à do Livro Vermelho.

De fato, a uniformização estrutural dos livros publicados pela FIDIC, tanto quanto possível, sempre foi objetivada pela entidade como forma de popularizar a utilização das minutas pelos diversos mercados regionais de construção e infraestrutura.

Livro Prata (Silver Book)

O Livro Prata também ostenta uma estrutura contratual muito similar à dos Livros Vermelho e Amarelo.

Realce-se, exclusivamente, que o Livro Prata não indica, entre os Formulários (Forms), o modelo de Carta de Aceitação (Letter of Acceptance). Com isso, ao

das Condições Gerais (General Conditions), elas devem seguir, entre outras, as orientações contidas nesse tópico; (d) Notas sobre a Preparação dos Documentos da Licitação (Notes on the Preparation of Tender Documents): como o nome indica; (e) Notas sobre a Preparação das Disposições Especiais (Notes on the Preparation of Special Provisions): em que constam breves considerações complementares à hipótese de alterações nas condições gerais; (f) Cláusulas (Clauses): detalhamento das condições de aplicação de cada uma das cláusulas, incluindo sugestões de cláusulas alternativas; (g) Observações e Recomendações aos Usuários de Contratos FIDIC para projetos que devem incluir sistemas de modelagem de informações sobre construção (Advisory Notes to Users of FIDIC Contracts Where the Project is to Include Building Information Modelling Systems): conforme o nome indica; e (h) Anexos: Formulários de Garantias (Annexes: Forms of Securities): breve comentário sobre os formulários aplicados às garantias a serem apresentadas.

contrário do que ocorre em relação aos Livros Vermelho e Amarelo – no bojo dos quais as partes devem celebrar o contrato dentro de 35 (trinta e cinco) dias contados do recebimento da Carta de Aceitação (Letter of Acceptance) –, o Dono da Obra e a Contratada só se vinculam mutuamente, no que diz respeito ao Livro Prata, mediante a assinatura do Acordo Contratual (Contract Agreement).

(B) Outros standards

Livro Rosa (MDB Pink Book)

O Livro Rosa tem uma estrutura contratual muito parecida com a do Livro Vermelho.

Por sua natureza, contudo, há, nos documentos que compõem o Livro Rosa, informações e dados que não são padronizados nos demais livros – por exemplo, aqueles relacionados à qualificação de instituições financeiras mutuárias. Há, no mais, preocupações adicionais e mais detalhadas no que concerne à definição de covenants e requisitos mais rígidos quanto a garantias, prestação de contas, conformidade (compliance), performance e monitoramento de progresso.

Livro Verde (Green Book)

O Livro Verde também tem uma estrutura contratual composta por três partes principais: as Condições Gerais, as Condições Particulares e os Anexos.

As Condições Gerais representam a base do contrato, trazendo cláusulas padronizadas que estabelecem os direitos, os deveres e as responsabilidades das partes, como pagamento, prazos, modificações no escopo, resolução de disputas e rescisão. Tais cláusulas são redigidas com linguagem simplificada e clara, facilitando seu uso em projetos de menor escala – propósito do Livro Verde.

As Condições Particulares, como ocorre em outros livros, servem para adaptar o contrato às necessidades específicas de cada projeto. Nessa seção, as Partes podem modificar ou complementar as Condições Gerais, sempre que necessário, para refletir exigências técnicas, legais ou comerciais específicas, prevalecendo sobre eventuais conflitos com o texto padronizado.

Os Anexos, por sua vez, têm um papel essencial na individualização do contrato. Neles, são incluídos todos os documentos que detalham tecnicamente os trabalhos a serem realizados e as obrigações específicas das partes – aqui incluídos descrição do escopo, especificações técnicas, desenhos,

cronogramas, metodologia de execução, preços unitários, formas e prazos de pagamento, seguros exigidos e garantias. A proposta da Contratada, quando existente, pode ser incluída entre os Anexos.

Além dessas partes formais, o Livro Verde inclui também as Notas de Orientação (Guidance Notes), que não fazem parte do contrato propriamente dito, mas fornecem explicações e sugestões sobre a aplicação prática de suas cláusulas. Essas notas são dirigidas tanto aos contratantes quanto aos engenheiros ou consultores envolvidos, ajudando na interpretação das Condições Gerais, indicando boas práticas para o preenchimento das Condições Particulares e oferecendo orientações sobre como estruturar os Anexos.

Livro Turquesa (Blue-Green Book)

A estrutura do Livro Turquesa obedece às particularidades de projetos de dragagem, recuperação de terras e obras marítimas associadas, sem, contudo, perder de vista os esforços da FIDIC de padronizar, tanto quanto possível, as estruturas de todas as suas minutas.

Assim, a estrutura do Livro Turquesa é composta, também, aqui, por quatro principais elementos: Contrato (Agreement), Condições Gerais (General Conditions), Condições Particulares (Particular Conditions) e Anexos (Schedules).

O Contrato, em primeiro lugar, resume os elementos essenciais do vínculo contratual, como escopo, preço global, prazos principais e documentos incorporados.

As Condições Gerais trazem um conjunto padronizado de cláusulas que regem a relação entre Dono da Obra e Contratada, abordando temas fundamentais, como responsabilidades, riscos, gerenciamento de variações, pagamentos, prazos, garantias, seguros e resolução de disputas. Essas cláusulas são adaptadas às especificidades da dragagem, incluindo métodos de medição por volume, tratamento de condições imprevisíveis do subsolo e normas ambientais.

As Condições Particulares não são necessárias, mas podem ser incluídas se for desejado alterar alguma cláusula das Condições Gerais.

Mais até do que em outros livros, os Anexos (Schedules) são fundamentais na conformação do Livro Turquesa. Entre os principais Anexos usuais, destacam-se: (i) as especificações técnicas do serviço de dragagem; (ii) os levantamentos batimétricos; (iii) as tabelas de preços unitários e os métodos de medição; (iv) os procedimentos para monitoramento ambiental; e (v) os critérios de aceitação das obras executadas.

Há, ainda, no Livro Turquesa, Notas de Orientação (Guidance Notes), que exercem uma finalidade similar àquelas que constam no Livro Verde.

Livro Esmeralda (Emerald Book)

A estrutura contratual do Livro Esmeralda segue, em linhas gerais, o modelo tradicional dos contratos FIDIC, mas com adaptações importantes ditadas por sua destinação a reger obras subterrâneas complexas. Mais uma vez, encontram-se, aqui, quatro partes: Contrato (Agreement), Condições Gerais (General Conditions), Condições Particulares (Particular Conditions) e Anexos (Schedules), que desempenham funções análogas às mencionadas nos itens anteriores.

Vale ressaltar, especificamente em relação aos Anexos, que a natureza das obras subterrâneas torna essencial sua análise conjugada com os preceitos contratuais, que aos primeiros fazem expressa remissão. São típicos do Livro Esmeralda, nesse sentido, os seguintes Anexos: (i) Relatório Geotécnico-Base (Geotechnical Baseline Report [GBR]), que estabelece uma linha de base contratual sobre as condições geológicas esperadas e serve como critério para avaliar eventos geotécnicos imprevistos; (ii) o Relatório de Dados Geotécnicos (Geotechnical Data Report [GDR]), que apresenta os dados brutos da investigação do solo; (iii) descritivo do escopo técnico e dos critérios de projeto e construção; e (iv) critérios de medição e formas de pagamento, frequentemente baseados em unidades escavadas ou em métodos de avanço definidos.

(C) FIDIC Golden Principles

Os Princípios Dourados da FIDIC (Golden Principles) são diretrizes fundamentais que garantem que os contratos baseados nos modelos da FIDIC mantenham a integridade e a consistência necessárias para promover boas práticas de engenharia e construção. Esses princípios visam a assegurar que os contratos sejam justos, balanceados e proporcionem uma base sólida para a gestão eficaz de projetos. A aplicabilidade desses princípios é ampla e essencial em vários contextos de construção e engenharia.

O primeiro princípio estabelece que todas as partes devem estar plenamente cientes de seus direitos e obrigações contratuais. Isso é crucial para evitar mal-entendidos e disputas durante a execução do projeto.

O segundo princípio assegura que as obrigações de todas as partes sejam claras e precisas, eliminando ambiguidades que possam causar problemas

futuros. Essa clareza é fundamental para garantir que ambas as partes saibam exatamente o que é esperado delas.

O terceiro princípio é a alocação justa de riscos, assegurando que os riscos sejam gerenciados pela parte mais capacitada para fazê-lo, minimizando o impacto negativo no projeto. Esse princípio é fundamental para a boa gestão do risco e para assegurar a viabilidade do projeto.

O quarto princípio garante que existam procedimentos claros e justos para resolver disputas que possam surgir durante a execução do contrato. A existência de mecanismos de resolução de disputas eficazes é vital para a manutenção de boas relações entre as partes e para a conclusão bem-sucedida do projeto.

O quinto princípio assegura que o contrato seja equilibrado, proporcionando um tratamento justo para todas as partes envolvidas e refletindo uma distribuição equitativa de obrigações e benefícios. Esse equilíbrio é essencial para manter a motivação das partes e assegurar a colaboração contínua durante a execução do projeto.

Os Princípios Dourados da FIDIC são essenciais para garantir que os contratos sejam justos, claros e eficazes. A sua aplicabilidade em diversos tipos de projetos, desde infraestrutura até desenvolvimento urbano, demonstra sua importância em promover boas práticas contratuais.

1.2.4. Principais tópicos temáticos

(A) Suíte Arco-íris (Rainbow Suite)

A distinção entre cada um dos standards, a partir dos critérios explicados no item 1.2.2, redundando na diferenciação entre os tópicos abordados por cada livro, bem assim nas respectivas distinções entre cada uma das alocações de riscos e responsabilidades.

O quadro a seguir resume, de forma didática e comparativa, alguns dos principais tópicos conceituais tratados divergentemente pelos livros que compõem o Rainbow Suite:

Veja-se, em primeiro lugar, que, no Livro Vermelho, a administração do Dono da Obra é intensa. Ele define o projeto, acompanha a execução e participa diretamente da gestão, por meio do Engenheiro. No Livro Amarelo, a administração é indireta: o Dono da Obra fornece os requisitos funcionais e técnicos, mas deixa a cargo da Contratada o projeto e a execução. Já no Livro

	Livro Vermelho	Livro Amarelo	Livro Prata
Administração do Dono da Obra	✗	✗	✓
Engenheiro	✓	✓	Não há a figura do Engenheiro, apenas a figura do representante do Dono da Obra.
Projeto (Design)	✗	✓	✓
Subcontratação	✓	✗	✗
Testes após conclusão	✗	✓	✓
Preço contratual e pagamento	Preferencialmente preços unitários, com medição.	Preferencialmente preço fixo.	Preferencialmente preço fixo.
Medição e avaliação	✓	✗	✗

Prata, a administração do Dono da Obra é bastante limitada, com mínima interferência direta.

O Engenheiro, no Livro Vermelho, exerce um papel central, com autoridade para emitir instruções, aprovar medições, certificar pagamentos e decidir disputas técnicas, atuando como representante do Dono da Obra, não obstante tenha dever de imparcialidade. No Livro Amarelo, o Engenheiro ainda existe, mas com autoridade reduzida: ele atua mais como administrador contratual, com menor poder sobre o conteúdo técnico. No Livro Prata, a figura do Engenheiro é suprimida. As funções de supervisão, verificação e certificação são exercidas diretamente pelo Dono da Obra ou por representantes contratualmente definidos, sem atuação imparcial.

No que concerne às obrigações pertinentes ao projeto (design), lembre-se que, no Livro Vermelho, os projetos de engenharia são fornecidos inteiramente pelo Dono da Obra. A Contratada apenas executa a obra conforme os documentos do projeto. No Livro Amarelo, a Contratada é responsável pelo projeto (design) e pela execução, com base em requisitos e critérios de desempenho estabelecidos pelo Dono da Obra. No Livro Prata, a Contratada assume toda a responsabilidade por projeto (design), execução e entrega do projeto, com exigência de entrega “chave na mão” (turnkey).

Nos três modelos, a subcontratação é permitida, mas o grau de controle do Dono da Obra também varia. No Livro Vermelho, o Engenheiro deve aprovar previamente os subcontratados significativos. No Livro Amarelo, a aprovação pode ser exigida conforme estipulado nas Condições Particulares, mas há mais flexibilidade. No Livro Prata, a subcontratação é amplamente permitida, sendo a Contratada a única responsável pelos subcontratados perante o Dono da Obra.

Os testes de aceitação são mais simples no Livro Vermelho, pois visam apenas verificar a conformidade com os desenhos e especificações fornecidos pelo Dono da Obra. No Livro Amarelo, os testes assumem importância maior, pois avaliam o desempenho funcional da obra projetada pela Contratada. No Livro Prata, os testes são rigorosos e fundamentais para a aceitação, eis que devem demonstrar que o ativo cumpre integralmente os requisitos de desempenho.

De mais a mais, vale ressaltar que, no Livro Vermelho, a precificação é usualmente feita por medição com base em quantidades efetivamente executadas (a preço unitário). No Livro Amarelo, utiliza-se preferencialmente preço global (lump sum), podendo haver medição para etapas ou marcos. No Livro Prata, aplica-se, como regra, o modelo de preço fixo global (lump sum), com pagamento por marcos contratuais ou entregas certificadas, salvo disposição contratual específica.

(B) Demais standards

Livro Rosa (MDB Pink Book)

O Livro Rosa apresenta tópicos temáticos específicos a partir da base do Livro Vermelho. Entre tais adaptações, destacam-se, por exemplo:

(i) Cláusula 1.15 [Works and Goods]: a Contratada permitirá que o BMD inspecione o Local e audite as contas/registros da Contratada;

(ii) Cláusula 2.4 [Employer's Financial Arrangements]: o Dono da Obra deve apresentar evidência razoável “antes da data de início” e, posteriormente, dentro de 28 dias após o recebimento de qualquer solicitação da Contratada de que os acordos financeiros com o BMDs foram feitos e estão sendo mantidos, o que permitirá ao Dono da Obra pagar o Preço do Contrato pontualmente (conforme estimado naquele prazo);

(iii) Cláusula 4.1 [Contractor's obligations]: a Contratada é obrigada a adquirir todos os equipamentos, materiais e serviços a serem incorporados ou necessários para as Obras de um país de origem elegível, conforme definido pelo BMD;

(iv) Cláusula 8.1 [Commencement of Work]: exceto quando especificado de outra forma nas Condições Particulares do Contrato, a Data de Início será a data em que determinadas condições precedentes forem cumpridas e a notificação do Engenheiro, registrando o acordo de ambas as Partes sobre tal

cumprimento e instruindo o início dos Trabalhos, for recebida pela Contratada. Ditas condições precedentes incluem o acordo contratual assinado, o recebimento pela Contratada de evidências dos acordos financeiros do Dono da Obra e a concessão, à Contratada, do acesso e da posse do Local, de acordo com os Dados do Contrato;

(v) Cláusulas 16.1 e 16.2: antes de o Dono da Obra fazer qualquer alteração material em seus acordos financeiros, o Dono da Obra deverá notificar a Contratada com detalhes completos. A Contratada também pode suspender ou rescindir o Contrato caso o Dono da Obra não forneça provas de seus acordos financeiros com o BMD; e

(vi) Cláusula 20.6 [Arbitration]: aplicam-se regras diferentes para Contratadas estrangeiras e nacionais em relação aos mecanismos de solução de controvérsias. Nesse sentido, salvo se as regras da UNCITRAL não forem especificadas nos Dados do Contrato, as regras da ICC serão aplicadas caso a disputa envolva a maioria dos BMDs participantes – exceto para o Banco Asiático de Desenvolvimento, para o qual as regras do SIAC serão aplicadas.

Livro Verde (Green Book)

A minuta do Livro Verde se destaca pela simplicidade, em virtude das obras que se destina a reger, e pela tendência de facilitação das adaptações que possam se fazer necessárias – visando, por exemplo, a permitir que o modelo seja utilizado mesmo sem o apoio de consultores jurídicos.

Exatamente por isso, sobressai, de pronto, o fato de o documento permitir que as Partes escolham a forma de precificação aplicável, entre três opções possíveis, a saber: preço global, preços unitários com medições e reembolso de custos (custo mais fee).

Pelo mesmo motivo, a minuta em questão não estabelece, obrigatoriamente, a participação de terceiros (Engenheiro) na administração contratual. A versão de 1999 do Livro Verde, aliás, também não exigia a criação de um Comitê de Prevenção de Disputas (DAB ou DAAB), nem referenciava a aplicação da arbitragem.

Apesar disso, houve a FIDIC, por bem, incluir a participação do Engenheiro, para gestão do contrato e de pleitos, na versão de 2021. A responsabilidade da Contratada, quando realiza o projeto (engenharia), foi mais bem explicada.

No mais, cabe destacar, ainda, a previsão dos Custos de Prolongação (Prolongation Costs), devidos quando há atrasos compensáveis. Os Custos de Prolongação incluem custos indiretos no local das obras (on-site) e na

administração central (off-site). Buscando evitar tempo e recursos para calcular os Custos de Prolongação nesse tipo de contrato, é indicada, nas Condições Particulares, uma fórmula para cálculo, utilizando o preço do contrato, o prazo das obras, o avanço financeiro na data do evento e um fator de ponderação, que podem ser ajustados pelas partes:

Fórmula dos Custos de Prolongação

$W = \text{Custo diário} = 20\% \times (\text{Preço do contrato}) / (\text{Prazo do contrato em dias})$

$V = \text{Avanço financeiro na data do evento (\%)}$

$FW = \text{Fator de ponderação (\%)}$

$PGC = \text{Custos de Prolongação} = W \times FW$

Avanço Financeiro V	Fator FW
0	25%
$0 < V < 33\%$	60%
$33\% < V < 66\%$ $V > 66\%$	125% 60%

Livro Turquesa (Blue-Green Book)

O Livro Turquesa, especialmente a partir da edição de 2016, busca ser mais amigável e reduzir a necessidade de Condições Particulares, de modo a facilitar seu uso em mercados emergentes.

Diante desse objetivo, algumas premissas conceituais foram estabelecidas nas Condições Gerais do Livro Turquesa. Destacam-se, a título ilustrativo:

(i) A previsão de prorrogação de prazo, em favor da Contratada, caso as quantidades realizadas excedam as quantidades previstas;

(ii) A determinação de que, em regra, o projeto seja desenvolvido pelo Dono da Obra, e não pela Contratada, sem prejuízo do emprego de curvas batimétricas levantadas por sofisticados equipamentos, operadas pela Contratada, conforme disposto nas Notas de Orientação;

(iii) Regras predefinidas em relação à execução de trabalho ininterrupto durante 24 horas em 7 dias por semana, a tarifas de tempo “em espera”

(stand-by) e à suspensão prolongada dos Trabalhos;

(iv) As atribuições do Engenheiro no que concerne à aprovação de materiais e de métodos de trabalho; e

(v) A previsão, em regra, do estabelecimento de um Comitê de Prevenção de Disputas (DAB), em caso de disputas, e de arbitragem, consoante o regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Livro Esmeralda (Emerald Book)

De maneira análoga ao que ocorre com as demais minutas publicadas pela FIDIC, a natureza específica dos trabalhos subterrâneos conforma os aspectos conceituais do Livro Esmeralda. Particularmente, três características desse tipo de obras são decisivas, a saber:

(i) Relevância do método de escavação e do suporte do solo para a execução com sucesso das obras;

(ii) Acesso físico comumente limitado a alguns poucos locais ou, até mesmo, a um único local, o que traz sérias limitações de logística; e

(iii) Titularidade do solo, acima do local das obras, normalmente pertencente a numerosas partes terceiras.

Além desses fatores, a dificuldade de prever, com alguma certeza, as condições do solo, para a totalidade do trabalho subterrâneo, significa que atenção especial deve ser dada à alocação equilibrada (balanceada) dos riscos construtivos.

Os custos de escavação e revestimento dependem das condições físicas subterrâneas e serão medidos e pagos usando as tarifas unitárias previstas no contrato. Os demais serviços, como serviços auxiliares em superfície, serão pagos com base em preços fixos (lump-sum basis).

O GBR, já mencionado no item 1.2.3, é o documento contratual que descreve antecipadamente as condições subterrâneas previstas. O GBR deve também definir os riscos relacionados com as condições do solo, alocando-os entre as Partes, sempre que o Dono da Obra não prepare o projeto executivo completo das obras.

Vale pontuar, ademais, que o Livro Esmeralda contém outros dois documentos relevantes, fulcrais à sua sistemática: a Planilha de Quantidades (Schedule of Baselines) e o Cronograma Contratual (Completion Schedule). A Planilha de Quantidades apresenta os detalhes das atividades ou etapas de

trabalho de escavação e revestimento, com quantidades e índices de produtividade fornecidos pela Contratada, previstos e consistentes com as condições descritas no GBR. O Cronograma Contratual, de seu lado, define as datas para término dos marcos contratuais, baseadas e consistentes com os índices de produtividade fornecidos pela Contratada na Planilha de Quantidades e com as ligações lógicas sequenciais das atividades.

As atividades de escavação precisam ser constantemente monitoradas, e, por essa razão, a Contratada deve submeter diariamente ao Engenheiro os relatórios com interpretações dos resultados do monitoramento subterrâneo e na superfície. Assim, o Engenheiro será capaz de ajustar as etapas de escavação e de revestimento do Cronograma Contratual, aumentando ou reduzindo os prazos, considerando os índices de produtividade da Contratada.

