

DOI: 10.33242/rbdc.2020.04.006

NOTAS SOBRE AS CONDIÇÕES PARTICULARES NOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO FIDIC¹

NOTES ABOUT THE PARTICULAR CONDITIONS IN FIDIC CONSTRUCTION CONTRACTS

Giovanni Ettore Nanni

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação *stricto sensu* na PUC-SP. Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr. Advogado em São Paulo.

Resumo: O presente artigo discorre a respeito da elaboração de condições particulares em contratos internacionais de construção FIDIC. Analisam-se a estrutura dos contratos de construção FIDIC, a função da inclusão de condições particulares, assim como são apontadas questões práticas e problemas que se devem evitar na sua preparação.

Palavras-chave: Direito civil. Contratos de construção. FIDIC. Interpretação contratual. Direito internacional privado.

Abstract: This article aims to discuss the drafting of particular conditions in FIDIC international construction contracts. It analyses the structure of the FIDIC contracts and the function of including particular conditions, as well as points out practical questions and problems to avoid during the drafting process.

Keywords: Civil law. Construction contracts. FIDIC. Interpretation of contract. Private international law.

Sumário: **1** Noções introdutórias – **2** As condições gerais e as condições particulares – **3** A inclusão de condições particulares – **4** *Golden Principles* publicados pela FIDIC em 2019 – **5** A relevância da alocação de riscos – **6** Notas práticas quanto à elaboração de condições particulares – **7** O que evitar – **8** Considerações finais

1 Noções introdutórias

O propósito do presente texto é abordar a elaboração de *condições particulares* em contratos de construção FIDIC, trazendo pontos de atenção extraídos da

¹ Texto relativo à palestra proferida no evento *ICC-FIDIC Conference*, em 11.2.2020, São Paulo/SP, no painel *The use of FIDIC contracts by State Entities: practical considerations* com inclusão de notas.

experiência. Não se pretende empreender análise teórica da matéria, nem discurrir sobre os diversos modelos contratuais FIDIC, mas indicar superficialmente alguns aspectos que a vivência prática apresenta como problemáticos.

A despeito de não se deter expertise na redação de contratos a partir de modelos FIDIC, a experiência, na qualidade de árbitro e de advogado, em várias disputas envolvendo pactos de construção propicia olhar externo a respeito do tema, trazido nestas breves considerações.

A premissa em questão é a complexidade inerente a tais contratos. Todo contrato de construção de um grande projeto é complexo por natureza. Mesmo um observador neutro fica impressionado pela enorme quantidade de informações necessárias para construir uma obra. Tal complexidade é verificada tanto no plano técnico como no jurídico.²

Para situar o âmbito da análise, os contratos FIDIC trazem modelos de largo uso em pactos de construção de grande vulto, fruto de consolidada experiência prática internacional.

São modelos testados e aperfeiçoados ao longo do tempo, cujo êxito reside, entre outros elementos, na consistência de sua estrutura e na preservação de seu espírito, que busca harmonizar as diferentes ordens jurídicas, adotando, ao mesmo tempo, arquétipo contratual único.

FIDIC é o acrônimo de *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*, ou, depois, *International Federation of Consulting Engineers*. Cuida-se de organização não governamental, constituída em 22.7.1913, sediada em Genebra, Suíça, que se tornou ao longo do tempo conceituada instituição internacional, referência na matéria de engenheiros consultores e de construção em geral.

Referida instituição global é representante de associações nacionais de engenheiros consultores, com mais de um milhão de engenheiros profissionais e quarenta mil empresas em mais de cem países ao redor do globo. A FIDIC, no cumprimento de seus objetivos, publica formulários padrão internacionais de contratos para obras e para clientes, consultores, subconsultores, *joint ventures* e representantes, juntamente com materiais relacionados, como formulários de pré-qualificação padrão.³ Seus objetivos estratégicos são: representar em todo o mundo a maioria das empresas que fornecem serviços intelectuais baseados em tecnologia para a construção e meio ambiente natural; auxiliar os membros em questões relacionadas à prática comercial; definir e promover ativamente a conformidade com um código de ética; realçar a imagem de engenheiros consultores

² SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*. Bruxelles: Bruylant, 2019. p. 40.

³ Disponível em: <https://fidic.org/about-us>. Acesso em: 5 set. 2020.

como líderes e criadores de riqueza na sociedade; promover o compromisso com a sustentabilidade ambiental; apoiar e promover jovens profissionais como futuros líderes.⁴

Entre as suas diversas atividades, decerto a elaboração de modelos de contratos de construção consubstancia indubitável contribuição para os pactos celebrados em edificações de grande porte, despertando atenção não só para técnicos da área, mas também para incontáveis outros profissionais, de diversas especialidades, envolvidos em projetos de tal escala, incluindo aqueles de formação jurídica.