1.2.5. Alocação dos principais riscos

(A) Suíte Arco-íris (Rainbow Suite)

A alocação dos principais riscos no âmbito de cada uma das minutas-padrão que compõem a Suíte Arco-íris (Rainbow Suite) varia de acordo com o tipo de empreendimento que será objeto de regulação contratual.

Dessa forma, de acordo com a lógica subjacente a cada minuta-padrão, a alocação dos riscos mais sensíveis de forma compartilhada, ou exclusivamente ao Dono da Obra ou à Contratada, segue o critério basilar da “capacidade de gerenciamento”; em outras palavras, atribui-se cada risco à(s) Parte(s) que detenha(m) melhores condições para administrá-lo, mitigá-lo ou evitá-lo, na extensão das aptidões de cada qual.

Ao divisar os riscos mais usuais dos projetos de infraestrutura, alocando-os à(s) Parte(s) mais hábil(eis) a gerenciá-los, os livros da Suíte Arco-íris (Rainbow Suite) previram três possíveis remédios típicos, a saber:

(i) Em favor da Contratada (sempre que os riscos em questão tenham sido alocados ao Dono da Obra):

(A) “Extensão de Tempo” (EOT) do “Prazo para Conclusão”, na medida dos impactos temporais havidos;

(B) Reembolso de “Custos”, ou de “Custos mais Lucro” (o Lucro será calculado ao percentual de 5%, se não definido diversamente nos “Dados do Contrato”); e/ou

(C) Dispensa e/ou modificação de outras obrigações estabelecidas no contrato, salvo nas hipóteses em que os remédios mencionados nos itens anteriores sejam mais adequados.

(ii) Em favor do Dono da Obra (sempre que os riscos em questão tenham sido alocados à Contratada):

(A) Extensão do “Período de Notificação de Defeitos” (DNP), na medida dos impactos temporais havidos;

(B) Reembolso de “Custos”, indenização de outros danos e perdas e/ou redução do “Preço do Contrato”; e/ou

(C) Dispensa e/ou modificação de outras obrigações estabelecidas no contrato, salvo nas hipóteses em que os remédios mencionados nos itens anteriores sejam mais adequados.

Em linhas gerais, assim estão alocados os riscos contratuais mais usuais, conforme a lógica de cada minuta-padrão.

Acesso ao Local

O Dono da Obra é responsável por assegurar à Contratada, tempestivamente, o acesso e a posse das partes do “Local das Obras” necessárias à execução dos Trabalhos: (i) a partir da “Data de Início”, no âmbito do Livro Prata (Silver Book); e (ii) conforme seja necessário para o atendimento ao Cronograma (Programme), segundo a lógica do Livro Vermelho (Red Book) e do Livro Amarelo (Yellow Book).

Eventuais atrasos na liberação do “Local das Obras” darão à Contratada o direito de apresentar pleito de EOT e/ou de reembolso de “Custos mais Lucro”, salvo se a mora decorrer de razões atribuíveis à própria Contratada.

Atrasos na obtenção de Licenças

As três minutas-padrão adotaram similar critério na definição dos riscos referentes à obtenção e à manutenção das “Licenças”. Ao Dono da Obra, em regra, incumbe obter e manter as licenças, permissões, autorizações e aprovações condizentes com a implantação e a operação do empreendimento; à Contratada, por sua vez, cabem a obtenção e a manutenção das licenças, permissões, autorizações e aprovações pertinentes à execução dos Trabalhos (assim como o atendimento às condicionantes das Licenças de responsabilidade do Dono da Obra).

Nesse cenário: (i) havendo atraso na obtenção das “Licenças” do Dono da

Obra, salvo se por motivos atribuíveis à Contratada, a Contratada terá direito a EOT e ao reembolso de “Custos mais Lucro”; e (ii) ocorrendo atraso na obtenção das Licenças da Contratada, exceto se por motivos atribuíveis ao Dono da Obra, a Contratada deverá reembolsar o Dono da Obra dos “Custos” incorridos por este.

Condições climáticas imprevisíveis

O Livro Vermelho (Red Book) e o Livro Amarelo (Yellow Book), em suas versões mais recentes (2017), optaram por dar tratamento específico às condições climáticas imprevisíveis, delas cuidando de forma apartada em relação às demais condições físicas imprevisíveis porventura encontradas no “Local das Obras”.

Na linha do que dispõem as referidas minutas-padrão, constituem condições climáticas imprevisíveis aquelas que, cumulativamente: (i) sejam excepcionalmente adversas; (ii) impactem, efetivamente, a execução dos Trabalhos; e (iii) não pudessem ter sido razoavelmente antevistas por um contratado experiente até a “Data Base”, levando em consideração os dados e as informações disponibilizados pelo Dono da Obra e/ou os dados climáticos publicados no país.

Ocorrida qualquer condição climática imprevisível, a Contratada deverá notificá-la, tempestivamente, ao Dono da Obra. Nesse caso, a Contratada terá direito a EOT, na medida dos impactos efetivamente sofridos. Não há previsão, contudo, de reembolso de “Custos” e/ou revisão de Preço, a qualquer título.

Frise-se que a lógica descrita não está contemplada no Livro Prata (Silver Book), dado que, ali, as condições climáticas imprevisíveis representam riscos alocados, em regra, exclusivamente, à Contratada.

Condições físicas imprevisíveis (exceto condições climáticas imprevisíveis)

O Livro Vermelho (Red Book) e o Livro Amarelo (Yellow Book) preveem que a Contratada deverá cientificar o Dono da Obra, nos prazos contratualmente estabelecidos, caso a Contratada identifique, no “Local das Obras”, (i) obstruções físicas, naturais ou artificiais, (ii) poluentes ou (iii) condições físicas em geral (inclusive condições hidrológicas ou subterrâneas, mas excluídas as condições climáticas) que, de fato, mostrem-se imprevisíveis, ou seja, que não pudessem ter sido razoavelmente antevistas por um contratado experiente até a “Data Base”.

Uma vez realizada tal ciência, e desde que tais condições afetem a execução

dos Trabalhos: (i) o Engenheiro deverá instruir a Contratada a implementar uma “Variação”, conforme aplicável; e (ii) a Contratada terá direito a EOT e/ou a reembolso de “Custos”, na medida dos impactos efetivamente sofridos.

Na fixação do EOT e dos “Custos” a serem recompostos, o “Engenheiro” poderá levar em consideração eventuais impactos positivos de outras possíveis condições, em outras partes do “Local”, que sejam mais favoráveis do que aquelas que poderiam ter sido razoavelmente antevistas. O reequilíbrio, nesse caso, considerará apenas o saldo dos impactos globalmente considerados. Em nenhum caso, no entanto, tal providência poderá resultar em diminuição do Preço do Contrato.

Vale destacar que tal sistemática também não encontra paralelo no Livro Prata (Silver Book), uma vez que, no âmbito deste, as condições físicas do “Local das Obras”, ainda que imprevisíveis, constituem riscos alocados exclusivamente à Contratada.

Eventos excepcionados

As três minutas-padrão endereçam, de forma similar, o tratamento dos riscos atinentes à ocorrência dos chamados “Eventos Excepcionados”, análogos às figuras de “caso fortuito e força maior”.

Ao contrário do que é praticado usualmente no mercado brasileiro, a Suíte Arco-íris (Rainbow Suite) estabelece que, uma vez ocorrido evento do tipo, e sendo a Contratada a Parte por ele afetada, terá esta direito a (i) EOT e a (ii) reembolso de “Custos” adicionais eventuais incorridos, sem incidência de “Lucro”.

Vale notar, contudo, que o reequilíbrio pecuniário mencionado não ocorrerá em qualquer hipótese de “Evento Excepcionado”, mas, tão somente, nas hipóteses em que aconteça, no país: (i) rebelião, terrorismo, revolução, insurreição, usurpação ou guerra civil; (ii) tumulto, comoção ou desordem por pessoas que não sejam colaboradores ou funcionários da Contratada ou de Subcontratadas; (iii) greve ou bloqueio que não envolva apenas o “Pessoal da Contratada” e outros funcionários da Contratada e das Subcontratadas; e (iv) descoberta de munições de guerra, materiais explosivos, radiação ionizante ou contaminação por radioatividade, exceto quando atribuível ao uso desses materiais pela Contratada.

Informações e dados sobre o Local

O Dono da Obra deve fornecer à Contratada, antes da “Data Base”, todos os dados e as informações, em posse do Dono da Obra, respeitantes às condições

topográficas, subterrâneas, hidrológicas, climáticas e ambientais presentes no “Local das Obras”.

A despeito dessa obrigação, existente nas três minutas-padrão, a alocação dos riscos referentes a eventuais erros e lacunas em tais dados e informações foi tratada, pelo Livro Prata (Silver Book), de um lado, e pelo Livro Vermelho (Red Book) e pelo Livro Amarelo (Yellow Book), de outro, de forma diversa.

Com efeito, o Livro Prata (Silver Book) preconiza que, caso a Contratada verifique a incorreção dos dados e das informações prestados pelo Dono da Obra, será de responsabilidade exclusiva da Contratada a retificação de tais erros, antes de utilizar ou considerar tais dados e informações, para fins de execução dos Trabalhos. Ditas falhas informacionais não constituem, pois, risco atribuído ao Dono da Obra, no âmbito do Livro Prata (Silver Book).

O Livro Vermelho (Red Book) e o Livro Amarelo (Yellow Book), por sua vez, estabelecem que, em caso de erros de dados e/ou informações tempestivamente informados pela Contratada ao Dono da Obra, o “Engenheiro” deverá avaliar se os referidos erros poderiam, ou não, ter sido identificados antes do envio da “Proposta”, mediante análise do “Local das Obras”, dos “Requisitos do Dono da Obra” (Livro Amarelo) ou dos “Desenhos e Especificações” (Livro Vermelho). Somente a partir disso, uma vez constatada a impossibilidade de identificação prévia de tais erros: (i) o Engenheiro deverá instruir a Contratada a implementar uma “Variação”, conforme seja aplicável; e (ii) a Contratada terá direito a EOT e/ou a reembolso de “Custos mais Lucro”, na medida dos impactos efetivamente sofridos por ela.

Interferências de outras contratadas

A Contratada é obrigada a coordenar os Trabalhos com quaisquer atividades desenvolvidas, no “Local das Obras”, pelo pessoal do Dono da Obra, por outros contratados do Dono da Obra e/ou, ainda, por autoridades governamentais ou concessionárias de serviços públicos. As ditas coordenação e cooperação deverão ser realizadas conforme instruções expressas do Dono da Obra (Livro Prata) ou do “Engenheiro” (Livro Vermelho e Livro Amarelo), ou de acordo com as previsões a esse respeito encartadas aos “Requisitos do Dono da Obra” (Livro Prata e Livro Amarelo) ou às “Especificações” (Livro Vermelho).

No âmbito das três minutas-padrão, acaso o exercício da cooperação e da coordenação citadas traga impactos temporais e/ou pecuniários, a Contratada terá direito a EOT e/ou a reembolso de “Custos mais Lucro”, desde que uma eventual instrução do Dono da Obra ou do “Engenheiro”, conforme aplicável, fosse efetivamente imprevisível, considerando o conteúdo dos “Requisitos do

Dono da Obra” (Livro Prata e Livro Amarelo) ou das “Especificações” (Livro Vermelho).

Riscos relativos à engenharia

A alocação dos principais riscos relacionados às soluções de engenharia, como não poderia ser diferente, guarda relação funcional com as características dos empreendimentos a que se destina cada uma das três minutas-padrão.

Nesse sentido, o Livro Vermelho (Red Book) – em razão da atribuição, ao Dono da Obra, da responsabilidade pela elaboração e pela disponibilização dos “Desenhos” e das “Especificações” – afasta da Contratada, em regra, o suporte dos riscos condizentes com eventuais erros encontrados em qualquer dos aludidos documentos. Nesse cenário, uma vez encontrado qualquer vício nos “itens de referência” constantes nos “Desenhos” ou nas “Especificações”, o “Engenheiro” avaliará se referido equívoco: (i) poderia, ou não, ter sido identificado, por contratado experiente e diligente, antes do envio da “Proposta”, quando da realização do exame do “Local”, dos “Desenhos” e/ou das “Especificações”; e (ii) foi cientificado ao Dono da Obra dentro de 28 dias contados da “Data de Início” (salvo se prazo diverso não tiver sido acordado em contrato), ou se não poderia ter sido avisado, por sua natureza, dentro de referido período.

Cumpridos, então, ambos os requisitos: (i) o “Engenheiro” deverá instruir a Contratada a implementar uma “Variação”, conforme seja aplicável; e (ii) a Contratada terá direito a EOT e/ou a reembolso de “Custos mais Lucro”, na extensão dos impactos efetivos aos Trabalhos.

O Livro Amarelo (Yellow Book), de seu turno, ao estabelecer a responsabilidade da elaboração dos projetos de engenharia à Contratada, alocou a esta os riscos oriundos de erros, inconsistências e defeitos pertinentes ao projeto (design) e aos Trabalhos, daí decorrentes. Tais vícios deverão, pois, ser retificados, pela Contratada, às expensas exclusivas desta.

Sem prejuízo disso, a aludida minuta-padrão também preconizou procedimento para o apontamento, pela Contratada ao Dono da Obra, de eventuais erros existentes nos “Requisitos do Dono da Obra” (os quais, afinal, servem de base para a elaboração dos projetos de engenharia). A lógica, aqui, é similar à do rito determinado pelo Livro Vermelho (Red Book) para a comunicação dos vícios contidos nos “Desenhos” e nas “Especificações”, conforme exposto anteriormente.

Por fim, o Livro Prata (Silver Book), em linha com a sistemática que enuncia, fixa a alocação dos riscos de engenharia, exclusivamente, à Contratada. Nessa

direção, o Dono da Obra não assume riscos relativos a qualquer erro, imprecisão ou omissão de qualquer tipo nos “Requisitos do Dono da Obra”, exceto: (i) em relação a dados e informações que sejam declarados, no contrato, como sendo imutáveis ou de responsabilidade do Dono da Obra; (ii) definições dos objetivos pretendidos para os Trabalhos; (iii) critérios para testes e aferição de performance dos Trabalhos; e (iv) dados e informações que não possam ser verificados pela Contratada, salvo disposição em contrário no contrato.

(B) Outros standards

Livro Rosa (MDB Pink Book)

No Livro Rosa, os riscos de projeto e especificações são alocados ao Dono da Obra, que é responsável por fornecer o projeto e as especificações detalhadas. Qualquer erro ou omissão no projeto inicial é, portanto, um risco do Dono da Obra. Os riscos de condições do solo também são alocados a ele, inclusive condições imprevistas do solo que diferem das condições descritas nos documentos do contrato – o que permite, à Contratada, compensação por tempo e custo adicional.

Os riscos climáticos e naturais são compartilhados. Eventos climáticos normais são um risco da Contratada, mas eventos climáticos excepcionais e desastres naturais podem ser tratados como riscos do Dono da Obra, proporcionando à Contratada extensões de prazo e compensação de custos.

Riscos de força maior, como guerras, tumultos, atos de terrorismo e desastres naturais significativos, também são riscos compartilhados, permitindo à Contratada reivindicar extensão de prazo e compensação por custos adicionais incorridos devido a esses eventos.

Riscos de alterações legislativas são alocados ao Dono da Obra. Mudanças nas leis e regulamentações locais que afetam a execução do contrato são geralmente consideradas riscos do Dono da Obra, permitindo que a Contratada solicite ajustes de prazo e custo para conformidade com as novas leis. Riscos de desempenho da Contratada, como execução do trabalho conforme os termos do contrato, qualidade do trabalho, cumprimento dos prazos e segurança no local de trabalho, são responsabilidade da Contratada, assim como quaisquer outras falhas de desempenho.

Livro Verde (Green Book)

Os principais riscos alocados para o Livro Verde são distribuídos de maneira a garantir uma gestão eficaz, equilibrada e eficiente do projeto. A alocação de riscos, noutras palavras, é feita de forma a garantir que cada parte gerencie os riscos que está mais capacitada para controlar, minimizando, assim, o impacto negativo nos Trabalhos.

Um dos principais riscos alocados no Livro Verde é o risco de projeto. Nesse contrato, o Dono da Obra geralmente fornece um projeto detalhado, o que significa que ele assume a responsabilidade por qualquer falha ou inadequação nos desenhos e nas especificações técnicas fornecidos.

Outro risco significativo é o risco de custo. O Livro Verde, sendo um contrato de preço fixo ou unitário, aloca o risco de aumento de custos à Contratada, que deve executar o trabalho pelo preço acordado, mesmo que os custos reais sejam superiores aos previstos. No entanto, para mitigar esse risco, o contrato pode incluir cláusulas que permitam ajustes de preço em caso de mudanças significativas no escopo dos trabalhos ou em situações específicas, como variações excepcionais no preço dos materiais.

O risco de prazo é igualmente importante. A Contratada assume a responsabilidade de completar os trabalhos dentro do prazo estabelecido no contrato. Qualquer atraso na execução dos trabalhos pode resultar em penalidades, a menos que o atraso seja causado por circunstâncias fora do controle da Contratada, como condições climáticas extremas ou outras formas de força maior.

O risco de qualidade é alocado à Contratada, que deve garantir que os trabalhos sejam realizados conforme as especificações e os padrões de qualidade definidos no contrato. Inspeções e testes são normalmente previstos para assegurar a conformidade com as especificações técnicas. Qualquer trabalho que não atenda aos padrões de qualidade estabelecidos deve ser corrigido pela Contratada, sem custo adicional para o Dono da Obra.

Livro Turquesa (Blue-Green Book)

O Livro Turquesa é um modelo de contrato especialmente desenvolvido para gerenciar os riscos complexos e dinâmicos associados a projetos de dragagem e recuperação.

Em primeiro lugar, o risco de projeto é uma das áreas mais críticas abordadas no Livro Turquesa. O Dono da Obra geralmente fornece um projeto detalhado, assumindo a responsabilidade por qualquer falha ou inadequação

nas especificações técnicas e desenhos.

No contexto do Livro Turquesa, o contrato é geralmente de preço fixo ou unitário, o que aloca o risco de aumento de custos à Contratada. Isso implica que esta deve executar o trabalho pelo preço acordado, mesmo que os custos reais acabem sendo superiores aos previstos inicialmente, salvo mudanças significativas no escopo dos trabalhos ou em situações excepcionais, como variações substanciais no preço dos materiais.

O risco de atraso é uma preocupação constante. A Contratada é responsável por completar os trabalhos dentro do prazo estabelecido no contrato. Qualquer atraso pode resultar em penalidades, a menos que seja causado por condições fora do controle da Contratada, como eventos climáticos extremos ou outras formas de força maior. O contrato detalha claramente os procedimentos para prorrogação de prazo em tais casos, proporcionando flexibilidade e proteção para ambas as partes.

Livro Esmeralda (Emerald Book)

Um dos riscos mais significativos abordados pelo Livro Esmeralda é o risco geotécnico. Dada a natureza imprevisível do solo e das condições subterrâneas, a Contratada é geralmente responsável por investigar e avaliar essas condições antes de iniciar os trabalhos. No entanto, o Dono da Obra também compartilha esse risco, fornecendo informações geotécnicas iniciais e se responsabilizando por eventuais falhas nessas informações. Isso cria um equilíbrio de responsabilidades, garantindo que ambos estejam preparados para enfrentar quaisquer surpresas que o subsolo possa revelar.

O risco de projeto é outro aspecto crítico. No Livro Esmeralda, a Contratada, muitas vezes, assume a responsabilidade pelo projeto (design) detalhado das obras, baseando-se nas especificações e critérios fornecidos pelo Dono da Obra. Essa alocação permite que a Contratada utilize sua expertise técnica para adaptar o projeto (design) às condições reais encontradas no local, reduzindo o risco de incompatibilidades ou falhas no projeto.

Em termos de custo, o risco é principalmente suportado pela Contratada, especialmente em contratos de preço fixo. Ele deve gerenciar seus recursos e execução de modo a não exceder o orçamento acordado, mesmo que surjam desafios imprevistos durante a construção. Entretanto, para projetos subterrâneos, o contrato pode incluir cláusulas que permitem ajustes de preço caso ocorram variações significativas nas condições do subsolo ou outros fatores imprevistos que aumentem os custos de execução.

Em relação aos prazos, qualquer atraso pode acarretar penalidades, a menos

que seja causado por Eventos Excepcionados ou condições imprevistas que estejam fora do controle da Contratada, como descobertas arqueológicas inesperadas ou condições geológicas adversas não previamente identificadas. O contrato prevê procedimentos específicos para prorrogação de prazos nessas circunstâncias, assegurando que ambas as partes possam ajustar os cronogramas conforme necessário.

O risco ambiental também é tratado com rigor. A Contratada deve cumprir todas as regulamentações ambientais pertinentes e tomar medidas para minimizar o impacto ambiental de suas atividades. Qualquer violação dessas normas pode resultar em penalidades severas e obrigações de remediação, destacando a importância de práticas sustentáveis e responsáveis na construção subterrânea.

CAPÍTULO 2: FAC-1 e TAC-1

2.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA

Fundada em 1973, a Associação de Arquitetos Consultores (ACA) é o órgão profissional nacional que representa arquitetos em prática privada – arquitetos consultores – no Reino Unido. A ACA não é um órgão regulador, mas oferece uma voz independente e suporte a práticas arquitetônicas, promovendo e permitindo altos padrões de prática entre seus membros.

A ACA tem defendido a qualidade na arquitetura e a confiabilidade do serviço em prática privada desde então, sendo criada em um momento em que não existia uma organização dedicada especificamente aos interesses dos profissionais privados.

Internacionalmente renomada, a King's College London é uma universidade que oferece educação excepcional e realiza pesquisas de nível mundial, dedicada a promover mudanças positivas e sustentáveis na sociedade.

O FAC-1 Framework Alliance Contract e o TAC-1 Term Alliance Contract decorrem de inúmeras pesquisas acadêmicas e de campo realizadas pelo Centro de Direito da Construção da King's College London e pela ACA, tendo contado com contribuições de mais de 120 organizações.

2.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS

2.2.1. Origem e evolução histórica

O FAC-1 surgiu como resultado da necessidade de uma padronização dos instrumentos que regem as relações contratuais colaborativas e de standards mínimos a serem seguidos nesse tipo de relação contratual. O modelo FAC-1 está baseado na ideia de Framework Agreement, muito utilizado nas Contratações Públicas no Reino Unido. No contexto inglês, o Framework é um acordo que estabelece os termos e condições sob os quais contratos futuros podem ser celebrados. Não é um contrato por si só, mas uma estrutura que facilita a contratação de serviços, obras ou fornecimentos de maneira eficiente e coordenada. No Brasil, o modelo contratual FAC-1 foi traduzido e adaptado para uso, segundo o Direito brasileiro, pelo Instituto Brasileiro do Direito da Construção (IBDiC), que é o titular do direito de republicação do contrato no país.

O TAC-1, por sua vez, foi concebido como um sucessor do TPC2005, a partir da estrutura e dos recursos consolidados no FAC-1, na medida em que combina as características de um contrato a termo – que permite a emissão de ordens de serviço conforme a necessidade – com princípios de aliança.

2.2.2. Aplicabilidade

O FAC-1 é destinado a projetos complexos que envolvem múltiplas contratações ou um pipeline de projetos, integrando diferentes escopos sob uma governança comum e alinhada, visando a estabelecer processos para agregar valor ao empreendimento.

Por outro lado, o TAC-1 é mais adequado para projetos que necessitam de uma gestão flexível de diferentes atividades, permitindo a emissão de ordens de serviço para a realização de atividades específicas a partir do cronograma acordado e estabelecendo processos e governança comum para agregar valor.

2.2.3. Estrutura contratual

FAC-1 e TAC-1 são formalizados por meio de um conjunto de documentos. Esses modelos permitem grande adaptabilidade, pois apresentam uma estrutura de cláusulas com muitas informações a serem definidas e incluídas pelos contratantes. Diferentemente de outros modelos-padrão que trazem cláusulas prontas, completas e imediatamente aplicáveis pelas partes, o FAC-1 e o TAC-1 requerem que as partes desenvolvam conceitos específicos para o Projeto em questão, como, por exemplo, quais são os objetivos ou resultados esperados.

No caso do FAC-1, este é composto essencialmente por: (i) Termos Contratuais; (ii) Acordo Estrutural da Aliança; (iii) Contrato(s) de Projetos; (iv) Acordo(s) de Adesão; e (v) Contrato(s) da Cadeia de Suprimentos. Todos esses documentos, em conjunto, são chamados de Documentos Estruturais, e os Membros da Aliança são livres para acrescentar ou retirar qualquer um desses documentos no momento da contratação.

O documento intitulado “Termos Contratuais” traz todo o clausulado proposto pelo FAC-1. Nele, são encontradas disposições gerais sobre a composição da Aliança e dos documentos estruturais, bem como o funcionamento do Grupo Central (responsável pela governança da Aliança) e os objetivos e metas da Aliança. Nos Termos Contratuais, as Partes definem o

procedimento para celebração de contratos de projeto, as atividades da aliança, a forma de colaboração da cadeia de suprimentos, além de cronograma, preço e forma de pagamento, incluindo deveres de diligência, seguros, direitos de propriedade intelectual e soluções de controvérsia. O referido documento é composto pelos apêndices denominados (i) Definições, (ii) Formulário de Acordo de Adesão, (iii) Formulário de Pedido e (iv) Conciliação, Adjudicação e Arbitragem.

Complementarmente, tem-se o “Acordo Estrutural da Aliança”, no qual as Partes deverão particularizar cada uma das disposições apresentadas nos Termos Contratuais, a partir da indicação dos membros e do Gestor da Aliança, dos documentos que a compõem, da composição do Grupo Central, assim como das condições para adoção de eventuais exclusividades e detalhar as atividades de colaboração da cadeia de suprimentos. É no Acordo Estrutural da Aliança que se devem prever, ainda, os juros moratórios adotados para o caso de atrasos nas atividades a serem realizadas no âmbito da Aliança, bem como as eventuais exceções ao dever de diligência previsto nos Termos Contratuais, entre outros diversos aspectos particulares da referida Aliança.

O Acordo Estrutural da Aliança é composto pelos seguintes documentos anexos: Anexo 1 – Objetivos, Medidas de Sucesso, Metas e Incentivos; Anexo 2 – Cronograma; Anexo 3 – Registro de Riscos; Anexo 4 – Procedimento de Contratação Direta e Procedimento de Contratação Competitiva; Anexo 5 – Modelo de Documentos de Projeto; Anexo 6 – Exigências Legais e Termos Especiais.

Já no que se refere aos mencionados “Contratos de Projetos”, é importante ter-se em vista que o FAC-1 não traz um modelo contratual a ser adotado. No referido documento, são mencionadas as hipóteses de contratação direta ou competitiva, constando, nos “Termos Contratuais” e no “Acordo Estrutural da Aliança”, as regras para negociação e celebração dos referidos contratos, bem como seus efeitos para a Aliança. Os Contratos de Projeto podem inclusive ser baseados em outros standards contratuais, como, por exemplo, FIDIC, NEC, entre outros.

Por sua vez, os “Acordos de Adesão” são elaborados com base no Apêndice 2 – Formulário de Acordo de Adesão para inclusão de quaisquer novos membros da Aliança. Nele, restarão definidas as funções, competências e responsabilidades do Membro Adicional da Aliança, bem como o membro nomeado para compor o Grupo Central e os seguros contratados pelo referido Membro Adicional da Aliança.

Por fim, os “Contratos da Cadeia de Suprimentos” são considerados parte

integrante da Aliança quando esta prever atividades de colaboração da cadeia de suprimentos de um ou mais membros da Aliança, com fim de atingimento de metas e/ou agregação de valor, por exemplo. O FAC-1 não estabelece um modelo de Contrato da Cadeia de Suprimentos.

No que se refere ao TAC-1, é importante observar que este segue a mesma estrutura do FAC-1 descrita, com pequenas diferenças. A grande distinção estrutural refere-se ao fato de que o FAC-1 traz a possibilidade de contratação direta e contratação competitiva de Projetos, enquanto o TAC-1 trata da emissão de ordens para serviços específicos (Order Procedure). A partir daí, serão observadas distinções não apenas no próprio Term Alliance Agreement (semelhante ao “Acordo Estrutural da Aliança”) e no Contract Terms (correspondente aos “Termos Contratuais”), mas também nos Anexos 4 e 5 do TAC-1, que equivalem no TAC-1 ao Order Procedure e ao Template Order Documents, respectivamente, sem que haja menção a Contratos de Projetos, como no FAC-1.

Adicionalmente, o Term Alliance Agreement do TAC-1 possui os Anexos 7 e 8, intitulados, respectivamente, Term Brief e Term Price and Term Proposal (em tradução livre, “Resumo do Termo” e “Preço e Proposta do Termo”), sendo o primeiro deles o conjunto de documentos em que se tem a descrição detalhada do escopo e da natureza da Aliança; e o segundo, o conjunto de documentos em que constam os preços e as propostas fornecidas por cada fornecedor (Provider).

2.2.4. Principais tópicos temáticos

No FAC-1 e no TAC-1, o Acordo Estrutural de Aliança tem como objeto central o estabelecimento da Aliança (entre Cliente e demais Membros da Aliança) e a atribuição de funções, competências e responsabilidades entre os Membros da Aliança para a execução do Programa Estrutural (termo que abrange as obras e/ou os serviços e/ou os suprimentos regidos pelo Contrato Estrutural de Aliança – no caso do FAC-1, cada um desses trabalhos é considerado um “Projeto”) em benefício de um Cliente (e/ou de Clientes Adicionais que aderirem ao Contrato Estrutural de Aliança, no caso do FAC-1).

Nesse sentido, diferentemente de outros standards contratuais tradicionalmente adotados no campo do Direito da Construção, o clausulado principal desses modelos (“Termos Contratuais”) não se volta diretamente para o escopo de engenharia, fornecimento e/ou construção, mas para a governança da atuação dos Membros da Aliança para a execução do Programa Estrutural.

Em síntese, são disciplinados pelos Termos Contratuais:

(i) Composição e interpretação dos Documentos Estruturais. Os Documentos Estruturais são celebrados como partes integrantes do Contrato Estrutural de Aliança. Qualquer alteração nesses documentos deve ser aprovada por todos os Membros da Aliança, cujas competências ou obrigações sejam afetadas pela mudança (cl. 1.3). Cada Membro da Aliança é responsável por suas contribuições para os Documentos Estruturais, incluindo eventuais erros, omissões ou discrepâncias (cl. 1.4). Os Documentos Estruturais devem ser tratados como complementares, e os Membros da Aliança devem notificar os demais em caso de constatação de erro ou discrepância. Além disso, devem observar a ordem de prevalência estabelecida no Contrato Estrutural de Aliança (cl. 1.5).

(ii) Princípios da atuação dos Membros da Aliança e Procedimento para entrada de Clientes Adicionais ou novos Membros da Aliança. Os Membros da Aliança devem atuar em colaboração em prol do Programa Estrutural, agindo razoavelmente e sem demora no cumprimento de suas atribuições e responsabilidades (cl. 1.1). Eles devem cooperar com as partes interessadas no resultado do Programa Estrutural, sem assumir obrigações específicas de diligência, salvo acordado de forma diversa (cl. 1.10). Devem, ainda, buscar alcançar os Objetivos estabelecidos para a Aliança (cls. 2.1 e 6) e gerar Agregação de Valor, o que pode incluir economia de custos ou tempo ou aprimoramento de outros aspectos dos trabalhos da Aliança e do seu resultado (cls. 2.2 e 6), inclusive por meio da adoção de medidas para tornar as atividades de suas respectivas cadeias de suprimento mais colaborativas e eficientes (cl. 6.3).

Além disso, os Membros da Aliança devem buscar gerir os riscos envolvidos no Programa Estrutural da forma mais eficiente possível e conforme acordado nos Documentos Estruturais (cl. 9). Eles devem observar os deveres de diligência estabelecidos reciprocamente entre os Membros da Aliança e entre os Membros da Aliança e o Cliente e/ou os Clientes Adicionais e/ou o Gestor da Aliança (cl. 10). Clientes Adicionais e novos Membros da Aliança podem aderir à Aliança por meio da celebração de Acordo de Adesão no modelo acordado pelas partes da Aliança, vinculando-se aos termos do Contrato Estrutural de Aliança a partir da data de sua adesão, não assumindo direitos e obrigações relativos a questões surgidas anteriormente a essa data (cl. 1.11).

(iii) Composição e atribuições do Grupo Central. O Grupo Central é composto por representantes dos Membros da Aliança indicados no Acordo Estrutural da Aliança ou nos Acordos de Adesão, que devem comparecer às reuniões do Grupo Central e exercer as funções que lhe são atribuídas nos Documentos Estruturais (cl. 1.6). As reuniões do Grupo Central podem ser

convocadas pelo Gestor da Aliança a pedido de qualquer dos seus componentes, com pauta determinada, e as decisões devem ser tomadas por consenso de todos os componentes (cl. 1.7). Entre os temas que podem ser objeto de reuniões do Grupo Central, está o plano de ação proposto por Membro da Aliança em face de evento que afete adversamente os objetivos da Aliança (cl. 1.8).

(iv) Estabelecimento dos Objetivos da Aliança e dos correspondentes Medidas de Sucesso, Metas e Incentivos. Os Membros da Aliança devem estabelecer os Objetivos a serem alcançados para a Agregação de Valor na execução do Programa Estrutural no Acordo Estrutural da Aliança, nos prazos definidos no Cronograma, conforme atualizado pelo Grupo Central (cls. 2.1, 2.5 e 2.6). Esses objetivos orientam a apresentação de propostas para o Programa Estrutural pelos Membros da Aliança, no âmbito de suas respectivas funções e responsabilidades (cl. 2.2). O sucesso dos Membros da Aliança no alcance dos Objetivos é medido por meio de Medidas de Sucesso e de Metas, estabelecidas no Acordo Estrutural da Aliança, e é recompensado por meio do pagamento de Incentivos igualmente pactuados (cl. 2.3 e 2.4).

(v) Atribuições do Gestor da Aliança. O Gestor da Aliança é nomeado entre os Membros da Aliança no Acordo Estrutural da Aliança e é responsável por conduzir os processos de contratação (inclusive com a elaboração dos Contratos de Projeto e Pedidos), monitorar o cumprimento dos Objetivos e atualizar o Cronograma para aprovação do Grupo Central. Além disso, o Gestor da Aliança convoca e preside as reuniões do Grupo Central e monitora as atividades da Aliança em geral, incluindo os pagamentos e a gestão de riscos (cl. 3.1). Outras atribuições podem ser acordadas especificamente pelos Membros da Aliança.

(vi) Parâmetros para definição e alteração dos Preços Contratados. Os Preços Contratados (referentes aos escopos contratados para a execução do Programa Estrutural) devem ser definidos de acordo com os procedimentos de contratação estabelecidos pelos Membros da Aliança, mas sujeitam-se aos Preços Estruturais (informados por cada Membro da Aliança para suas próprias atribuições) e ao eventual orçamento definido pelo Cliente. Adicionalmente, os Preços Contratados somente podem ser alterados conforme acordado pelos Membros da Aliança nos Documentos Estruturais (cls. 4.1 e 4.2).

(vii) Linhas gerais dos procedimentos para celebração dos Contratos de Projeto e dos Pedidos. Para a contratação de cada Projeto, o Cliente poderá selecionar entre os Membros da Aliança em processos de apresentação de propostas, competitivos ou não, conforme procedimentos definidos pelas partes da Aliança, sob condução do Gestor da Aliança (cls. 5.1 e 5.2). Os Contratos de Projeto resultantes dos processos de contratação devem ser preparados pelo

Gestor da Aliança observando os modelos acordados pelas partes da Aliança, os Preços Contratados e demais termos de proposta acordados (cls. 5.3 e 5.4).

O Cliente (e/ou os Clientes Adicionais) não garante a celebração de qualquer Contrato de Projeto com os Membros da Aliança, ou valores mínimos para os contratos celebrados. A exclusividade em benefício dos Membros da Aliança em relação ao Programa Estrutural não é presumida, devendo ser expressamente acordada no Acordo Estrutural da Aliança (cls. 5.6 e 5.7). O Cliente (e/ou os Clientes Adicionais) pode acordar a realização de determinadas atividades pré-contratuais antes da celebração de um Contrato de Projeto por meio de um Pedido (cl. 7).

(viii) Procedimentos para pagamentos devidos aos Membros da Aliança e ao Gestor da Aliança. O Contrato Estrutural de Aliança não rege o pagamento dos Preços Contratados, que fica sujeito às regras dos respectivos Contratos de Projeto (cl. 8.1), mas rege a remuneração do Gestor da Aliança e dos Membros da Aliança pelo cumprimento dos Pedidos (cl. 8.2). A não realização dos pagamentos devidos por Cliente (e/ou por Clientes Adicionais) no âmbito do Contrato de Aliança, se não sanada após notificação da parte credora, pode levar à suspensão de atividades dos Membros da Aliança (cl. 8.10).

(ix) Rescisão do Contrato Estrutural de Aliança e suas consequências. O Contrato Estrutural de Aliança admite resolução parcial (com a retirada de um Cliente ou exclusão de um Membro da Aliança): (i) caso um Membro da Aliança não cumpra determinada Meta que lhe for atribuída e um plano de ação proposto pelo Grupo Central para sanar o descumprimento não for aprovado pelo Cliente afetado ou não for cumprido (cl. 14.2); (ii) se um Membro da Aliança sofrer um evento de insolvência nos termos da legislação aplicável e das definições do Contrato Estrutural de Aliança (cl. 14.3); (iii) se um Membro da Aliança violar o Contrato Estrutural de Aliança de modo a prejudicar a Aliança, o Programa Estrutural ou qualquer Projeto e não sanar seu inadimplemento nos prazos adequados (cl. 14.4). A resolução do Contrato Estrutural de Aliança não prejudica a vigência e a eficácia dos Contratos de Projeto em curso, e a resolução parcial em relação a um Membro da Aliança não prejudica a relação entre os demais Membros da Aliança (cls. 14.5; 14.6).

(x) Procedimentos para resolução de controvérsias entre os Membros da Aliança. Além da possibilidade de solução consensual de conflitos no âmbito do Grupo Central (cl. 15.1), o Contrato Estrutural de Aliança faculta aos Membros da Aliança estabelecer procedimentos de conciliação, dispute board ou adjudicação para dirimir suas controvérsias (cls. 15.2 e 15.3). As disputas não resolvidas por meio de tais procedimentos ficam sujeitas a solução judicial ou arbitral, conforme eleito pelos Membros da Aliança (cl. 15.4).

2.2.5. Alocação dos principais riscos

(A) Programa

O Programa Estrutural no FAC-1 ou o Term Programme no TAC-1 (“Programas”) correspondem às obras, serviços ou suprimentos que serão objeto da colaboração. O Programa é definido no caput do Acordo Estrutural de Aliança no FAC-1 ou no Term Alliance Agreement no TAC-1.

O Programa determinará todos os demais parâmetros da Aliança, já que os objetivos, medidas de sucesso e metas, incentivos e demais critérios a serem seguidos pelos Membros serão definidos, por acordo, para o alcance e a conclusão do Programa.

As partes têm liberdade para definir o Programa como um escopo amplo ou como projetos específicos, ou até mesmo indicando um projeto único, tudo a depender do objetivo das partes na colaboração. Qualquer alteração no Programa deverá ser acordada por todos os Membros da Aliança, salvo indicação ao contrário nos Documentos Estruturais (cl. 9.1). Nesse caso, as partes devem se preocupar também em prever hipóteses em que o Programa poderá sofrer alterações sem que haja acordo entre todos os Membros. Ressalta-se que, pela natureza da própria colaboração, é recomendado que tais hipóteses sejam exceções bem delimitadas e justificadas, claramente compreendidas pelas partes.

(B) Objetivos

Os Objetivos da colaboração são definidos, no FAC-1 e no TAC-1, no Anexo 1, Parte 1. É importante que as partes definam claramente os objetivos do Programa e os objetivos de cada membro da Aliança em relação ao Programa, pois serão a base para as medidas de sucesso e metas que serão acordadas pelas partes. É essencial que esses objetivos sejam bem compreendidos e delimitados pelos Membros da Aliança, de acordo com as suas funções, competências e responsabilidades (cl. 2.1), já que tais objetivos afetam a gestão e os mecanismos de colaboração, como, por exemplo, a celebração de contratos de projetos ao longo da colaboração e o papel desempenhado pelos Membros na Aliança.

A definição clara dos objetivos também é necessária para que as partes identifiquem e busquem o alcance de valor agregado por meio da colaboração (cl. 2.2). A agregação de valor deve ser consistente com os objetivos, de modo que é útil às partes considerar, na definição dos Objetivos, os possíveis critérios de agregação de valor previstos no Apêndice 1, Definições.

É provável que o principal Objetivo da colaboração seja a conclusão do projeto de acordo com as especificações e dentro do prazo e do orçamento previstos. No entanto, esse Objetivo pode ser combinado com objetivos adicionais, visando à agregação de valor, de modo que as partes podem estabelecer Objetivos, por exemplo, relacionados à forma como irão se relacionar; requisitos técnicos, de prazo, de preço, de qualidade ou relacionados à cadeia de suprimentos; inovação, eficiência, sustentabilidade e critérios ESG; assim como outros que possam ser de seu interesse.

(C) Medidas de sucesso e metas

As Medidas de Sucesso e Metas são estabelecidas, no FAC-1 e no TAC-1, no Anexo 1, Parte 2. As Medidas de Sucesso são a base para determinar o alcance dos Objetivos e para medir o desempenho dos Membros da Aliança. As partes deverão prever as Metas para cada Medida de Sucesso, incluindo o método de registro das informações, o membro responsável pela aferição e o sistema de informação aos demais Membros.

A definição de Medidas de Sucesso e Metas contempla ainda dois mecanismos importantes, quais sejam, a variação por exclusividade e a resolução por não cumprimento de metas. Trata-se de mecanismos definidos entre as partes para premiar um Membro que alcança metas acordadas com exclusividade para desenvolvimento de Contratos de Projetos (cl. 5.7) ou criar a hipótese de resolução em razão do não alcance de metas (cl. 14.2.2).

(D) Incentivos

Uma vez definidos os Objetivos e Metas da Aliança, as partes poderão estabelecer “Incentivos”, os quais servirão como estímulo ou recompensa, visando a alcançar os resultados esperados para a Aliança. Os Incentivos são definidos na Parte 3 do Anexo 1 no FAC-1 e no TAC-1, e as partes são livres para estabelecer as métricas de incentivos. Uma possibilidade, por exemplo, é estipular pagamentos adicionais ou a partilha de parcelas de economias geradas a partir das atividades das partes ou por meio da colaboração com a cadeia de suprimentos. Adicionalmente, as partes poderão estabelecer como incentivos o aumento do escopo do Programa Estrutural ou o prazo do Contrato Estrutural de Aliança, além de bonificação para o caso de antecipação do cronograma. Cumpre frisar que o estabelecimento de incentivos adequados ao acordo contribui com a melhoria do valor agregado ao projeto e a redução de riscos.