É sabido que há inúmeros advogados com domínio na temática, devotados ao estudo dos modelos contratuais FIDIC, sua implementação prática e respectivo preparo em cada caso concreto, sua execução e eventual atuação na resolução de controvérsias surgidas.

Portanto, desde a concepção de seu primeiro modelo contratual, a FIDIC espraiou expertise internacional e congregou profissionais de engenharia e de advocacia altamente especializados, entre outros, para fomentar o seu desenvolvimento.

Na realidade, a FIDIC tomou de empréstimo a experiência acumulada pela *Institution of Civil Engineers – ICE*, pela *Federation of Civil Engineering Contractors* e pela *Association of Consulting Engineers – ACE*, todas do Reino Unido. Tais instituições agregaram em único documento os modelos de contratos utilizados antes da Segunda Guerra Mundial, denominado *General Conditions of Contracts and Form of Tender, Agreement and Bond for use in Connection with Work of Civil Engineering Construction*. Como, porém, tal documento estava contextualizado apenas para o âmbito doméstico, a ACE, com a aprovação da ICE, concebeu um modelo de contrato aplicável internacionalmente, denominado *Overseas (Civil) Conditions of Contract*, em 1956, também conhecido como *ACE Forms*.⁵

Em 1957, inspirada nas *ACE Forms*, a FIDIC editou o primeiro padrão contratual para obras de engenharia, denominado *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, o qual foi revisto e ampliado em 1969, em 1977, em 1987 e, mais tarde, em 1999, juntamente com um conjunto de manuais que reformularam o conceito e a forma dos modelos contratuais considerados até então. São eles: a) *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: The Construction Contract (Red Book)*; b) *Conditions of Contract for Plant and Design-build for Electrical and*

⁴ FIDIC. *The FIDIC golden rules principles*: first edition 2019. Geneva: International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), 2019. p. 2.

⁵ MARINANGELO, Rafael. Aspectos relevantes dos modelos contratuais FIDIC. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Temas de direito da construção*. São Paulo: Pini, 2015. p. 189.

*Mechanical Plant, for Building and Engineering Works, designed by the Contractor: The Plant and Design/Build Contract (Yellow Book); c) Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: The EPC Turnkey Contract (Silver Book); d) Short Form of Contract: The Short Form (Green Book).*⁶

Os três modelos mais difundidos são os livros *Vermelho*, *Amarelo* e *Prateado*, que conjuntamente são designados *Rainbow Suite*.

A FIDIC, a partir do contínuo trabalho de seus respectivos comitês, publicou posteriormente outros modelos, guias e manuais, sempre com o intuito de aprimorar os arquétipos contratuais e sua aplicação às necessidades de mercado, adotando as melhores práticas da engenharia e da indústria para maior eficiência em seu escopo primordial, que é a construção de grande porte.

Como a própria FIDIC anuncia:

FIDIC also publishes various business practice documents such as policy papers, guidelines and training manuals. These documents cover a range of issues including risk management, project sustainability management, environment, integrity management, dispute resolution techniques and insurance and a number of guides for quality-based selection, procurement and tendering procedures.⁷

Em dezembro de 2017, a FIDIC lançou nova edição dos modelos de contrato para os livros *Vermelho (Red)*, *Amarelo (Yellow)* e *Prateado (Silver)*, cujas principais características são, segundo aponta Gustavo Scheffer da Silveira,⁸ respectivamente: a) o livro *Vermelho*, para os “Trabalhos de Construção” é um contrato em que o projeto é preparado pelo dono da obra. Nesse contrato, o modo de pagamento geralmente é o de medições e avaliações (cláusula 12). Entretanto, em seu guia para preparação das condições particulares do contrato, a FIDIC prevê a possibilidade de que as partes modifiquem essa cláusula e definam sistema de pagamento de preço fixo ou no sistema de *cost plus*, no qual o empreiteiro recebe o reembolso de todas as despesas a que ele faz direito, bem como um adicional que permite que ele tenha lucro; b) o livro *Amarelo*, segundo contrato mais antigo

⁶ MARINANGELO, Rafael. Aspectos relevantes dos modelos contratuais FIDIC. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Temas de direito da construção*. São Paulo: Pini, 2015. p. 189. Consultar: JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC: a guide for practitioners*. Heidelberg: Springer, 2010. p. 125-127; SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*. Bruxelles: Bruylant, 2019. p. 24-28.

⁷ Disponível em: <https://fidic.org/bookshop>. Acesso em: 5 set. 2020.