(E) Cronograma

As cláusulas 6.1 do FAC-1 e do TAC-1 estabelecem que as atividades de Colaboração da Cadeia de Suprimentos e/ou Atividades da Aliança deverão ser cumpridas dentro dos prazos e datas estabelecidos no Anexo 2 – Cronograma. Por sua vez, o Anexo 2 traz uma estrutura de eventos onde deverá conter, no mínimo, os prazos, as datas-chave e os marcos intermediários acordados para o Programa Estrutural e a consecução dos Objetivos, além dos prazos das Atividades da Aliança. O Anexo inclui, ainda, a natureza, sequência e duração das ações de cada Membro da Aliança, bem como consentimentos e aprovações necessárias de Membros ou Terceiros que sejam pré-condições para ações subsequentes. O Gestor da Aliança deve atualizar o Cronograma e submetê-lo à aprovação pelo Grupo Central, refletindo as atividades da aliança, assim como eventuais modificações (2.6).

O Cronograma é crucial para a definição de compromissos claros e para o progresso das Atividades da Aliança, visando a agregar valor. Se não for possível definir datas específicas ao assinar o FAC-1, o Cronograma deve incluir prazos para acordar essas datas.

(F) Registro de riscos

No FAC-1 e no TAC-1, o Registro de Riscos detalha os compromissos dos Membros da Aliança para ações de Gestão de Riscos (9.3). O Anexo 3 do Acordo Estrutural especifica a natureza de cada risco, bem como sua probabilidade e seu impacto no Programa Estrutural e/ou nos Objetivos e Atividades da Aliança. Além disso, identifica os Membros da Aliança responsáveis pelas ações de Gestão de Riscos, descreve as ações acordadas para mitigar riscos e define os prazos acordados para implementar essas ações.

A Gestão de Riscos é uma atribuição fundamental tanto do Gestor da Aliança quanto dos Membros da Aliança. Essa atividade envolve a rápida identificação dos riscos, a avaliação de seus impactos e a implementação de ações acordadas para mitigação, redução, compartilhamento, divisão ou seguro dos riscos.

Os Membros da Aliança são obrigados a realizar essas ações dentro dos prazos estabelecidos no Registro de Riscos. O Gestor da Aliança deve atualizar esse Registro e encaminhá-lo para aprovação do Grupo Central, conforme periodicidade estabelecida no Cronograma ou de acordo com os prazos eventualmente pactuados entre os Membros da Aliança.

CAPÍTULO 3: ICC

3.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA

A International Chamber of Commerce (ICC) foi fundada em 1919, logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, época em que nenhum sistema mundial de regras regia o comércio, os investimentos ou as finanças. Seus criadores foram um grupo de industriais, investidores e comerciantes que se intitulavam Merchants of Peace. Hoje, seu alcance abrange mais de 170 países, englobando mais de 45 milhões de negócios, de pequenas empresas a multinacionais.

O mais alto órgão dirigente da ICC é o World Council, composto por representantes da comunidade empresarial mundial, sendo o equivalente a uma assembleia geral. Além disso, a direção conta com o ICC Executive Board, que desenvolve e implementa a estratégia, a política e os programas de ação da ICC, cujas propostas são formuladas pelo Chairmanship e Secretary General.

A ICC é uma das principais instituições internacionais voltadas para a promoção do comércio internacional, possuindo diversas comissões, denominadas policy commissions, focadas em diferentes temas de grande relevância para o mundo dos negócios. São órgãos especializados compostos por especialistas de negócios que elaboram políticas, incluindo declarações para contribuir com debates intergovernamentais, assim como regras e códigos para facilitar transações comerciais internacionais. Há um total de doze comissões: ICC Arbitration and ADR Commission; ICC Global Banking Commission; ICC Global Commercial Law and Practice Commission; ICC Global Competition Commission; ICC Global Anti-Corruption and Corporate Responsibility Commission; ICC Global Customs and Trade Facilitation Commission; ICC Global Digital Economy Commission; ICC Global Environment and Energy Commission; ICC Global Marketing and Advertising Commission; ICC Global IP Commission; ICC Global Taxation Commission; e ICC Global Trade and Investment Commission.

A ICC Commission on Commercial Law and Practice, que tem entre seus objetivos estabelecer padrões de negócios globais para transações B2B, já publicou diversos modelos de contratos e cláusulas voltados à facilitação de negócios internacionais. Entre os modelos publicados, estão: contrato de agência comercial, contrato de consórcio, acordo de confidencialidade, contrato de distribuição, cláusula de força maior, contrato de franquia, contrato de fusões e aquisições, modelos específicos para startups, acordos de transferência de tecnologia, entre outros, que podem ser utilizados com conjunto ou

individualmente. É reforçada a necessidade de verificar o efeito da lei aplicável no equilíbrio contratual do modelo, visto que nenhum modelo contratual internacional é totalmente independente das leis aplicáveis.

Neste guia, o foco será a minuta ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, também elaborada nesse contexto.

3.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS

3.2.1. Origem e evolução histórica

A ICC disponibiliza basicamente dois modelos de minutas de contratos turnkey: (i) o ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant, publicado em 2003; e (ii) o ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, publicado originalmente em 2007 e revisado posteriormente em 2017 e 2020. O segundo modelo veio como uma variação do primeiro, que o tornou mais abrangente.

Tais minutas foram desenvolvidas com o apoio da Task Force on Turnkey Transactions, composta por membros de diversas jurisdições, tanto de common law quanto de civil law.

Especialmente em relação ao ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, diversas mudanças foram feitas, especialmente por comparação entre a versão original, de 2007, e a versão de 2017. Apenas a título de exemplo, é possível citar: (i) a mudança do valor do limite de responsabilidade total, anteriormente fixado em 30% do preço inicial do contrato, para o montante que vier a ser estabelecido pelas partes (cl. 51.3 e Special Conditions), e a retirada do limite de 7,5% do preço inicial do contrato para pleitos individuais; (ii) previsão expressa de que o Contractor não é responsável pela exatidão da informação ou projetos fornecidos pelo Employer (antiga cl. 19.2); e (iii) a retirada do procedimento acelerado para obtenção de prorrogação de prazo (antiga cl. 36.9).

3.2.2. Aplicabilidade

O ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant, do qual deriva o ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, é específico para contratos em regime turnkey para a entrega de plantas industriais e possui as seguintes características: (i) a principal obrigação do Supplier é fornecer equipamentos e assistir o Purchaser durante a montagem (erection) e a partida (startup); e (ii) o Supplier executa suas obrigações em instalações que estão sob o controle do Purchaser.⁵

5. Disponível em: https://2go.iccwbo.org/icc-model-contract-for-the-turnkey-supply-of-an-industrial-plant-config+book_version-Book/#description. Acesso em: 7 ago. 2025.

Já o ICC Model Turnkey Contract for Major Projects é uma minuta mais abrangente de turnkey, não sendo específica para um tipo de empreendimento específico, de maneira que é aplicável inclusive para plantas industriais que poderiam ser objeto do ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant.

Conforme indicado em seu próprio prefácio, esse modelo tem por objetivo garantir a conclusão e a entrega de projetos: (i) dentro do preço acordado e, assim, dentro do orçamento disponível; (ii) dentro do prazo estimado; (iii) que forneçam os resultados e desempenhos requeridos; e (iv) sem disputas sérias, para a satisfação de todos os stakeholders envolvidos. Há, portanto, uma orientação clara a uma alocação de riscos típica de um contrato de EPC, ainda que o modelo aceite, como será indicado a seguir em maior detalhe, uma disciplina mais flexível acerca das premissas (Assumptions) consideradas pelas partes para fins de celebração do contrato. Em razão dessa característica, a minuta se diferencia de outros standards (como, por exemplo, o Silver Book da FIDIC) em que os riscos estão, propositalmente, alocados à figura do contrato “epecista”.

3.2.3. Estrutura contratual

O ICC Model Turnkey Contract for Major Projects apresenta um prefácio e uma introdução em que são descritos o contexto de criação da minuta, bem como os objetivos pretendidos.

O contrato propriamente dito é composto pelos seguintes documentos:

(i) o “Contrato Principal”, que, como uma “folha de rosto”, basicamente descreve de maneira ampla o escopo dos trabalhos do Contractor e indica o preço total a ser pago pelo Employer;

(ii) as Special Conditions, em que, para melhor adequação da minuta ao projeto em concreto, as Partes definem condições que são opcionais ou especificidades que são propositalmente deixadas em aberto nas General Conditions (tais como lei aplicável, lista de Assumptions, lista de garantias, definição de determinados prazos, valor do limite de responsabilidade, entre outros); e

(iii) as General Conditions, que contêm a generalidade das condições aplicáveis ao contrato, as quais, segundo instruções da introdução da minuta, não deveriam, idealmente, ser objeto de alteração pelas partes.

Assim, o espaço cabível para a inclusão de termos e condições que desviem daquilo que está proposto pela minuta é, justamente, as Special Conditions, ainda que não seja recomendável, como medida de boa prática, a realização de ajustes que não representem alteração sensível na alocação de riscos originalmente prevista na minuta, especialmente diante do risco de serem estipuladas nas Special Conditions determinadas disposições que alterem termos e condições das General Conditions, mas que entrem em conflito com outros termos e condições deste último documento que não sofreram qualquer alteração.

3.2.4. Principais tópicos temáticos

As condições essenciais do ICC Model Turnkey Contract for Major Projects são bastante similares a contratos de EPC tipicamente utilizados no mercado, como:

(i) Pagamento conforme progresso. O preço do contrato é pago de acordo com o progresso dos trabalhos, sendo facultada às Partes a elaboração de um anexo com os marcos de pagamento aplicáveis. Ainda, é possível que as partes definam, nas Special Conditions, um bônus a ser pago no caso de antecipação na entrega dos serviços (cl. 37.6), mesmo que em parte (cl. 37.5).

(ii) Apresentação de “variações”. As General Conditions contêm condições e procedimentos detalhados a respeito da apresentação de Variations pelo Employer, sendo definido, inclusive, que a definição do preço deverá levar em consideração o custo e o lucro relativo a todas as Variations (exceto no caso de tais Variations decorrerem de fatos imputáveis ao Contractor) (cl. 35.2).

(iii) Causas de prorrogação de prazos. As causas que autorizam o Contractor a pleitear extensão do prazo de conclusão dos serviços estão definidas de forma clara nas General Conditions (cl. 36.3), não sendo, diferentemente de outras minutas que apresentem uma alocação de riscos ao contratado mais estrita, definido um prazo decadencial fixo para a apresentação do pleito por parte do Contractor.

(iv) Comissionamentos, testes e aceitação. As condições para aceitação dos serviços são descritas nas General Conditions, e o atendimento ao propósito esperado e o sucesso dos testes de performance estão entre tais condições (cl. 47.2). As condições relativas à realização dos testes de performance também são detalhadas (cl. 46.3 em diante), enquanto as atividades relativas ao comissionamento deverão ser especificadas pelas partes nas Special Conditions e/ou em eventual anexo específico (cl. 46.2).

(v) Penalidades. Na hipótese de atraso na conclusão dos serviços, o Contractor estará sujeito a uma penalidade semanal de, em regra, 0,5% do preço do contrato ou do marco contratual em que se verificou o atraso, sendo que: (i) o valor da penalidade pode ser alterado pelas partes por meio das Special Conditions; (ii) a penalidade é entendida como prefixação de perdas e danos em favor do Employer; e (iii) a penalidade máxima a que o Contractor estará sujeito é de 10% do preço do contrato (exceto no caso de dolo, fraude e culpa grave). Ademais, é interessante notar que a penalidade do Contractor deverá ser reduzida proporcionalmente caso o Employer tenha se apossado, usado ou ocupado alguma parte dos serviços entregues em atraso (cl. 37.1 em diante).

(vi) Força Maior. As General Conditions trazem uma definição de Force Majeure (ligeiramente diferente daquela trazida pelo Código Civil Brasileiro): uma lista de diferentes eventos que são presumidamente considerados Force Majeure (tal como guerras, terrorismo, pandemia, atos de autoridades públicas, incêndios etc.) e o dever de a parte afetada notificar a outra parte “sem demora” (mas sem a fixação de um prazo decadencial) (cl. 54.1 em diante). A despeito de a Force Majeure ter o efeito de liberar a parte afetada de suas obrigações pelo prazo em que estiver impossibilitada de cumpri-las (cl. 54.10), há vedação expressa a enriquecimento sem causa, de modo que a parte que tenha se beneficiado da Force Majeure deverá pagar à outra parte montante equivalente ao benefício obtido (cl. 54.9).

(vii) Suspensão e extinção contratual. Além do direito de o Employer suspender e extinguir imotivadamente o contrato (observadas determinadas condições), qualquer uma das partes poderá suspender ou extinguir o contrato na hipótese de a outra parte descumprir materialmente o contrato e não corrigir tal descumprimento nos prazos fixados nas General Conditions. As circunstâncias que são consideradas descumprimento material do contrato são listadas de maneira não exaustiva, e envolvem situações como: (i) recusa persistente do Employer em completar o Employer’s Requirement; (ii) frequente instrução de mudanças no escopo do contrato sem o reconhecimento da respectiva Variation; (iii) atrasos persistentes do Contractor na entrega dos projetos; (iv) falha substancial e contínua de executar os serviços de acordo com o cronograma; e (v) descumprimento das ordens do dispute board. Ainda, as General Conditions possuem condições que orientam a definição da eventual indenização devida ao Contractor no caso de a extinção ser causada pelo Employer, bem como os direitos do Employer para a hipótese de a extinção ser imputável ao Contractor (cl. 55.8 em diante).

(viii) Resolução de disputas. Eventuais disputas entre as partes são resolvidas inicialmente por meio de um combined dispute board regido pela

ICC Dispute Board Rules, antes de serem encaminhadas para arbitragem.

3.2.5. Alocação dos principais riscos

O ICC Model Turnkey Contract for Major Projects é uma minuta de EPC (na medida em que as obrigações do Contractor envolvem “design procure, supply, install, execute, comission, test and hand over, including the remedying of potential defects” [definição de turnkey]) que imputa ao Contractor uma obrigação de fit for purpose (cl. 13.2).

A despeito de ser uma minuta de EPC turnkey com condição de fit for the purpose e diversos elementos tradicionais desse tipo de contrato, o ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, visando ao sucesso do projeto, propõe uma abordagem colaborativa, com foco em administração contratual, e que busca resolver as questões entre as partes de maneira rápida e efetiva por meio de um combined dispute board.

Nesse sentido, a matriz de risco e responsabilidades do ICC Model Turnkey Contract for Major Projects não é integralmente alocada em desfavor do Contractor. Cada parte se mantém responsável pela informação disponibilizada à outra parte, sendo o Employer especificamente responsável pelas informações relacionadas às condições físicas do site (cl. 22.1). A esse respeito, a responsabilidade do Contractor está limitada à avaliação das informações disponibilizadas pelo Employer e àquelas que poderiam ser obtidas por meio de uma inspeção visual ao site (cl. 22.3). Contudo, como um EPC típico, o Contractor assume responsabilidade integral pelos trabalhos desde a data de início até o taking-over date, a partir da qual a responsabilidade é transferida para o Employer (cl. 50.1).

As incertezas relativas a informações são tratadas pelo ICC Model Turnkey Contract for Major Projects por meio do conceito de Assumptions: a partir da avaliação das informações disponibilizadas por uma das partes, a outra as analisa e define, por escrito, suas conclusões a respeito de tais informações, bem como eventuais premissas necessárias à execução dos serviços, mas que não foram disponibilizadas. O conceito de Assumptions para o ICC Model Turnkey Contract for Major Projects é tão importante que integra a própria definição de Turnkey, juntamente com o Employer’s Requirement. Portanto, não se trata de um modelo contratual que pressupõe, como parte do processo de procurement do projeto, ter o contratado epecista avaliado de maneira independente e se responsabilizar por todas as condições de implantação do empreendimento, não obstante as informações recebidas do Dono da Obra.

É por esse mecanismo que o Contractor pode vir a ter direito a uma Variation na hipótese de discrepância entre, por exemplo, a condição adotada como premissa e aquela efetivamente verificada.

Ainda, existem diversas disposições que colocam os deveres de cooperação e de atuar em boa-fé como obrigação contratual das partes. Apenas a título de exemplo, o ICC Model Turnkey Contract for Major Projects traz diversos exemplos concretos do que seria “good faith and fair dealing” no âmbito do contrato, o que inclui: (i) disponibilizar informações relevantes para a execução do contrato; (ii) alertar a respeito de potenciais consequências, inclusive financeiras, de eventuais planos de ações que sejam propostos; e (iii) evitar interferências desnecessárias nas atividades desenvolvidas pela outra parte. (cl. 3.2).

A própria ICC reconhece que esse modelo demanda maiores esforços e transparência do Employer. Contudo, ressalta que, em compensação, os preços dos projetos tendem a ser mais competitivos, diminuem-se os desentendimentos relativos às informações e forma-se um incentivo para que tanto as especificações técnicas quanto as propostas sejam claras, simples e sólidas.

Ainda, os seguintes aspectos recebem disciplina específica:

(i) Acesso ao site: a responsabilidade é alocada expressamente ao Employer (cl. 14.4). Inclusive, a data de início dos trabalhos apenas será considerada como tendo ocorrido se, entre outras condições, o Contractor tiver acesso às áreas do site necessárias para seus trabalhos [cl. 36.2.(a)]. Esse acesso deve ser franqueado ao Contractor conforme necessário, até o cumprimento das obrigações, a não ser que determinado de outra forma entre as partes em anexo contratual específico (cl. 47.4). Caso o Contractor venha a sofrer atrasos ou suportar custos em virtude de problemas relacionados ao acesso, o Contractor deverá notificar o Employer, e isso será considerado uma Variation (cl. 14.6);

(ii) Licenças: a não ser que convencionado diversamente pelas partes, cada parte é responsável por obter todas as suas próprias licenças necessárias, devendo a outra parte auxiliá-la (cl. 9). Fica ressalvado, contudo, que o Contractor é responsável por todas as licenças de importação (cl. 13.4);

(iii) Condições climáticas, físicas, riscos relativos à engenharia: o Contractor não é responsável por condições físicas não razoavelmente esperadas, dado que, se o Contractor considerar que incorreu em custo ou tempo adicional não esperado decorrente de condições físicas ou artificiais, ou obstruções não razoavelmente esperadas, conforme as Assumptions, poderá submeter propostas ao Employer, considerando as medidas necessárias e os

impactos de custo e cronograma, para superar essas situações. Caso essas propostas ocasionem redesenhos que exijam mudança significativa (i) aos métodos de construção escolhidos, (ii) ao projeto, (iii) aos recursos e/ou (iv) aos trabalhos temporários, o Employer deverá determinar, por meio de notificação ao Contractor, as implicações de preço e/ou tempo apropriadas decorrentes de mudanças ao Method Statement, ajustando o preço e a data de taking-over de acordo com os impactos (cl. 23.1 e 23.2). Ainda, vale destacar que o Employer arcará com a franquia do seguro de carga marinha ou construção/montagem all risk em caso de danos ou perda de trabalhos causados por: (i) condições de solo, subsolo e climáticas, inclusive poluição preexistente no site e condições climáticas incomuns; (ii) ações de empregados ou agentes do Employer; (iii) projetos, materiais ou especificações do Employer; e (iv) demais riscos alocados ao Employer. Todos os outros casos terão sua franquia arcada pelo Contractor (cl. 56.20);

(iv) Eventos excepcionados: o Contractor terá direito a uma extensão à data de taking-over ou pagamentos adicionais com fundamento em: (i) eventos expressamente indicados no contrato para essa finalidade, incluindo eventos de força maior (sendo certo que, em relação ao ressarcimento de custos, estes apenas serão acrescidos de margem de lucro na medida em que o evento que dê ensejo ao pleito seja “amplamente atribuível ao Employer”, sem que o contrato, entretanto, apresente elementos para que essa medida de imputação seja determinada; (ii) hipóteses contratuais de suspensão dos trabalhos pelo Contractor, ou impedimentos não atribuíveis ao Contractor, e inadimplementos contratuais do Employer; e (iii) ações ou omissões de terceiros não causadas pelo Contractor e que ele não poderia razoavelmente evitar (cl. 36.3);

(v) Vícios em informações e dados sobre o site: o Employer será responsável pela informação acerca do site e seus elementos físicos quando o Contractor tomar posse do site, devendo o Contractor se informar, de maneira objetiva, a respeito dos riscos que enfrentará, com base em tal informação (cl. 22);

(vi) Interferência de outros contratados: pedidos de cooperação do Employer que possam impactar a data de taking-over ou custos serão tratados como Variation (cl. 13.8). Caso um pedido de cooperação do Employer possa incluir uso de equipamento, trabalhos temporários ou arranjos de acesso que estão sob responsabilidade do Contractor, este pode recusar a cooperação e pedir pagamento referente a equipamento ou serviços que afetem a performance do Contractor (cl. 13.9). A não ser que estabelecido de outra forma pelas partes, na medida em que outros contratados do Employer ou os seus próprios empregados atrasarem os trabalhos, essas ações serão consideradas Variations (cl. 13.10);

(vii) Vícios de engenharia: o Employer será responsável pelos requisitos que estabelecer, por todos os projetos de engenharia, materiais ou equipamentos que especificar ou exigir, ou para os quais não haja alternativa prática, sendo o Contractor responsável pela sua proposta, bem como por todos os projetos de engenharia, bens, materiais, equipamentos e ferramentas que fornecer e utilizar (cl. 32.1). No limite, cada parte será responsável pela correção dos dados e informações fornecidos à outra parte (cl. 32.2), sendo certo, contudo, que a aprovação pelo Employer de documentos de engenharia elaborados pelo Contractor não lhe transferirá responsabilidade em relação a tais documentos (cl. 33.5). Sendo identificados erros de engenharia nos documentos do Contractor, a qualquer tempo, estes serão corrigidos às custas do Contractor (cl. 33.10), inclusive durante o período de garantia contra defeitos (cl. 49.1).

CAPÍTULO 4: JCT

4.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA

O Joint Contracts Tribunal (JCT) foi originado em 1931 pelo Royal Institute of British Architects (RIBA), e desde então tem proposto e atualizado diversas minutas-padrão e outros tipos de documentos – como estudos climáticos e guias a respeito do BIM – para o setor de construção. Nesse sentido, a missão do JCT é “desenvolver, publicar, fazer com que sejam publicados, revisar e disseminar – tanto em papel quanto em formato eletrônico –, conjuntos de minutas-padrão de contratos e de documentos de licitação e de notas relativa às práticas”.⁶ Apesar de sua fundação em 1931, apenas a partir de 1977 os modelos passaram a levar o nome do JCT.

Conduzido sob a forma de uma Limited Company desde 1998, a administração do JCT é composta por órgãos-membros, cada qual representando um importante setor da indústria no Reino Unido,⁷ e ainda conta com 5 “colleges”,⁸ que também auxiliam a produção de novas minutas. Essa colaboração institucional entre diferentes membros da indústria local, sejam privados ou públicos, permite a elaboração de minutas equilibradas, as quais são utilizadas na maioria das construções no Reino Unido,⁹ inclusive naquelas que envolvem o Poder Público.¹⁰

O minutário elaborado pelo JCT data de uma longa tradição, iniciada pelo menos desde o século XIX. Nesse período, já era possível identificar a publicação de uma minuta referencial para contratos de construção no Hudson’s Building and Engineering Contracts. Em 1903, a primeira minuta-padrão foi elaborada sob a sanção do Royal Institute of British Architects (RIBA), em conjunto com o Institute of Builders and the National Federation of Building Trades Employers of Great Britain and Northern Ireland. Uma versão revisada desse documento foi publicada em 1909.¹¹

6. Tradução de: “To develop, publish, procure the publication, revise and disseminate in both paper and electronic form suites of standard forms of contract and tender documentation and practice notes”. Disponível em: <https://corporate.jctltd.co.uk/about-us/our-mission/>. Acesso em: 8 ago. 2025.

7. A saber, os atuais membros do JCT são: (i) British Property Federation; (ii) Build UK Group Limited; (iii) Contractors Legal Grp Limited; (iv) Local Government Association; (v) Royal Institute of British Architects; (vi) Royal Institution of Chartered Surveyors; e (vii) Scottish Building Contract Committee Limited. Disponível em: <https://corporate.jctltd.co.uk/about-us/>. Acesso em: 8 ago. 2025.

8. A saber, os atuais Colleges do JCT são: (i) contratantes, clientes e autoridades locais do Reino Unido (British Property Federation, Local Government Association); (ii) consultores (Association for Project Management, Chartered Institution of Civil Engineering Surveyors, Royal Institute of British Architects, Royal Institution of Chartered Surveyors); (iii) contratadas (Contractors Legal Grp Limited); (iv) especialistas e subcontratados (Build UK); (v) Scottish Building Industry (Scottish Building Contract Committee Limited).

9. “The Joint Contracts Tribunal contracts remain the most widely used standard forms of building contract in the United Kingdom. About 80% of contracts are let using JCT forms with traditional forms predominating, closely followed by design and build. The forms now also provide the basis for many other standard contracts worldwide. The reasons for such wide use are based partly on their longevity, with a history stretching back over 80 years. This has the great advantage of allowing legal precedent to develop, ensuring that wording in the forms is “tried and tested” in the courts. It also has the operational advantage of familiarity for the professionals who are required to implement its provisions.” p. vii.

10. Disponível em: <https://www.jctltd.co.uk/docs/The-Public-Contracts-Regulations-2015.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2025.

11. Disponível em: <https://corporate.jctltd.co.uk/about-us/our-history/>. Acesso em: 8 ago. 2025.

4.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS

4.2.1. Origem e evolução histórica

Ao longo de seus vários anos de existência, o JCT publicou diversas minutas-padrão, sempre buscando se adaptar a mudanças na prática da indústria, novos métodos de fornecimento e mudanças legislativas. Todas as minutas do JCT foram substancialmente alteradas em 2005, a partir de então aproximando-se do formato atualmente vigente. Em 2011, elas sofreram uma nova rodada de alterações, em função do Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009.¹² Em 2024, uma parte do minutário JCT foi novamente atualizada, incluindo, por exemplo, as minutas de Design and Build, Intermediate Building e Minor Works.

Atualmente, o JCT conta com 12 famílias de minutas-padrão, a saber: (i) Standard Building Contract;¹³ (ii) Intermediate Building Contract; (iii) Minor Works Building Contract;¹⁴ (iv) Major Project Construction Contract; (v) Design Build Contract; (vi) Management Building Contract; (vii) Construction Management Contract; (viii) JCT-CE Contract; (ix) Measured Term Contract; (x) Prime Cost Building Contract; (xi) Repair & Maintenance Contract; (xii) Home Owner Contracts (revista em 2021).

Cada família é composta por diferentes minutas destinadas a situações específicas.

Apenas para fins de exemplo, observam-se as nove minutas que compõem a família do Standard Building Contract: (i) Standard Building Contract With Quantities (SBC/Q), notadamente uma das mais populares minutas-padrão do JCT – e que servirá de paradigma de análise nos tópicos seguintes –; (ii) Standard Building Contract Without Quantities (SBC/XQ); (iii) Standard Building Contract With Approximate Quantities (SBC/AQ); (iv) Standard Building Sub-Contract Agreement (SBSub/A); (v) Standard Building Sub-Contract Conditions (SBSub/C); (vi) Standard Building Sub-Contract With Sub-Contractor's Design Agreement (SBSub/D/A); (vii) Standard Building Sub-Contract With Sub-Contractor's Design Conditions (SBSub/D/C); (viii) Short Form of Sub-Contract (ShortSub); (ix) Sub-Subcontract (SubSub).

12. CHAPPELL, David. Understanding JCT standard building contracts. 10. ed. Nova York: Routledge, 2018. p. 3.

13. A primeira versão do Standard Building Contract foi publicada em 1980, com revisões em 1998, 2005, 2011 e 2016. Conforme informação recente, uma nova revisão é esperada para o dia 21 de agosto de 2024. Disponível em: <https://corporate.jctltd.co.uk/jct-announces-release-schedule-for-standard-building-contract-2024/>. Acesso em: 8 ago. 2025.

14. Em sua última revisão, em 2024, a minuta atualizada de Design and Build Contract incluiu: disposições opcionais como parte integrante do núcleo das minutas, incluindo obrigações das partes de trabalhar em conjunto, em boa-fé e com um espírito de confiança e respeito; previsão de atendimento à novas alterações legislativas do Reino Unido referentes ao Building Safety Act e ao Corporate Insolvency and Governance Act 2020; criação de novas hipóteses para solicitação de extensão de prazo pelo Contractor, como a ocorrência de pandemias, alterações legislativas e a descoberta de material contaminado no solo; a ausência de responsabilidade geral do Contractor de que o design elaborado será adequado à sua finalidade (fit for purpose); entre outras alterações.

Já a família do Major Project Construction Contract, destinado a projetos de construção de larga escala em que há uma maior alocação de riscos ao Contratado, é composta por quatro minutas: (i) Major Project Construction Contract (MP); (ii) Major Project Sub-Contract (MPSub); (iii) Short Form of Subcontract (ShortSub); e (iv) Sub-subcontract (SubSub).

Além das famílias de minutas-padrão, o JCT também disponibiliza outros tipos de minutas usualmente utilizadas em projetos de engenharia e construção, como acordos de serviços preliminares, framework agreements e contratos de garantias.

4.2.2. Aplicabilidade

Diferentemente de outros modelos contratuais conhecidos no Brasil, as minutas do JCT são indicadas para atender às necessidades da indústria de construção do Reino Unido,¹⁵ tanto no setor privado como no público, não tendo como pretensão original a utilização em contratos internacionais de construção de qualquer tipo de jurisdição.

Nesse sentido, por exemplo, ambas as minutas de Standard Building Contract With Quantities (SBC/Q) e Major Project Construction Contract (MP) definem como padrão que as leis inglesas sejam a “lei aplicável” ao Contrato. Ainda que a minuta indique a possibilidade de as partes alterarem o contrato e definirem outra lei como aplicável, ambas as minutas contêm diversas referências expressas a elementos do direito inglês, como o Arbitration Act 1996 (cl. 9.8 da SBC/Q), o Bribery Act 2010 (cl. 8.6 SBC/Q) e o Construction Industry Scheme under the Finance Act 2004 (Definição de “CIS” na MP), respectivamente.

De todo o modo, o JCT dispõe de um guia completo e público para auxiliar a escolha da minuta mais apropriada. A recomendação inicial é que o usuário, em primeiro lugar, identifique a estratégia de contratação mais adequada para o projeto, sendo as principais: (i) a tradicional, (ii) a de design and building e (iii) a de gerenciamento. Tais estratégias podem ser resumidas da seguinte maneira:

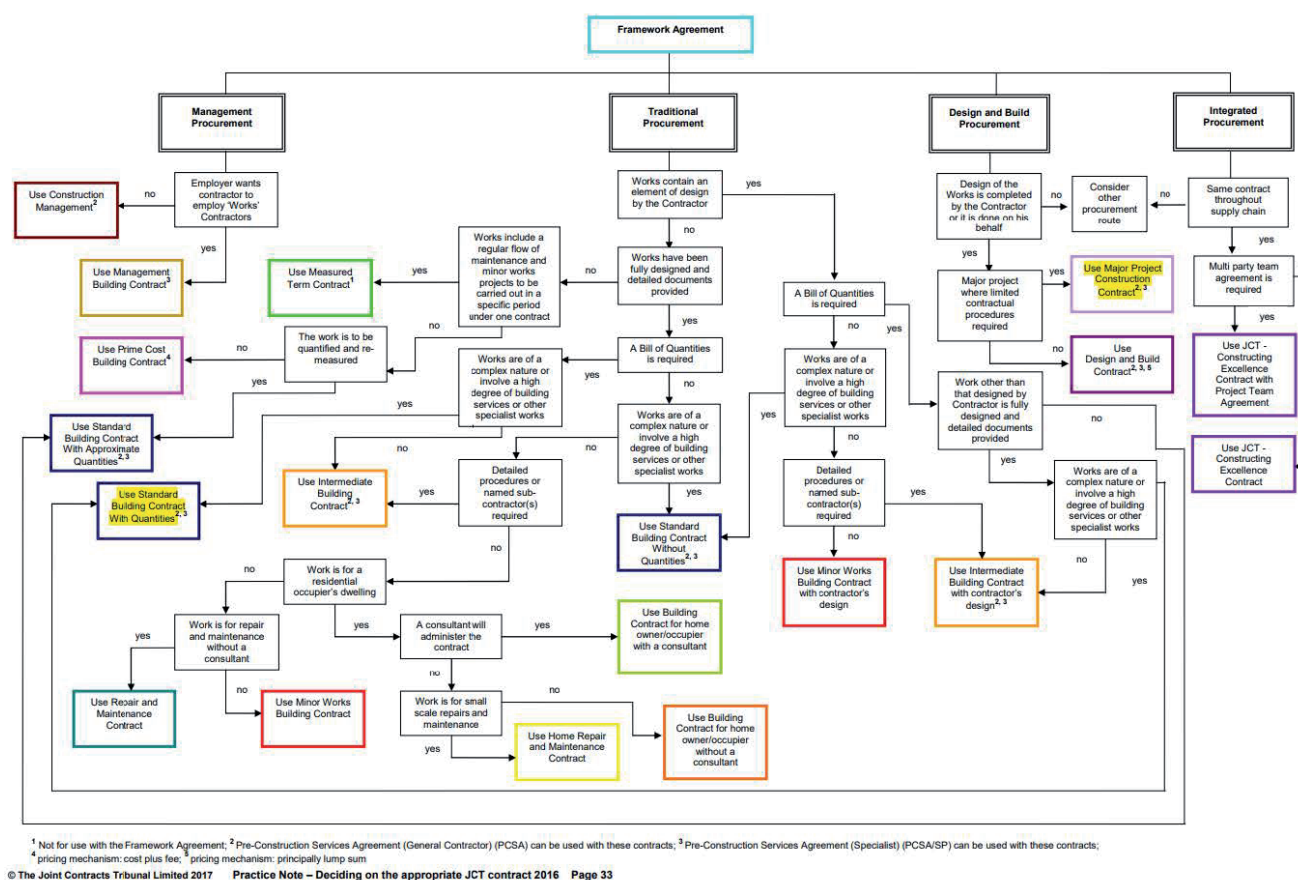
(i) A contratação tradicional é definida como aquela em que a fase de elaboração dos projetos e da construção são separadas, de modo que os projetos e documentos devem estar completos antes mesmo do início de processo de escolha da Contratada (usualmente denominada “Empreiteiro”);

15. “3. JCT provides a wide range of forms of contract to meet the various and diverse needs of the UK construction industry.” Disponível em: <https://www.jctltd.co.uk/docs/Deciding-on-the-appropriate-JCT-contract-2016.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2025.

(ii) A estratégia de design build pressupõe que caberá à Contratada a responsabilidade pela elaboração dos projetos, bem como pelos serviços de construção;

(iii) Por fim, a estratégia de gerenciamento é definida como aquela em que o Contratante é o responsável pela concepção geral do projeto, sendo a Contratada responsável pela divisão do projeto em pacotes e por gerenciar a execução dos contratos resultantes.

A partir da definição da estratégia geral, pode-se compreender com maior facilidade o fluxograma de decisão, também disponibilizado de maneira pública pelo JCT:



Fonte: Disponível em: <https://www.jctld.co.uk/docs/Guide-to-selecting-the-appropriate-JCT-main-contract-2016.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2025

A partir do fluxograma, por exemplo, verifica-se que a minuta de Major Project Construction Contract (MP) é considerada uma minuta de design and build procurement adequada para projetos em que a Contratada será responsável pelos projetos e que exigem procedimentos contratuais limitados (visto que se pressupõe que as partes possuem seus próprios procedimentos). A minuta Standard Building Contract With Quantities, por outro lado, é indicada como uma minuta de estratégia tradicional voltada para empreendimentos de

natureza complexa e que exigem uma lista de quantidades, em que a Contratada pode ou não ser responsável pela elaboração de parte dos projetos (desde que a parte que não seja de responsabilidade da Contratada tenha sido completamente desenvolvida e entregue à Contratada).

4.2.3. Estrutura contratual

A minuta de Standard Building Contract With Quantities é estruturada da seguinte maneira:

(i) Agreement, que reúne diversos tipos de condições específicas do contrato, tal como os considerandos específicos do projeto, o nome das partes, o valor do contrato, o valor das multas, as condições de seguro e garantia que se aplicarão, entre outras particularidades do contrato concretamente celebrado entre as partes;

(ii) Conditions, que contêm a maior parte das condições gerais aplicáveis ao contrato, tais como obrigações gerais da Contratada, condições aplicáveis para a posse do Contratante sobre os trabalhos, fornecimento dos documentos e informações relevantes sobre o projeto, erros, defeitos e divergências, propriedade intelectual, alteração do prazo de entrega, cláusula penal, responsabilidade sobre defeitos, subcontratação, retenção, pleitos, responsabilidade e indenidade por eventos danosos, garantias, condições dos seguros a serem contratados, cláusulas resolutivas, mecanismos de solução de disputas, entre outros; e

(iii) Schedules, que são como apêndices da minuta, especificando determinados procedimentos, direitos ou condições do contrato, códigos de conduta, ou definindo opções a serem escolhidas pelas partes.

4.2.4. Principais tópicos temáticos

Algumas das principais condições conceituais do Standard Building Contract With Quantities são as seguintes:

(i) Precificação, medição e faturamento: a despeito do nome, o Standard Building Contract With Quantities trata-se de uma minuta de preço global (lump sum) calculada a partir, inclusive, de uma planilha de quantidades fornecida pelo Contratante. A minuta possui regras a respeito de como precificar diferentes situações que não estejam perfeitamente contempladas em tal planilha, tal como serviços não previstos ou cuja quantificação foi apenas

estimada (cl. 5.6). De todo modo, o preço do contrato é pago por meio de pagamentos periódicos após a emissão de certificados de pagamento (cl. 4.8), com um marco de pagamento final (cl. 4.26), sendo opcional a definição de um adiantamento ao começo (cl. 4.7);

(ii) Variações (change orders): a minuta autoriza que o Arquiteto/Administrador do Contrato determine a execução de Variations (cl. 3.14), sendo garantido o direito de ajuste de preço e prazo da Contratada (cls. 4.3.1 e 2.29.1), além do direito da Contratada de apresentar determinadas objeções contra a Variation (cl. 3.14.2);

(iii) Pleitos (claims): a minuta define, em cláusulas distintas, os eventos que dão direito à Contratada a reivindicar uma extensão do prazo do contrato (chamados de Relevant Events) (cl. 2.29), e aqueles que resultam no direito de a Contratada ser indenizada por “danos e custos diretos” (tratados como Relevant Matters). Nota-se que, entre os Relevant Events, há eventos que não são imputáveis a quaisquer das partes (tal como ocorrência de força maior), enquanto na lista dos Relevant Matters os eventos são eminentemente causados pelo Contratante ou por pessoas sob sua responsabilidade (tal como o Arquiteto/Administrador do Contrato). De toda forma, tanto para a reivindicação de uma extensão do prazo como para o pagamento de indenização, a Contratada deverá observar o procedimento previsto na minuta, o qual, no entanto, não prevê um prazo fixo para a apresentação da reivindicação (4.21.1);

(iv) Testes e procedimentos de aceitação: o procedimento de aceitação se divide nas seguintes etapas: emissão do Certificado de Conclusão Prática (cl. 2.30), emitido após a conclusão prática (tratada como Practical Conclusion) das Obras estipuladas nas particularidades do contrato (os Contract Particulars) e que acionará o Período de Responsabilidade ou Retificação de Defeitos, que normalmente dura 6 (por padrão) ou 12 meses a partir da data da Practical Conclusion. É um mecanismo que permite à Contratada retornar ao local após o Practical Conclusion para corrigir quaisquer defeitos patentes (ou seja, detectáveis por inspeção razoável, em contraste com defeitos latentes) dentro de um prazo razoável. Observe que, após o término do Período de Retificação, o Administrador do Contrato prepara e emite uma lista de todos os defeitos pendentes (Tabela de Defeitos) como uma instrução ao Contratante no prazo máximo de 14 dias após o referido vencimento (cl. 2.38). A retificação de todos os defeitos será por conta da Contratada. Na sequência, o Certificado de Conclusão de Seção (cl. 2.30) é emitido após a Practical Conclusion de uma seção estipulada nas Particularidades do Contrato (contra cl. 2.38). Os princípios acima do Certificado de Conclusão Prática se aplicam. Por fim, o Certificado Final (cls. 1.9 e 4.26) é emitido no máximo 2 meses após o final do Período de Retificação e

após a liberação do Certificado de Reparação (Cláusula 2.39), indicando que todos os defeitos pendentes na Lista de Defeitos foram corrigidos. O Certificado Final indica o (i) Valor do Contrato ajustado e (ii) o somatório dos valores já devidos nos Certificados Provisórios (conferir mais sobre isso posteriormente) mais o pagamento antecipado pelo cliente. Em última análise, certifica que o contrato de construção foi totalmente concluído;

(v) Danos pré-liquidados e penalidades: na hipótese de atraso na conclusão dos serviços ou de parte deles, a Contratada deverá pagar à Contratante os liquidated damages (ou o Contratante poderá retê-los ou compensá-los) definidos pelas partes no Contract Particulars, desde que o Contratante observe o procedimento de notificações definido no contrato (cl. 2.32);

(vi) Caso fortuito ou força maior: a minuta não tem um conceito para “caso fortuito ou força maior”, tampouco estabelece procedimentos que devam ser observados pelas partes na hipótese de sua ocorrência. Contudo, o conceito de force majeure é utilizado para se referir a uma das hipóteses em que a Contratada possui direito a extensão de prazo (cls. 2.28 e 2.29), ainda que também sejam mencionados eventos como “condições climáticas adversas excepcionais”, que tradicionalmente seriam tratadas como um “caso fortuito ou evento de força maior” pelo regime jurídico brasileiro;

(vii) Suspensão: a Contratada tem o direito de suspender a execução do contrato no caso de atraso de pagamento pelo Contratante, desde que observado o procedimento de notificação prévia prevista na minuta (cl. 4.13.1), caso em que deverá ser reembolsado pelos custos e despesas razoáveis decorrentes do exercício de tal direito (cl. 4.13.2);

(viii) Extinção antecipada: são definidas hipóteses de extinção antecipada atribuíveis à Contratada (cl. 8.4) e ao Contratante (cl. 8.9), bem como eventos que autorizam ambas as partes a terminarem o contrato (cl. 8.11). A maioria das hipóteses elencadas pela minuta são bastante semelhantes àquelas tipicamente negociadas em contratos de engenharia e construção no Brasil e envolvem situações como suspensão imotivada da execução dos serviços pela Contratada, atrasos de pagamento pelo Contratante e eventos de força maior. Entre as hipóteses atribuíveis à Contratada, chama a atenção descrições relativamente genéricas, como “falha em proceder regular e diligentemente” com o escopo. Já entre as circunstâncias que autorizam a Contratada a extinguir o contrato por motivo imputável à Contratante, destaca-se a situação em que o Contratante “interfere ou obstrui a emissão de certificados devidos” (que são emitidos pelo Arquiteto/Administrador do Contrato). De toda forma, a minuta estabelece um procedimento de notificações que garante prazo para que a

parte responsável corrija o inadimplemento, ou para que o evento fora do controle das partes cesse, conforme o caso; e

(ix) Mecanismos de resolução de controvérsias: para a solução de disputas, as partes podem optar por incluir as disposições suplementares relativas à negociação por meio de executivos seniores. De toda forma, as disposições gerais da minuta de Standard Building Contract With Quantities mencionam que as partes devem considerar seriamente o pedido da outra parte para o uso de mediação; definem que as partes podem concordar em buscar resolver o conflito por meio de uma adjudicação; e possibilitam às partes que escolham resolver definitivamente o litígio por meio de arbitragem (conforme as regras do Construction Industry Model Arbitration Rules [CIMAR], o qual é complementar ao Arbitration Act 1996) ou por meio de disputa judicial perante as cortes inglesas.