⁸ SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os novos contratos da FIDIC, edição de 2017. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 57, p. 35-56, abr./jun. 2018. p. 36.

da FIDIC, é proposto para regular as operações de concepção-realização de trabalhos elétricos e mecânicos e para trabalhos de engenharia civil projetados pelo empreiteiro. Como está indicado no seu próprio nome, nesse contrato o projeto é preparado pelo empreiteiro principal, em conformidade com as especificações exigidas pelo dono da obra. Esse contrato geralmente é submetido a sistema de pagamento por preço fixo (*lump sum*), pago em parcelas ligadas ao progresso nas obras tal como certificado pelo engenheiro. A primeira edição do livro *Amarelo* foi lançada em 1963 e modificada nas edições de 1980, 1987 e 1999; c) para os contratos chave na mão ou *turn key*. Nesse contrato, o projeto é fornecido pelo empreiteiro principal, que assume igualmente a responsabilidade pelos materiais fornecidos e pela construção. Além disso, o livro *Prateado* geralmente é submetido a sistema de pagamento por preço fixo (*lump sum*). O empreiteiro assume toda a responsabilidade pela engenharia, compra e fornecimento de materiais, bem como pela construção. Uma característica interessante desse contrato é que, contrariamente aos livros *Vermelho* e *Amarelo*, ele não é administrado pelo engenheiro, não existindo essa designação específica no quadro desse contrato. As decisões, bem como outras funções administrativas do contrato, são tomadas pelo dono da obra, que pode ou não se valer de um representante.

2 As condições gerais e as condições particulares

Sem embargo de existirem vários modelos FIDIC, cada qual destinado a propósito específico, eles partem de mesmo objetivo, que é apresentar conjunto de disposições contratuais a ser adotado pelas partes, a rigor oriundas de distintos países, independentemente de estarem submetidas a diferentes leis que regem a convenção e conseqüentes jurisdições, também diversas.

Assim, os modelos de contrato FIDIC prescrevem cláusulas aplicáveis em ajustes internacionais de construção. São as *conditions of contract for construction*.

Em sua estrutura, parte-se de arcabouço assentado em cláusulas padronizadas gerais (*general conditions*), que atuam como armação básica de cada modelo.

As *condições gerais* regulam o que os estudos e a prática consolidada indicam como regras matrizes, as quais norteiam as cláusulas passíveis de emprego na maioria dos pactos. São consideradas as mais corriqueiras, que, por isso, são sugeridas como estruturantes, constantes daquele padrão específico.

A não ser que as particularidades do caso concreto – dentro de cada modelo FIDIC – recomendem dispor diversamente, o que varia de acordo com a alocação de riscos e de responsabilidades próprios do projeto, as *condições gerais* se encontram presentes em todos os casos. Consistem, por assim dizer, na *regra*, que evidentemente admite *exceção*.

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

As *condições gerais* destinam-se a ser usadas inalteradas para cada projeto. Conjuntamente com elas, as *condições particulares* são preparadas para o projeto específico e incluem quaisquer alterações ou cláusulas adicionais que o dono da obra (*employer*) decidiu inserir para atender aos requisitos locais e do projeto.⁹

Assim, são contratos marcados por duas partes: parte i (*condições gerais*) e parte ii (*condições particulares*).

As *condições particulares* costumam reger o que mais há de relevante no aspecto contratual em sua singularidade, como direitos, obrigações, incluindo subcontratações, termos, prazos, fluxos financeiros, financiamentos, definições, interpretação, prioridade de documentos, outras modificações que a adequação à lei aplicável exija etc.

A armação, portanto, é logicamente realizada levando em consideração o conjunto de regras em princípio aplicáveis a qualquer contrato, *condições gerais*, que são excepcionadas por disposições típicas de cada avença, *condições particulares*, que conjuntamente formam as *condições dos contratos de construção*.

O arranjo contratual é cuidadosamente pensado com o fim de preservar o propósito que embasa a concepção de tais modelos, lastreado nos dois pilares: *condições gerais* e *condições particulares*.

Trata-se de estrutura contratual concatenada, na qual cada uma das cláusulas está inserida em contexto apropriado, cujo conteúdo só se justifica diante do conjunto do regramento contratual.¹⁰

Já que, por exemplo, as *condições gerais* do livro *Vermelho* são supostamente conhecidas por aqueles que dominam o segmento, nada mais lógico do que preservar sempre iguais suas disposições, que não devem ser modificadas, mesmo que inaplicáveis no caso concreto.

Qualquer alteração ou supressão de normativa contida nas *condições gerais* deve constar das *condições particulares*, que se encarregam de fazer as devidas remissões, reportando, em relação àquelas, o que é objeto de convenção diversa do que prevê o padrão.