4.2.5. Alocação dos principais riscos

A minuta de Standard Building Contract With Quantities é classificada com uma minuta de design build, o que não é descaracterizado pelo fato de o Contractor poder ser responsável pela elaboração de parte dos projetos e construção. Trata-se de questão disciplinada no suplemento referido como Contractor's Designed Portion Supplement to JCT 80, com disposições específicas ao tema e sem prejuízo aos termos e condições acerca da Contractor's Designed Portion, mantidos no instrumento principal Standard Building Contract.

No entanto, diferentemente da minuta de Major Project, nessa minuta, a distribuição de risco é menos concentrada na Contratada.¹⁶ O princípio econômico da alocação de riscos é que, quanto mais risco o Owner estiver disposto a assumir, menos riscos o Contractor terá de precificar em sua proposta, implicando um preço menor. Um exemplo desse fenômeno são as cláusulas de flutuação de preço dos materiais fornecidos. Se o Contractor não puder reajustar o preço com base nas flutuações de mercado, ele tenderá a antecipar a variação no preço da proposta. Naturalmente, esse não será sempre

16. "1.20 Compared with some other traditional forms, such as the JCT Major Project Construction Contract (MP), this form places more risk on the employer. One of the primary functions of any construction contract is to allocate risk between the parties. In many ways it is meaningless to describe any particular contract as being 'fair' or 'unfair' in that, as long as the allocation of risk reflects what the parties intended, they enter into it as a commercial decision and the price agreed would reflect that balance. The more risk the employer is prepared to accept, the lower the price is likely to be. A good example from SBC16 is the operation of the fluctuations clauses, which allow the contract sum to be adjusted to take account of changes in market prices. If this provision is not used then the contractor must anticipate the risk of price changes, and this may result in a relatively high tender. 1.21 A further example is that the responsibility for providing the contractor with all information reasonably necessary to construct the project lies with the employer, except for work forming part of the contractor's designed portion. Even here, the contractor is not responsible for checking the employer's requirements, and is entitled to proceed with its design on the assumption that all information provided is accurate. Any delay in providing information, or in commenting on information provided by the contractor, is the employer's risk. The contractor is also entitled to claim additional time upon the occurrence of various neutral events, such as exceptionally adverse weather, which is not the case in some other standard form contracts. It is therefore important that anyone advising an employer on the possible selection of SBC16 as the contract form to be used on a project understands how the balance of risk between the parties is affected." LUPTON, Sarah. Guide to JCT standard: Building Contract 2016. London: RIBA Publishing, 2017. p. 5.

o caso, a depender de diversos outros fatores de ordem jurídica, empresarial e econômica.¹⁷

Tomando-se outro exemplo, não é de responsabilidade da Contratada a verificação das informações disponibilizadas pelo Contratante, mas apenas informar o Contratante na hipótese de ser identificada uma discrepância (cl. 2.13.2). Nesse sentido, havendo erros nos requisitos do Contratante, a correção é tratada como um caso de Variation (cls. 2.14.2, 2.14.3), tal como se a alteração nos requisitos decorresse de simples ordem do Contratante, sendo a Contratada, portanto, ressarcido de acordo com critérios preestabelecidos na minuta (cl. 5.6). A responsabilidade da Contratada com relação aos projetos do empreendimento, assim, está concentrada naqueles cuja elaboração compõe seu escopo no âmbito do contrato (cl. 2.2). Já na ocorrência de eventos neutros, que não são causados por quaisquer das partes, como eventos de força maior, a Contratada pode requerer ajustes no cronograma (cls. 2.28 e 2.29), a despeito de não fazer jus à recomposição de custos nesses casos (cls. 4.20 e 4.22).

Outro elemento essencial da alocação de riscos na minuta de Standard Building Contract With Quantities é a figura do Arquiteto/Administrador do Contrato, que é contratado pelo Contratante e possui poderes para emitir instruções à Contratada (cl. 3.10), inclusive para requerer Variations (cl. 3.14), determinar a postergação do cronograma do Contrato (cl. 3.15) e fiscalizar a execução do Contrato (cl. 3.20). O Arquiteto/Administrador do Contrato desenvolve um papel que pode ser considerado contraditório sob o regime brasileiro, ao atuar como representante da Contratante em alguns casos, mas ter o dever de agir com independência em outras situações, como quando, por exemplo, deve emitir os certificados de pagamento.

Em todo o caso, é importante recordar que a minuta de Standard Building Contract With Quantities faz diversas referências a elementos do direito inglês e sugere, como padrão, que essa seja a lei de regência do contrato. Desse modo, a compreensão a respeito da distribuição de responsabilidade das partes nessa minuta depende da contextualização de seus dispositivos, tendo-se por referência o pano de fundo da legislação anglo-saxônica.

Ainda, os seguintes aspectos recebem disciplina específica:

(i) Propriedade intelectual: presume-se que quaisquer montantes a serem pagos em decorrência de utilização de propriedade intelectual alheia estão incluídos no preço, pelo que o Contractor deverá indenizar o Owner, sempre que quaisquer demandas de terceiros dessa natureza forem apresentadas em faces das partes (cl. 2.22);

17. Sobre o tema, vide MERROW, Edward W. Contract strategies for major projects: mastering the most difficult element of project management. New Jersey: John Wiley & Sons, 2023.

(ii) Subcontratação: a subcontratação de parte dos trabalhos, pelo Contractor, depende de autorização do Administrador do Contrato. Eventual autorização em nada reduz ou altera a responsabilidade do Contractor pela integralidade dos trabalhos (cl. 3.7);

(iii) Interferências do Owner: a minuta expressamente reconhece como fundamentos de um pleito do Contractor as interferências do Owner sobre a execução dos trabalhos referentes ao acesso ao site, utilização de quaisquer partes específicas do site, limitações do espaço ou tempo em que se dará a execução dos trabalhos, ou a determinação de alteração da ordem de execução dos trabalhos (cl. 5.1.2);

(iv) Extensões de prazo: o Contractor terá direito a extensões de prazo em consequência de uma série de acontecimentos, entre os quais estão incluídos: a apresentação de um pleito do Contractor (Variation), instruções do Administrador do Contrato, variações de quantitativos necessários para a execução dos trabalhos, condições climáticas excepcionalmente adversas, comoções civis, ameaças de terrorismo, greves, lock-outs ou força maior (cl. 2.29); e

(v) Responsabilidade por danos: o Contractor é responsável por quaisquer danos causados a pessoas ou coisas, ainda que o dano em questão seja um risco coberto pelas apólices de seguro previstas no Contrato, exceto se ele estiver na lista de Riscos Excepcionados (cls. 6.1 a 6.6).

CAPÍTULO 5: NEC

5.1. A ORGANIZAÇÃO PUBLICADORA

As raízes do New Engineering Contract (NEC) estão entrelaçadas com o legado do Instituto de Engenheiros Civis do Reino Unido (UK Institution of Civil Engineers [ICE]). Fundado em 1818, o ICE se destaca como a mais antiga associação profissional de engenheiros civis do mundo, contando com uma comunidade global de mais de 95.000 membros. Com a missão de promover a arte, a ciência e a prática da engenharia civil, o ICE tem sido um defensor constante da inovação e da excelência no campo da engenharia.

A organização abrange diversas regiões e grupos especializados, detendo autoridade de conceder o status de “engenheiro licenciado”, uma marca de qualificação e experiência excepcionais. Por meio de uma variedade de serviços – desenvolvimento profissional, treinamento, orientação de carreira e publicações –, o ICE capacita seus membros a permanecerem na vanguarda da engenharia civil e gestão de projetos. As “Práticas Recomendadas da Instituição de Engenheiros Civis”, entre outros periódicos de renome, servem como um testemunho do compromisso da organização com a disseminação do conhecimento.

Foi em 1986 que esse compromisso com o progresso e a excelência levou o ICE a criar um grupo, a cargo do engenheiro Martin Barnes, um renomado consultor em gestão de projetos, para elaborar um contrato a ser tido como revolucionário. O recém-formado painel de assuntos jurídicos do ICE buscava “um novo contrato radical que estimulasse, e não frustrasse, a aplicação de uma boa gestão de projetos”. Essa iniciativa culminaria no contrato NEC, com a pretensão de transformar a maneira como os projetos são gerenciados e entregues em todo o mundo.

5.2. OS STANDARDS CONTRATUAIS

5.2.1. Origem e evolução histórica

O NEC é um conjunto de standards contratuais relacionados ao desenvolvimento de projetos, produzido pelo ICE com o intuito de promover e definir em contrato princípios e práticas para gerenciamento de projetos em seus diversos escopos, incluindo construção, prestação de serviços e fornecimento de bens.

A primeira edição do NEC foi publicada em 1991 e rapidamente ganhou popularidade, devido à sua flexibilidade, à sua clareza e ao seu foco na gestão de projetos e riscos relacionados. O NEC se mostrou uma alternativa a modelos contratuais já consolidados na época (tais como os standards publicados pela FIDIC, JCT e ICC), considerados excessivamente densos e adversariais por uma parcela do mercado, na medida em que buscava um alicerce para projetos mais eficientes e inovadores por meio da colaboração e da construção conjunta de soluções pelas partes.

A família de contratos NEC passou por uma série de revisões e atualizações desde a sua criação, refletindo um compromisso com a melhoria contínua e a adaptação ao cenário em constante mudança da gestão de projetos.

(A) NEC1 (1993): lançando as bases

Publicada para uma versão de consulta em 1991, a primeira edição do contrato NEC introduziu um afastamento radical dos modelos de contrato tradicionais. Enfatizou a colaboração entre contratantes, flexibilidade e gestão proativa de riscos, promovendo uma abordagem mais cooperativa para a entrega de projetos. As principais características incluíam:

- (i) Linguagem clara e simples: promovendo a clareza e o entendimento entre todas as partes;
- (ii) Flexibilidade: acomodando uma variedade de tipos de projetos e estratégias de aquisição;
- (iii) Mecanismo de alerta antecipado: incentivando a identificação e gestão proativa de riscos; e
- (iv) Eventos de compensação: fornecendo um processo estruturado para lidar com mudanças e circunstâncias imprevistas.

(B) NEC2 (1995): refinamento e expansão

Lançado em 1995, o contrato NEC2 se baseou no sucesso de seu antecessor, incorporando refinamentos com base no feedback dos usuários e na experiência prática. A suíte foi expandida para incluir opções de contrato adicionais, atendendo a uma gama mais ampla de necessidades de projetos.

O alinhamento do ICE com as necessidades do setor foi ainda mais enfatizado pelo influente relatório de Michael Latham, de 1994, *Constructing the*

Team – The Latham Report. Latham defendia uma mudança fundamental das práticas contratuais adversárias e delineou princípios-chave para contratos modernos. O NEC foi reconhecido como atendendo a muitos desses princípios, e Latham até forneceu recomendações detalhadas para aprimorar ainda mais o contrato.

O ICE respondeu publicando a segunda edição do NEC ECC Engineering and Construction Contract, incorporando especificamente as recomendações de Latham. Essa edição solidificou a reputação do NEC como um contrato moderno e colaborativo, promovendo a gestão eficaz de projetos e a alocação de riscos. Juntamente ao NEC2, o ICE também introduziu o NEC Engineering and Construction Subcontract (ECS), 2ª Edição, garantindo a consistência em toda a cadeia de contratação.

(C) NEC3 (2005): uma grande revisão

O sucesso do NEC2 pavimentou o caminho para o desenvolvimento do NEC3, lançado em 2005. Essa nova edição representou refinamento e expansão significativos da estrutura NEC, incorporando lições aprendidas e respondendo às demandas em constante mudança da indústria da construção. O NEC3 introduziu uma reestruturação abrangente e uma série de novos recursos. As principais mudanças incluíam:

- (i) Cláusulas principais simplificadas: melhorando a clareza e a facilidade de uso;
- (ii) Maior ênfase na colaboração: reforçando a importância do trabalho em equipe e da responsabilidade compartilhada;
- (iii) Melhoria das ferramentas de gestão de riscos: facilitando a identificação e mitigação proativa de riscos; e
- (iv) Mecanismos aprimorados de resolução de disputas: promovendo a resolução precoce e amigável de desacordos.

(D) NEC4 (2017): o padrão atual

A versão mais recente, NEC4, representa o culminar de décadas de refinamento e inovação. Ela incorpora as lições aprendidas com as versões anteriores e aborda as tendências emergentes do setor. Os aprimoramentos incluem:

(i) Maior flexibilidade: fornecendo ainda mais opções para adaptar os contratos a requisitos específicos do projeto;

(ii) Clareza aprimorada: simplificando ainda mais a linguagem e a estrutura para melhorar a acessibilidade;

(iii) Foco mais forte na sustentabilidade: promovendo práticas ambientalmente responsáveis; e

(iv) Integração de tecnologias digitais: apoiando o uso de BIM (Building Information Modeling) e outras ferramentas digitais.

É importante notar que, ao longo de sua evolução, a família de contratos NEC manteve um compromisso com seus princípios fundamentais, quais sejam:

(i) Flexibilidade: acomodando uma gama diversificada de tipos de projetos e estratégias de aquisição;

(ii) Clareza e simplicidade: promovendo uma comunicação clara e concisa; e

(iii) Estímulo à boa gestão entre as partes: incentivando a identificação e mitigação proativa de riscos, garantindo o tratamento equitativo de todas as partes.

Atualmente, os contratos NEC têm reconhecimento global como meio de fomentar grandes benefícios para implantação de projetos, seja em termos de economia de tempo e recursos, seja de melhoria da qualidade do escopo executado, com mais de 2.000 contratos emitidos em mais de 40 países, tendo evoluído para atender a uma ampla gama de escopos contratuais.

A suíte de contratos NEC4 tem atualmente os seguintes standards contratuais: (i) Engineering and Construction Contract (ECC), voltado para a contratação de um epecista para a construção/implantação de um projeto; (ii) Engineering and Construction Short Contract (ESCS), minuta similar ao ECC, porém simplificada em diversos aspectos, buscando atender obras de menor complexidade e risco; (iii) Professional Services Contract (PSC), voltado para a contratação de serviços de consultoria, planejamento e projeto; (iv) Professional Service Short Contract (PSSC), similar ao PSC, porém simplificado, voltado para projetos de menor escala, em que técnicas sofisticadas de gestão não são necessárias; (v) Alliance Term Contract (ALC), o modelo de contrato de aliança da suíte NEC4; (vi) Engineering and Construction Subcontract (ECS), voltado para a contratação de subcontratados pelo epecista principal contratado no âmbito de um contrato ECC, oferecendo proteções back-to-back e soluções para

consistência nas cadeias de fornecimento e subempreitadas; (vii) Engineering and Construction Short Subcontract (ECSS), similar ao ECS, porém com utilização voltada para empreiteiros engajados no âmbito de um ECSC; (viii) Supply Contract (SC), contrato de fornecimento utilizado para compra e fornecimento de bens e equipamentos de alto valor, bem como serviços associados; (ix) Supply Short Contract (SSC), similar ao SC, porém simplificado, voltado para compras locais ou internacionais de bens envolvendo baixos riscos, tanto para o comprador como para o fornecedor; (x) Term Service Contract (TSC), voltado para a contratação da prestação de serviços temporários (p. ex., prestação de serviços de vigilância, manutenção de iluminação e sinalização por um certo período de tempo); (xi) Framework Contract (FC), utilizado para a contratação de fornecedores, empreiteiros e consultores/projetistas de modo faseado, por meio da emissão de ordens de serviço – os termos da ordem de serviço referentes a escopos construtivos geralmente são baseados no ECC ou ECSC (a depender da complexidade dos trabalhos de cada ordem), enquanto o regimento quanto aos trabalhos de consultoria e projeto são geralmente baseados nos termos do PSSC; (xii) Design Build and Operate Contract (DBOC), contrato cujo escopo é a contratação de uma única Contratada principal para projetar, construir/implantar e operar um ativo da Contratante por um período determinado de tempo; e (xiii) Dispute Resolution Service Contract (DRSC), voltado para a contratação de um adjudicador ou de um comitê para resolução de disputas.

5.2.2. Aplicabilidade

Buscando abordar melhor as características da suíte NEC4 e explorar as suas principais cláusulas, serão abordados mais detalhadamente: (i) o Engineering and Construction Contract (ECC); (ii) o Professional Service Contract (PSC); e (iii) o Alliance Contract (ALC).

O ECC é o modelo contratual do NEC4 voltado para a contratação de um epecista que atuará diretamente na construção/implantação de um projeto (“Contratada”) para a contratante, detentora do projeto (“Contratante”). Para esse tipo de contrato, são aplicáveis seis diferentes regimes de preço, de modo a possibilitar a utilização do ECC por partes com diferentes perfis de risco e necessidades de fluxo de caixa. Na suíte NEC4, diversas prerrogativas e obrigações anteriormente atribuídas à Contratante, ligadas principalmente à fiscalização e à análise de variações nos trabalhos, passaram a ser alocadas na minuta ECC a um profissional da Contratante nomeado por esta para tais funções (“Gerente do Projeto”).

Por sua vez, o PSC consiste em um modelo contratual voltado para a contratação de empresas para desenvolvimento de trabalhos de consultoria, planejamento e projeto (“Consultores”). Assim como observado na minuta ECC integrante da suíte NEC4, prerrogativas e obrigações antigamente atribuídas à Contratante¹⁸ passaram a ser alocadas a um profissional específico, a ser nomeado pela Contratante para tais funções (“Gerente dos Serviços”). Os regimes de preço previstos para o PSC são: (i) preço global com pagamento por marcos; (ii) reembolso de custos (cost plus); e (iii) reembolso de custos com preço-alvo, trazendo incentivos para uma gestão mais eficiente dos recursos pelo Consultor.

Por fim, o ALC é o modelo de contrato de aliança proposto pelo NEC 4, propondo que as partes trabalhem conjuntamente para a conclusão do objeto contratual, alinhando interesses comerciais e compartilhando os riscos e benefícios/otimizações decorrentes da execução dos trabalhos. Dessa forma, as partes no contrato ALC – o detentor do projeto (“Cliente”) e os empreiteiros envolvidos (“Parceiros”) – trabalham orientadas por um fim comum, qual seja, o desenvolvimento do projeto da forma mais eficiente possível. Trata-se de um contrato plurilateral – diferentemente da bilateralidade clássica dos contratos de construção, refletida nas minutas ECC e PSC –, de sorte que as partes são todas “Membros da Aliança” e tomam decisões cruciais de projeto conjuntamente, por meio de um comitê com ampla representação (“Comitê da Aliança”).

Na minuta ALC, a suíte de contratos NEC4 optou por prever uma única forma de remuneração baseada em três pilares: (i) o custo definido (Defined Cost); (ii) a remuneração dos Parceiros (fee); e (iii) a economia de custos (cost savings) e sobrecusto (overspending).

Ainda no que diz respeito à remuneração dos Parceiros, em datas definidas no anexo de desempenho do contrato ALC (performance table) (“Anexo de Desempenho”), o profissional escolhido como gerente da aliança (“Gerente da Aliança”) deverá avaliar se a aliança alcançou ou não os objetivos ali definidos (“Objetivos da Aliança”). Caso, na análise do Gerente da Aliança, uma parcela dos trabalhos tenha atingido um Objetivo da Aliança, o Cliente deverá pagar aos Parceiros o valor definido no Anexo de Desempenho para o atingimento do Objetivo da Aliança em questão; alternativamente, caso uma parcela dos trabalhos não atinja um Objetivo da Aliança, os Parceiros deverão pagar ao Cliente o valor definido no Anexo de Desempenho para o descumprimento de tal meta.

18. O Contrato PSC se refere à Contratante dos serviços como Client (Cliente). Considerando que os Contratos ECC e PSC têm caráter bilateral, diferentemente do Contrato ALC (de caráter plurilateral), optou-se, em benefício da clareza e objetiva, por denominar “Contratante” o tomador dos trabalhos e serviços em ambas as minutas ECC e PSC, reservando o uso do termo Cliente para o âmbito do Contrato ALC.

Em relação à economia de custos, nas datas definidas no Anexo de Performance, bem como na data em que o montante final devido de parte a parte é calculado, o Gerente da Aliança deverá avaliar a diferença entre: (i) o orçamento da obra definido nas Condições Específicas do Contrato (“Orçamento”); e (ii) o somatório dos: (a) valores pagos aos Parceiros da Aliança pelo trabalho executado (custos definidos e remuneração); e (b) os “Custos do Cliente”, definidos como o somatório dos: (I) custos incorridos pelo Cliente como Membro da Aliança com relação às atividades desempenhadas pelo Cliente, calculados utilizando as taxas e os preços definidos na tabela de custos do Cliente; (II) montantes pagos pelo Cliente para o reparo de defeitos por terceiros, conforme permitido no contrato; e (III) custos e cobranças identificados como pagáveis pelo Cliente na tabela de custos do Cliente, subtraídos de tais custos quaisquer montantes recuperados pelo Cliente diante de seguradoras.

Caso os Custos da Aliança sejam inferiores ao Orçamento (considerando a proporção dos Trabalhos da Aliança executados) na data de uma medição, será reportada a existência de uma economia de custos, devendo ser paga pelo Cliente aos Parceiros uma quantia definida no Anexo de Performance como bonificação por tal economia. Caso os Custos da Aliança sejam superiores ao Orçamento (considerando a proporção dos Trabalhos da Aliança executados), será reportada a existência de um sobrecusto, devendo ser paga pelos Parceiros ao Cliente uma quantia definida no Anexo de Performance em razão de tal sobrecusto.

5.2.3. Estrutura contratual

Buscando oferecer maior adaptabilidade dos contratos NEC4 em relação às especificidades de cada projeto, bem como fomentar sua utilização em diversos mercados e jurisdições, a suíte de contratos NEC4 apostou em uma estrutura com forte modularidade, permitindo a adequação do modelo contratual às especificidades de cada projeto. A composição dos contratos NEC4 pode ser resumida da seguinte forma:

(i) Cláusulas principais (core clauses), não mutáveis, que representam os princípios fundamentais e as melhores práticas do NEC para cada escopo contratual;

(ii) Opções de remuneração pelos trabalhos (p. ex., preço global com pagamento por marcos, preço global com pagamento por avanço físico, preço-alvo com pagamento por marcos, preço-alvo com pagamento por avanço físico, reembolso de custos (cost plus) e remuneração por meio de taxa de administração);

(iii) Opções de mecanismos de resolução de disputas (com opção de decisão preliminar por meio de adjudicador ou comitê de prevenção de disputas, ambos regulados com base no Contrato de Serviços de Resolução de Disputas do NEC4, e possível revisão jurisdicional em caso de discordância de uma das partes em relação à solução oriunda desses mecanismos);

(iv) Opções secundárias, cuja utilização não é obrigatória, mas podem ser consideradas pelas partes em razão de especificidades do projeto e dos padrões do respectivo mercado (p. ex., penalidades por atraso, bônus por conclusão antecipada dos trabalhos, conclusão faseada das obras, key performance indicators). Buscando assegurar a consistência contratual, os contratos NEC4 indicam quando a combinação de certas opções secundárias e de pagamento pode gerar inconsistências contratuais;

(v) Condições específicas, buscando abordar disposições do direito britânico, não aplicáveis ao mercado internacional de forma geral; e

(vi) Condições específicas do projeto, como definição detalhada do escopo dos trabalhos, composição dos custos, período para correção de defeitos, lei aplicável ao contrato, alterações em relação à estrutura de seguros padrão sugerida pelo NEC4, entre outras questões particulares definidas para cada projeto, as quais estão detalhadas no anexo de dados do contrato (contract data) (“Condições Específicas”).

5.2.4. Principais tópicos temáticos

Os contratos NEC4 têm uma abordagem colaborativa e são projetados para serem de fácil compreensão, oferecendo uma estrutura clara para gerenciamento de projetos, gestão de riscos e resolução de disputas relacionadas. Nesse contexto, os contratos NEC apostam em um conjunto de princípios fundamentais, os quais podem ser resumidos em:

(i) Confiança mútua e cooperação: as partes envolvidas em um projeto devem atuar conjuntamente, em um espírito de confiança mútua e cooperação;

(ii) Funções e responsabilidades claras: as obrigações e responsabilidades de cada parte com relação ao projeto devem ser definidas claramente em contrato, reduzindo o risco de interpretações divergentes quanto ao escopo de cada um dos agentes envolvidos;

(iii) Canais de comunicação efetivos: o contrato deve indicar claramente como, quando e por quais canais as partes devem se comunicar a respeito das matérias do contrato;

(iv) Aviso prévio/antecipado (early warning): o contrato deve incluir um mecanismo para que cada parte notifique prontamente a(s) outra(s) acerca de qualquer evento que possa impactar o preço/custo do projeto, seu cronograma de execução ou o desempenho dos trabalhos que já estejam em operação, conforme o caso;

(v) Eventos de compensação: o contrato deve incluir um processo claro para lidar com eventos que afetam o custo ou o tempo do projeto. Diferentemente dos contratos mais usuais, como o FIDIC, o NEC a princípio não trata referidos eventos como claims (pleitos), mas já estabelece processos claros de compensação de custos e extensão de prazos para situações determinadas. Caso não haja consenso e/ou acordo entre as partes, os mecanismos de resolução de disputas devem ser acionados.

Às partes contratantes que pretendem celebrar contratos NEC, é muito importante promover capacitação adequada aos profissionais que serão envolvidos no projeto, além de observar as melhores práticas do NEC, que preconizam:

(i) Prover de forma clara e transparente a descrição de papéis, responsabilidades e processos;

(ii) Promover a gestão efetiva de projetos e riscos;

(iii) Garantir um adequado e equilibrado modelo de compensação (pagamentos);

(iv) Permitir e incentivar uma melhor gestão do impacto de eventos reais (ou de ocorrência provável) no prazo e custo do projeto;

(v) Definir, claramente, prazos para as atividades do projeto;

(vi) Incutir um nível maior de certeza nos resultados do projeto;

(vii) Apoiar e incentivar o trabalho colaborativo; e

(viii) Ajudar a minimizar relações adversariais e, por conseguinte, as chances de ocorrência de disputas.

Por fim, os contratos NEC foram desenvolvidos em resposta às limitações dos contratos tradicionais de engenharia e construção e têm como objetivo incentivar a colaboração, a eficiência e a inovação na indústria de construção. Seguir as melhores práticas para usar contratos NEC pode ajudar a garantir que o projeto seja concluído com sucesso e dentro do prazo e orçamento previstos, promovendo a colaboração entre as partes envolvidas em um projeto.

(A) Condições Gerais (General)

As cláusulas de condições gerais dos contratos NEC4, além de regerem a interpretação do contrato, indicando os princípios que deverão ser considerados na interpretação do documento e o significado de certos termos recorrentes, também introduzem mecanismos importantes para a consecução dos objetivos do NEC de fomento à eficiência e à colaboração na indústria da construção, tais como: (a) mecânicas de aviso prévio ou antecipado, em que as partes devem identificar e colaborar prontamente para resolver questões que possam impactar os custos e os prazos de execução dos trabalhos; (b) procedimentos para requisição de informações adicionais pelas partes acerca de documentos nos quais tenha sido identificada ambiguidade ou inconsistência; e (c) disposições acerca da comunicação e resolução de eventos de força maior.

(B) Principais Obrigações da Contratada/do Consultor ou dos Membros da Aliança (Main Obligations)

Dadas as diferenças entre as estruturas dos contratos ECC, ALC e PSC, as obrigações definidas para cada uma das partes variam consideravelmente, conforme cada contrato NEC4.

No ECC, as principais obrigações da Contratada previstas nesta cláusula são: (i) executar os trabalhos de acordo com o escopo definido no contrato ECC (“Trabalhos”); (ii) realizar os trabalhos de projeto/design definidos como escopo da Contratada, submetê-los à aprovação da Contratante (conforme procedimento disposto no ECC), bem como observar tais projetos para implementação dos Trabalhos; (iii) obedecer ao procedimento definido no contrato ECC em caso de subcontratação de parcela dos Trabalhos, bem como assumir responsabilidade integral pelos Trabalhos executados pelas subcontratadas; (iv) indenizar a Contratante em caso de atraso no atingimento de um marco crítico – nesse caso, vale observar que o ECC expressamente indica que o reembolso dos custos incorridos pela Contratante para executar os trabalhos necessários para recuperar o atraso (diretamente ou por terceiros) é o único remédio da Contratante com relação a tal atraso (caso não se opte pela opção secundária, que prevê o pagamento de penalidades por atraso); e (v) observar as disposições do contrato ECC quanto à cooperação com terceiros, cessão de posição contratual e divulgação de informações relacionadas aos Trabalhos.

Quanto ao PSC, destacam-se entre as principais obrigações do Consultor: (i) executar os trabalhos de consultoria de acordo com o escopo definido no

contrato PSC (“Trabalhos de Consultoria”), com a habilidade e zelo esperados de profissionais prestando serviços similares – nesse caso, o contrato PSC define que a responsabilidade do Consultor por defeitos no seu escopo limita-se aos danos que decorram apenas da condução dos Trabalhos de Consultoria em desacordo com tal standard de habilidade e zelo; (ii) cooperar com os terceiros contratados pela Contratante, como obter e fornecer informações relacionadas aos serviços executados por tais terceiros, inclusive organizando e atendendo a reuniões, conforme necessário; (iii) obedecer ao procedimento definido no contrato PSC para subcontratação de parcela dos Trabalhos de Consultoria, assumindo responsabilidade integral pelos Trabalhos de Consultoria executados por subcontratadas; (iv) indenizar a Contratante em caso de atraso no atingimento de um marco crítico – nesse sentido, similarmente ao contrato ECC, a minuta do PSC expressamente limita tal indenização aos custos incorridos pela Contratante para executar os trabalhos necessários para recuperar o atraso (diretamente ou por terceiros); e (v) observar as disposições do contrato PSC quanto à cooperação com terceiros executando outros trabalhos no local da obra, cessão de posição contratual e divulgação de informações relacionadas aos Trabalhos de Consultoria.

O ALC não estabelece nesse tópico obrigações típicas de epecistas (general contractors), mas as obrigações a serem perseguidas pela aliança para a realização dos trabalhos necessários à implantação do projeto (os “Trabalhos da Aliança”). Nesse sentido, são estabelecidos: (i) a obrigação dos Membros da Aliança de executar os Trabalhos da Aliança de acordo com o escopo, os Objetivos da Aliança e o plano de implementação definidos no contrato ALC; (ii) a designação do Comitê da Aliança, responsável, entre outras atribuições, por definir a estratégia para atingimento dos Objetivos da Aliança e de cada um de seus membros, dividir o escopo dos trabalhos entre cada Membro da Aliança, resolver disputas entre membros da Aliança, alterar o escopo, a alocação, o Orçamento e a data de conclusão dos Trabalhos da Aliança e incluir novos Membros da Aliança; (iii) os deveres de colaboração entre os Membros da Aliança para: (a) consecução dos objetivos da Aliança e (b) desenvolvimento de sistemas e processos comuns para cooperação entre as partes; (iv) a definição do Gerente da Aliança e seus deveres, que incluem reportar e avaliar a performance dos Trabalhos da Aliança vis-à-vis seus Objetivos e comunicar o Comitê da Aliança caso entenda que a execução dos Trabalhos da Aliança não é compatível com os níveis de performance definidos pela Aliança; (v) a obrigação de realizar os trabalhos de projeto alocados a cada Membro da Aliança, submetê-los à aprovação pelo Comitê da Aliança e observar tais projetos para execução dos Trabalhos da Aliança, bem como proceder com a implementação dos Trabalhos da Aliança; (vi) a obrigação de cooperação com terceiros

executando outros trabalhos e regulamento da cessão de posição contratual no âmbito do ALC e da divulgação de informações relacionadas aos Trabalhos da Aliança.

(C) Cronograma (Time)

Os contratos ALC, ECC e PSC estabelecem a elaboração pela Contratada, pelo Consultor ou pelo Gerente da Aliança, conforme aplicável, de um programa detalhando a data de início dos trabalhos, a sequência construtiva a ser adotada pelas partes, as contingências de riscos e os momentos em que a Contratada, o Consultor ou os Membros da Aliança, conforme o caso, precisarão acessar informações detidas pelas outras partes ou terceiros. Tal plano é submetido à aprovação da Contratante (no caso dos contratos ECC e PSC) ou do Comitê da Aliança (no caso do contrato ALC) e deverá ser revisado periodicamente ou mediante solicitação da Contratante ou do Comitê da Aliança, conforme cada contrato.

Especificamente com relação aos contratos ECC e PSC, também é regulada nessa cláusula a possibilidade de aceleração dos Trabalhos/Trabalhos de Consultoria, a ser implementada mediante acordo com a Contratada ou com o Consultor, conforme o caso.

Por fim, com relação aos contratos ECC e ALC, cujo escopo inclui a realização de trabalhos de construção, a suíte de contratos NEC4 traz uma inovação em relação a estruturas contratuais tradicionais, no que se refere ao takeover (transferência da posse e risco de perda dos Trabalhos/Trabalhos da Aliança). Em tais contratos, é possível que a Contratante ou o Cliente, conforme o caso, utilize quaisquer partes já concluídas dos Trabalhos/Trabalhos da Aliança, antes de sua conclusão total, sendo, nesse caso, operado o takeover exclusivamente em relação a tal parcela dos Trabalhos/Trabalhos da Aliança que se pretende ser operada.

(D) Gestão de Qualidade (Quality Management)

Os contratos ECC, PSC e ALC preveem que a Contratada, o Consultor ou o Gerente da Aliança, respectivamente, deverão produzir um plano de gestão de qualidade compatível com os requisitos definidos no escopo do respectivo contrato. Tal plano de gestão de qualidade estará sujeito à avaliação e modificação pela Contratante, no caso dos contratos ECC e PSC, ou pelos membros do Comitê da Aliança, no caso do contrato ALC. Caso sejam

necessárias, conforme o escopo definido no contrato ou na lei aplicável que regula o respectivo contrato, essa cláusula também regula a realização de testagens periódicas dos Trabalhos ou Trabalhos da Aliança, no caso dos contratos ECC e ALC, respectivamente.

Nos contratos ECC, PSC e ALC, ainda, a Contratante, o Cliente e o Gerente da Aliança, até uma data definida, posterior à conclusão dos trabalhos (“Data de Identificação de Defeitos”), devem prontamente notificar a Contratada, o Consultor ou a Aliança (conforme o caso) quando for constatada a existência de defeitos nos Trabalhos, nos Trabalhos de Consultoria ou nos Trabalhos da Aliança.

No contrato PSC, o Consultor deverá corrigir o defeito assim que notificado pela Contratante ou assim que este tenha identificado o defeito, de modo a minimizar os efeitos de tal defeito à Contratante ou a terceiros, sob pena de ter deduzido de sua remuneração o valor definido pelo Gerente dos Serviços para correção dos defeitos. Nesse caso, a correção do defeito é excluída do escopo do Consultor.

No caso dos contratos ECC, a correção dos defeitos deverá ocorrer de acordo com o período de correção de defeitos pactuado previamente em contrato pelas partes. Em caso de defeitos identificados antes da conclusão dos Trabalhos, o prazo para correção passa a correr a partir da data de conclusão dos Trabalhos; em caso de defeitos identificados após tal data, o prazo de correção passa a correr da data em que tais defeitos sejam identificados.

Caso, na Data de Identificação de Defeitos, não haja defeitos nos Trabalhos, ou, do contrário, na data em que: (i) todos os defeitos notificados até a Data de Identificação de Defeitos tenham sido corrigidos; ou (ii) o último período para correção de defeitos nos Trabalhos tenha expirado, a Contratante deverá emitir um certificado de correção de defeitos (defects certificate) (“Certificado de Correção de Defeitos”).

Caso, na data de emissão do Certificado de Correção de Defeitos, ainda existam defeitos, a Contratada estará sujeita à dedução: (i) do valor definido pelo Gerente do Projeto para correção de tais defeitos por terceiros, caso a Contratada tenha tido acesso razoável ao site para correção dos defeitos até a emissão do Certificado de Correção de Defeitos; ou (ii) dos custos estimados pelo Gerente do Projeto para correção dos defeitos pela própria Contratada, caso não tenha tido acesso razoável ao site para a correção dos defeitos até a emissão do Certificado de Correção de Defeitos.

Tanto no contrato ECC como no contrato PSC, as partes também podem, por

comum acordo, modificar o escopo dos Trabalhos ou dos Trabalhos de Consultoria, conforme o caso, para que um determinado defeito não tenha de ser corrigido pela Contratada/Consultor, hipótese em que as partes deverão acordar a redução do preço, a antecipação da data de conclusão dos trabalhos e/ou as mudanças ao programa de implementação dos Trabalhos/Trabalhos de Consultoria.

Com relação aos contratos ALC, até a Data de Identificação de Defeitos, o Gerente da Aliança poderá instruir os Membros da Aliança a investigar a existência de defeitos nos Trabalhos da Aliança a serem corrigidos. Para defeitos identificados antes da conclusão dos Trabalhos da Aliança, o prazo de correção passa a correr a partir da data de conclusão dos Trabalhos da Aliança; no caso de defeitos identificados após tal data, o prazo de correção passa a correr da Data de Identificação dos Defeitos. Caso na Data de Identificação de Defeitos não haja defeitos identificados nos Trabalhos da Aliança, ou todos os defeitos notificados até tal data tenham sido corrigidos, o Gerente da Aliança deverá emitir o Certificado de Correção de Defeitos (Defects Certificate), que será submetido à aprovação pelo Comitê da Aliança. O Comitê da Aliança também poderá alterar o escopo dos Trabalhos da Aliança de modo que um defeito não tenha de ser corrigido. Caso o Comitê da Aliança assim decida, este deverá instruir o Gerente da Aliança quanto às mudanças no escopo dos Trabalhos da Aliança, no Anexo de Desempenho, no Orçamento e na data de conclusão pertinentes.

É importante ressaltar que, nos contratos NEC, os direitos da Contratante ou do Cliente, conforme o contrato, com relação a defeitos não notificados/identificados até a Data de Identificação de Defeitos não precluem. Para esses defeitos, os Contratos NEC4 não estabelecem um rito para notificação e reparo, mas a Contratante ou o Cliente ainda tem direito à reparação adequada por tais defeitos.

(E) Pagamento (Payment)

Nas minutas ECC e PSC, os montantes devidos são calculados em intervalos periódicos e informados pela Contratada ou pelo Consultor, conforme o caso, em solicitações de pagamento (payment applications) que, além do preço do trabalho realizado no período, deverão informar também os valores eventualmente devidos à data pela Contratante ou pelo Cliente, subtraindo as quantias compensáveis ou retidas pela Contratante. A solicitação é submetida à avaliação pelo Gerente do Projeto ou pelo Gerente dos Serviços, respectivamente, o que deverá ocorrer em até uma semana da data de submissão da solicitação de

pagamento pela Contratada ou pelo Consultor, conforme o caso. O Gerente, então, verificará os montantes que considera realmente devidos e realizará, em até três semanas, o devido pagamento. Caso a Contratada ou o Consultor, conforme o caso, não enviem uma solicitação de pagamento até a data definida no contrato para tanto, a Contratante certificará e pagará o valor que o Gerente do Projeto ou o Gerente dos Serviços, conforme aplicável, julgar devido em razão dos trabalhos realizados. Quaisquer montantes não medidos corretamente deverão ser corrigidos em certificados de pagamento posteriores, pelo Gerente do Projeto ou Gerente dos Serviços, conforme o caso.

Na minuta ALC, a avaliação periódica dos montantes devidos pelo Cliente é feita pelo Gerente da Aliança (em consulta com os Parceiros), o qual deverá submeter ao Cliente as devidas solicitações de pagamento, indicando quais são os valores devidos a cada um dos Parceiros da Aliança, considerando o preço devido pelos Trabalhos da Aliança já concluídos, outros montantes devidos pelo Cliente a cada Parceiro e os montantes compensáveis ou retidos pelo Cliente. Caso o Cliente discorde dos valores apontados na solicitação para pagamento enviada pelo Gerente da Aliança, deverá comunicá-lo em até uma semana. Adicionalmente, também são feitas medições, de acordo com as datas definidas no Anexo de Desempenho, quanto ao atingimento dos Objetivos da Aliança e para determinar se houve economia de custos ou sobrecusto em relação ao Orçamento, conforme já abordado anteriormente.

Além dos casos de atraso no pagamento, que também implicam a incidência de juros no contrato ALC, as minutas ECC e PSC também preveem a incidência de juros moratórios sobre: (i) parcelas do pagamento pagas posteriormente por terem sido medidas a menor pelo Gerente do Projeto ou Gerente dos Serviços anteriormente; (ii) pagamentos oriundos de um evento de compensação; (iii) pagamentos retardados em razão de demora desnecessária na realização de teste/inspeção pela Contratante; e (iv) pagamentos realizados após decisão do adjudicador ou do tribunal ou em decorrência de recomendação do Comitê de Prevenção de Disputas. Nesses casos, os juros incidem desde a data em que os valores deveriam ter sido pagos ou foram incorretamente pagos a menor até a data em que tais valores forem pagos/corrigidos pelo Gerente do Projeto, Gerente dos Serviços ou pelos mecanismos de resolução de disputas mencionados, conforme o caso.

(F) Seguros

No que se refere aos seguros, há, para todos os contratos NEC4, previsões gerais e específicas.

Nos contratos ECC e PSC, a Contratante é responsável por fornecer os seguros indicados nas Condições Específicas do contrato, enquanto a Contratada fornece os seguros mencionados na tabela de seguros prevista na Cláusula de Responsabilidades e Seguros do contrato (“Tabela de Seguros”). No entanto, as partes podem pactuar nas Condições Específicas que: (i) alguns seguros estabelecidos na Tabela de Seguros sejam fornecidos pela Contratante em vez de pela Contratada e/ou (ii) seguros adicionais aos previstos na Tabela de Seguro sejam fornecidos pela Contratada.

No que diz respeito às apólices de seguro de responsabilidade da Contratada/Consultor, a Contratada/Consultor deve submeter os respectivos certificados de contratação, antes da data de início dos Trabalhos/Serviços e de cada renovação de apólice, ao Gerente dos Trabalhos/Serviços, conforme o caso, o qual aprovará cada apólice de seguro caso o certificado esteja em conformidade com o previsto no contrato e a seguradora possua robustez financeira para cobrir as responsabilidades seguradas. É obrigatório que cada apólice inclua uma renúncia pelas seguradoras de seus direitos de sub-rogação em relação às partes, seus diretores, administradores e empregados, exceto em casos de fraude.

Caso um contrato PSC preveja nas Condições Específicas a manutenção de seguros após a Data de Identificação de Defeitos, a Contratada deverá, após tal data e em cada data de renovação das respectivas apólices, até que se encerre o prazo de vigência exigido contratualmente, submeter para a Contratante, para sua aprovação, certificados comprovando que tais apólices de seguro estão devidamente em vigor.

No que se refere aos seguros de responsabilidade da Contratante, o Gerente do Projeto/Serviços submeterá os certificados à Contratada/Consultor para aceitação antes da data de início, conforme instruído pela Contratada/Consultor. Cabe à Contratada aprovar cada apólice de seguro caso o certificado esteja em conformidade com o previsto no contrato e a seguradora possua robustez financeira para cobrir as responsabilidades seguradas.

Caso uma Parte não contrate tempestivamente uma apólice de seguro sob sua responsabilidade, a outra Parte tem o direito de providenciar a respectiva cobertura de seguro, devendo o custo resultante ser suportado pela Parte inadimplente.

No âmbito do Contrato ALC, os Membros da Aliança são responsáveis por fornecer seguros específicos. Cada membro da Aliança deve assegurar seus funcionários contra lesões ou morte decorrentes de suas atividades relacionadas ao contrato, com cobertura mínima estabelecida pela legislação

aplicável ou pelos valores indicados nas Condições Específicas para cada evento.

Os Parceiros fornecem seguros adicionais conforme especificado nas Condições Específicas. O Cliente, por sua vez, fornece os seguros indicados na Tabela de Seguros do Contrato ALC, com exceção daqueles que os Parceiros devem disponibilizar, além de eventuais seguros adicionais indicados nas Condições Específicas.

Quanto aos seguros providos pelo Cliente, este deve submeter os certificados para aceitação pelo Gerente da Aliança antes da data de início. O Gerente da Aliança aceitará cada apólice caso o certificado esteja em conformidade com o previsto no contrato e a seguradora possua robustez financeira para cobrir as responsabilidades seguradas.

Os Parceiros também devem submeter certificados assinados pela seguradora ou pelo corretor de seguros ao Gerente da Aliança antes da data de início, atestando a vigência dos seguros exigidos pelo contrato. O Gerente da Aliança aceitará cada apólice caso o respectivo certificado esteja em conformidade com o previsto no contrato e a seguradora possua robustez financeira para cobrir as responsabilidades seguradas.

Se um Parceiro não apresentar um certificado necessário, o Cliente pode segurar o evento ou responsabilidade correspondente, e os custos desse seguro deverão ser assumidos pelo Parceiro.

Todas as apólices de seguro a serem apresentadas pelo Cliente e pelos Parceiros devem incluir uma renúncia pelos seguradores de seus direitos de sub-rogação contra os Membros da Aliança e os diretores, administradores e empregados de cada segurado, exceto em casos de fraude.

(G) Rescisão contratual (Termination)

Os contratos ECC, PSC e ALC organizam as hipóteses de rescisão por meio de uma tabela, que contém indicação da parte que possui o direito de requerê-la, dos motivos pelos quais a rescisão pode ser requerida, do procedimento a ser observado após a rescisão e do montante devido por cada parte em decorrência do encerramento do contrato. A referida rescisão deverá ser notificada à outra Parte e ao respectivo Gerente de Projetos, Gerente de Serviços ou Gerente da Aliança, conforme o caso, o qual ficará responsável por checar se foi configurada uma das hipóteses contratuais que a autorizam e, caso positivo, emitir um termo de distrato (termination certificate). Especificamente no que diz respeito ao ALC, a rescisão somente poderá ser requerida pelo Comitê de Aliança, com

concordância de todos os seus membros – com exceção do representante da parte rescindida.

Em linha com o seu propósito de atuação conjunta e cooperação, a nona cláusula principal do contrato ALC também prevê um mecanismo de prevenção de controvérsias, segundo o qual uma eventual disputa deverá ser submetida ao Comitê de Aliança, o qual acionará um terceiro independente (independente expert) ou um senior representative para auxiliá-lo na tomada de uma decisão acerca da questão proposta, conforme procedimentos definidos em referida cláusula. Durante a disputa, todos os Membros da Aliança deverão executar o contrato regularmente.

(H) Resolução de Disputas (Resolving and Avoiding Disputes)

De modo geral, percebe-se que os contratos ALC, ECC e PSC, em suas cláusulas de resolução de disputas, favorecem a adoção de meios alternativos de resolução de disputas, bem como que ocorra a negociação entre representantes seniores das partes antes da submissão da disputa aos meios de resolução de disputas disponíveis. Além disso, percebe-se que as cláusulas de resolução de disputas possuem um grande detalhamento acerca das questões procedimentais aplicáveis a cada um dos métodos previstos para a resolução das disputas existentes entre as partes, como, por exemplo, tempo limite para que opiniões ou decisões sejam emitidas, divisão de custas entre as partes, entre outras previsões. No entanto, apesar de algumas similaridades, os modelos contratuais têm certas diferenças que merecem ser pontuadas.

Nos contratos ALC, é previsto que as disputas dos Membros da Aliança serão submetidas ao Comitê da Aliança, que poderá submeter a disputa a um expert independente ou aos Representantes Seniores das partes em disputa. Caso a disputa seja submetida a um expert independente, escolhido pelos membros do Comitê da Aliança, este deverá, conforme proceduralmente estipulado, emitir uma opinião que irá ajudar o Comitê da Aliança a resolver a disputa definitivamente. Optando-se por submeter a disputa aos Representantes Seniores das partes, ao final do procedimento previsto, estes irão submeter ao Comitê da Aliança uma lista com os itens controvertidos acordados e aqueles não acordados, os quais serão resolvidos finalmente pelo Comitê da Aliança, valendo destacar que a mediação poderá ser utilizada para assessorar na resolução das disputas.

Os contratos ECC dispõem de três opções de modelos de cláusulas de resolução de disputas:

(i) (W1): utilizada quando adjudication é o método de resolução de disputas aplicável e o United Kingdom Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 não se aplica. Nesse caso, a disputa deverá ser endereçada aos Representantes Seniores, conforme procedimento previsto, e somente poderá ser endereçada ao Adjudicator caso ela não tenha sido solucionada pelos Representantes Seniores. As partes deverão indicar o Adjudicator nos termos do NEC Dispute Resolution Service Contract, que irá decidir a disputa conforme procedimento detalhado na cláusula. A decisão do Adjudicator é vinculante para as partes até que seja revisada por um tribunal e será exigível como se fosse uma obrigação contratual. A parte insatisfeita com a decisão do Adjudicator deverá enviar, no prazo de até 4 semanas do conhecimento da decisão, uma notificação indicando que pretende discutir a questão perante um tribunal (o qual pode ser um tribunal arbitral), que poderá rever a decisão do Adjudicator. As partes não poderão endereçar a disputa a um tribunal antes que esta seja levada ao Adjudicator.

(ii) (W2): utilizada quando adjudication é o método de resolução de disputas e o United Kingdom Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 se aplica. Nesse modelo, somente caso as partes concordem, a disputa poderá ser endereçada aos Representantes Seniores. As disputas poderão ser levadas ao Adjudicator a qualquer momento, independentemente de terem sido endereçadas previamente aos Representantes Seniores. O Adjudicator será indicado pelas partes conforme previsto no NEC Dispute Resolution Service Contract, e este irá decidir a disputa conforme procedimento detalhado na cláusula. Assim como opção de cláusula W1, a decisão do Adjudicator é vinculante para as partes até que seja revisada por um tribunal e será exigível como se fosse uma obrigação contratual. A parte insatisfeita com a decisão do Adjudicator deverá enviar, no prazo de até 4 semanas do conhecimento da decisão, uma notificação indicando que pretende discutir a questão perante um tribunal (o qual pode ser um tribunal arbitral), que poderá rever a decisão do Adjudicator. As partes não poderão endereçar a disputa a um tribunal antes que esta seja levada ao Adjudicator.

(iii) (W3): utilizada quando o Comitê de Prevenção de Disputas é o método de resolução de disputas aplicável e o United Kingdom Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 não se aplica. Nesse caso, a figura do Comitê de Prevenção de Disputas pode ser equiparada a de um dispute resolution board permanente, cujos três membros deverão ser escolhidos pelas partes conforme previsto no NEC Dispute Resolution Service Contract. A parte insatisfeita com a recomendação do Comitê de Prevenção de Disputas deverá enviar, no prazo de até 4 semanas do conhecimento da recomendação, uma notificação indicando que pretende discutir a questão perante um tribunal (o

qual pode ser um tribunal arbitral), que poderá rever a recomendação do Comitê de Prevenção de Disputas. As partes não poderão endereçar a disputa a um tribunal antes que esta seja levada ao Comitê de Prevenção de Disputas.

Os contratos PSC possuem duas opções de modelos de cláusulas de resolução de disputas, denominadas W1 e W2, as quais são praticamente idênticas às cláusulas W1 e W2 dos contratos ECC, existindo mínimas diferenças procedimentais.

5.2.5. Alocação dos principais riscos

A suíte de contratos NEC4 também aloca as responsabilidades (liabilities) em relação às quais cada Parte assume o dever de indenizar as demais (“Responsabilidades”).

No âmbito dos Contratos ECC, a Contratante assume: (i) Responsabilidade por reclamações, processos judiciais e custos (“Reivindicações”) relacionados ao uso ou ocupação do local dos Trabalhos, resultantes da execução dos Trabalhos, ou negligência, descumprimento de dever padrão de conduta ou interferência em qualquer direito legal pela Contratante ou qualquer pessoa a seu serviço, exceto a Contratada; (ii) Responsabilidade por falhas no projeto fornecido por ela ou por instruções do Gerente do Projeto; (iii) perdas e danos às plantas e aos materiais fornecidos pela Contratante até sua aceitação pela Contratada; (iv) Responsabilidade por perdas e danos aos Trabalhos sob seu controle, exceto se a perda ou o dano ocorrer antes da emissão do Certificado de Defeitos e não decorrer de defeitos existentes na transferência da posse dos Trabalhos, de eventos anteriores à transferência ou de atividades da Contratada após a transferência da posse dos Trabalhos; (v) Responsabilidade por perdas e danos às obras, equipamentos, plantas e materiais retidos no local dos Trabalhos após a rescisão contratual, exceto se tais perdas ou danos resultarem de atividades da Contratada pós-rescisão; e (vi) Responsabilidade por obrigações especificadas nas Condições Específicas.

A Contratada, por sua vez, assume: (i) Responsabilidade pelas Reivindicações resultantes da execução dos Trabalhos; (ii) Responsabilidade por perdas e danos aos Trabalhos, ao projeto, aos materiais ou outra propriedade da Contratante em decorrência da execução dos Trabalhos pela Contratada; e (iii) Responsabilidade por lesão corporal ou morte dos empregados da Contratada.

O Contrato ECC não prevê uma limitação da Responsabilidade global da Contratada como uma core clause, mas, em linha com a proposta de modularidade do NEC, há a possibilidade de inclusão de disposições nesse

sentido por meio de uma cláusula secundária (option X18).

No âmbito dos Contratos PSC, a Contratante assume: (i) Responsabilidade por Reivindicações resultantes dos Trabalhos de Consultoria ou decorrentes de negligência, violação de dever legal ou interferência em qualquer direito legal por parte da Contratante ou de qualquer pessoa a seu serviço, exceto o Consultor; (ii) Responsabilidade por falhas da Contratante ou de qualquer pessoa a seu serviço, exceto o Consultor; e (iii) Responsabilidades decorrentes do estabelecido nas Condições Específicas do Contrato.

Por outro lado, o Consultor irá assumir: (i) Responsabilidade por Reivindicações relacionados aos Trabalhos de Consultoria; (ii) Responsabilidade pelos custos incorridos pela Contratante decorrentes de uma falha do Consultor em utilizar a habilidade e o cuidado normalmente empregados por profissionais que prestam serviços semelhantes; e (iii) Responsabilidade por morte ou lesões corporais aos seus empregados.

A Responsabilidade global do Consultor é limitada ao montante estabelecido nas Condições Específicas do Contrato, exceto com relação a: (i) pagamentos relacionados a danos por atraso; (ii) infrações a direitos de terceiros; (iii) perdas e danos a propriedade de terceiro; (iv) lesões ou morte de terceiro; e (vi) eventuais pagamentos devidos pelo Consultor em mecanismos de incentivo à redução de custos eventualmente previstos no Contrato PSC.

É importante acrescentar que os Contratos ECC e PSC, contratos bilaterais, também preveem que: (i) os custos suportados pela Parte indenizável em razão de eventos pelos quais a outra Parte é responsável devem ser pagos por esta última; e (ii) o direito da Parte indenizável de recuperar esses custos é reduzido na medida em que a Parte indenizável tenha concorrido para tais custos, considerando suas responsabilidades contratuais.

No contrato ALC, as Responsabilidades assumidas pelo Cliente podem ser resumidas da seguinte maneira: (i) Responsabilidade por Reivindicações provenientes de sua participação na execução dos Trabalhos da Aliança, desde que resultem de atos intencionais ou omissões no cumprimento das suas obrigações contratuais; (ii) Responsabilidade pelas perdas e danos às parcelas dos trabalhos sob seu controle, exceto se ocorridos com relação a eventos anteriores à transferência da posse ou a atividades executadas pela Aliança após a transferência; (iii) Responsabilidade por perdas e danos à propriedade do Cliente, excluindo os Trabalhos da Aliança, a menos que tais perdas e danos estejam relacionados à execução dos Trabalhos da Aliança pelos Parceiros; e (iv) Responsabilidade por obrigações especificadas nas Condições Específicas do Contrato.

Já os Parceiros assumirão as seguintes responsabilidades: (i) Responsabilidade por Reivindicações relacionadas à sua participação na execução dos Trabalhos da Aliança, provenientes de atos intencionais ou omissões no cumprimento das suas obrigações contratuais; (ii) Responsabilidade por violação de direitos de propriedade intelectual; (iii) Responsabilidade por morte ou lesões corporais aos seus empregados; (iv) Responsabilidade por obrigações especificadas nas Condições Específicas do Contrato.

Além disso, a cláusula de Responsabilidades dos Contratos ALC também prevê: (i) que todas as Responsabilidades não atribuídas explicitamente ao Cliente ou aos Parceiros devem ser consideradas Custos da Aliança, a menos que sejam recuperados por meio de uma seguradora; e (ii) a redução da assunção dos custos assumidos pela Parte indenizadora em razão de um evento, caso haja culpa concorrente da Parte indenizável, em linha com o mecanismo previsto nos Contratos ECC e PSC.

No que diz respeito a eventos alheios à Responsabilidade da Contratada/do Consultor e/ou dos Parceiros, os contratos ECC, PSC e ALC estabelecem, cada qual, um rol específico de “Eventos de Compensação”, isto é, eventos que autorizam a alteração do preço do contrato e/ou de datas de marcos críticos ou da data de conclusão do respectivo escopo. Nos termos do NEC4, Eventos de Compensação incluem tanto riscos contratuais alocados à Contratante/ao Cliente e o descumprimento por essa de obrigações contratuais como ordens de variação no escopo contratado, incluindo eventual ampliação ou redução.

Nos contratos ECC e PSC, a alegação da existência de um Evento de Compensação pode ser levantada pelo Gerente do Projeto ou Gerente dos Serviços, ou, caso isso não ocorra, pela Contratada ou Consultor, conforme aplicável.

Após tal alegação, inicia-se uma discussão entre as partes quanto à: (i) efetiva existência e à natureza do alegado Evento de Compensação; (ii) aptidão de tal Evento de Compensação para implicar, em alguma medida, alteração do preço contratual, das datas dos marcos críticos e/ou da data de conclusão dos Trabalhos ou Trabalhos de Consultoria, conforme o caso.

Após tais discussões, configurada a existência de um Evento de Compensação e definida sua natureza, a Contratada ou o Consultor, conforme o caso, deve apresentar uma cotação, contendo a alteração das datas dos marcos

¹⁹ Os Contratos ECC e PSC estabelecem um regulamento detalhado acerca de tais discussões, com o estabelecimento de prazos preclusivos para informação, manifestação e resposta por cada Parte.

críticos, do preço contratual, da data de conclusão do projeto e do programa/cronograma para implementação das obras acordadas entre as Partes. Tais medidas são os únicos remédios das partes com relação a um Evento de Compensação.

Nesse sentido, para fins de elaboração das cotações, os Contratos ECC e PSC preveem expressamente alguns critérios a serem observados entre as partes para o alcance de uma cotação justa que leve em conta também a gestão contratual desenvolvida por cada Parte, incluindo: a existência e o momento em que ocorreu um early warning pela Contratada/Consultor acerca da causa do Evento de Compensação; a consideração de que a alteração do preço e dos cronogramas contratuais em razão de um Evento de Compensação devem incluir contingências (considerando o aumento do custo e do prazo das obras) de riscos que tenham uma chance considerável de ocorrer; e a premissa de que em caso de um Evento de Compensação, a Contratada/Consultor reagirá prontamente, de modo que seus impactos de custo e prazo sejam razoáveis.

Recebida a cotação da Contratada, o Gerente do Projeto ou o Gerente dos Serviços pode solicitar cotações alternativas, contemplando maneiras de contornar o Evento de Compensação alternativas à solução que balizou a cotação enviada pela Contratada.

Subsidiariamente, caso a Contratada/Consultor tenha descumprido suas obrigações de enviar tempestivamente e de maneira completa cotações para Eventos de Compensação ou caso a Contratante não concorde com a cotação recebida da Contratada/Consultor, o Gerente de Projeto/Gerente de Serviços poderá fazer sua própria cotação (assessment) do Evento de Compensação.

Um Evento de Compensação será considerado implementado no Contrato: (i) quando o Gerente do Projeto ou Gerente dos Serviços, conforme o caso, notificar a Contratada/Consultor: (a) aceitando uma cotação enviada por esta; ou (b) informando a cotação feita pelo Gerente de Projeto/Serviços; ou (ii) quando uma cotação da Contratada/Consultor for considerada como aceita tacitamente pela Contratante, nos termos do Contrato, ou assim seja determinado pelos mecanismos contratuais de resolução de disputas.

No contrato ALC, o Gerente da Aliança é o encarregado de notificar a Aliança acerca de um fato que configure um Evento de Compensação nos termos do contrato ALC.

Caso um Membro da Aliança entenda que o Gerente da Aliança falhou em notificar a Aliança acerca de um Evento de Compensação, este também poderá fazê-lo. Nesse caso, o Gerente da Aliança deverá responder a notificação enviada

pelo Membro da Aliança em até uma semana.

Caso o Gerente da Aliança entenda que o Evento de Compensação: (i) decorre de culpa da Aliança; (ii) não ocorreu e não é esperado que ocorra; (iii) não tem impacto no orçamento; ou (iv) não constitui um evento de compensação nos termos do contrato, este deverá informar a Aliança que o orçamento, o Anexo de Desempenho e a data de conclusão dos Trabalhos da Aliança não serão alterados. Do contrário, o Gerente da Aliança deverá notificar a Aliança do Evento de Compensação e preparar uma cotação.

As cotações preparadas pelo Gerente da Aliança deverão conter as mudanças propostas ao orçamento, ao Anexo de Desempenho e qualquer alteração à data de conclusão dos Trabalhos da Aliança e, caso necessário, ao programa/cronograma dos Trabalhos da Aliança. Tais medidas são os únicos remédios das partes com relação a um Evento de Compensação.

Em linha com os Contratos ECC e PSC, o Contrato ALC também prevê que o Gerente da Aliança, para elaboração da cotação, deverá levar em conta certos critérios de boa gestão contratual, como a consideração de que a alteração do preço e dos cronogramas contratuais em razão de um Evento de Compensação devem incluir contingências (considerando o aumento do custo e do prazo das obras) de riscos que tenham uma chance considerável de ocorrer; e a premissa de que, em caso de um Evento de Compensação, a Aliança reagirá competente e prontamente, de modo que seus impactos de custo e prazo sejam razoáveis.



INSTITUTO BRASILEIRO DE
DIREITO DA CONSTRUÇÃO



SITE

IBDIC.ORG.BR



INSTAGRAM.COM

/IBDIC_INSTITUTO



E-MAIL

SECRETARIA@IBDIC.ORG.BR



LINKEDIN.COM

/COMPANY/IBDIC