⁹ TOTTERDILL, Brian W. *FIDIC user's guide: a practical guide to the 1999 Red and Yellow books*. London: Thomas Telford Publishing, 2006. p. 4.

¹⁰ MARINANGELO, Rafael. Aspectos relevantes dos modelos contratuais FIDIC. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Temas de direito da construção*. São Paulo: Pini, 2015. p. 196.

Como reporta Brian Totterdill:¹¹

The General Conditions are intended to be used unchanged for every project. The Particular Conditions are prepared for the particular project and include any changes or additional clauses which the Employer has decided to include to suit the local and project requirements. Some employers have printed their own versions of the General Conditions, with changes to suit their own requirements. This procedure cannot be recommended. One of the advantages of using standard Conditions of Contract is that contractors tendering for the project and contract administrators are familiar with the standard Conditions and are aware of their responsibilities and of the consequences of any failure to meet their obligations. Any changes or additions are in a separate document and so everyone's attention is drawn to the changes. When General Conditions have been reprinted with small but significant changes then the changes may be overlooked and the project will suffer as a consequence.

Recomenda-se nunca interferir na parte geral, deixando para parte especial as eventuais adequações. Essa abordagem (utilização da parte especial) é prática e útil. Ao elaborar a parte especial, é preciso ter em mente não apenas os participantes diretos do projeto, mas também outros participantes, principalmente aqueles que são agentes financiadores do projeto. A FIDIC oferece como anexo de cada padrão um manual para a criação de condições especiais com comentário e receita para adaptar cada cláusula.¹²

À guisa de anotação, os contratos FIDIC, assim como outros tipos voltados a obras de vultoso porte, são não só recomendados como exigidos por entes financiadores da execução dos projetos. É inerente ao mercado a implementação de sofisticada rede de financiamentos internacionais, como exemplo, por intermédio do Banco Mundial.

Tais operações são, em sua quase totalidade, financiadas por estruturas do denominado *project finance*. De acordo com essas estruturas de financiamento, os financiadores olharão sobretudo para a estabilidade e consistência do fluxo de caixa da empresa financiada. Em outras palavras, não se estará fundamentado no valor dos ativos incorporados ao projeto em si, mas na capacidade atrelada a esses ativos de gerar receitas decorrentes da operação e manutenção do projeto.

¹¹ TOTTERDILL, Brian W. *FIDIC user's guide: a practical guide to the 1999 Red and Yellow books*. London: Thomas Telford Publishing, 2006. p. 4.

¹² MARINANGELO, Rafael; KLEE, Lukáš. *Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos e obras*: International Federation of Consulting Engineers. São Paulo: Pini, 2014. p. 21.

Essa modalidade de financiamento altera substancialmente a ótica de análise de risco dos financiadores. Assim, quaisquer riscos inerentes ou relativos ao projeto, em geral de grande importância na avaliação dos financiadores, assumem uma importância maior, na medida em que a sua materialização fatalmente afetará a estabilidade e consistência do fluxo de caixa, o que vale dizer – a capacidade de repagamento das obrigações relativas ao empréstimo pelo tomador.¹³

Tanto é assim que há edições de modelos de contratos FIDIC que incluem a participação de bancos de desenvolvimento multilaterais (MDBs), que inserem inclusive a recente importância da responsabilidade social no contexto de contratos internacionais.¹⁴

Percebe-se que a estrutura é esquadrihada a partir de *cada* padrão, de *cada* conjunto de direitos e de obrigações, dentro de *cada* arquétipo contratual consoante o escopo específico. É arranjo desenhado em minúcias. Por isso, a FIDIC aconselha que o preparo no caso real individual fique a cargo de engenheiros e de advogados familiarizados com as *condições gerais* e com as *condições particulares*, assim como suas respectivas funções naquele determinado modelo.

Consoante a doutrina,¹⁵ deve-se alertar que a opção por abandonar ou emendar a parte geral mediante estipulações específicas na parte especial, caso necessário ou almejado pelas partes, deve ser feita com cautela e com o auxílio de profissional que detenha pleno domínio das bases de alocação de riscos dos padrões FIDIC, dos conceitos principais desses padrões e das técnicas necessárias às emendas e alterações contratuais desses mesmos padrões, sob pena de se criarem ambiguidades e incoerências insolúveis.

3 A inclusão de condições particulares

O primeiro aspecto a ser analisado é quando inserir *condições particulares*. A premissa é que são destinadas a reger direitos e obrigações específicos do caso concreto, atendendo aos interesses próprios das partes naquele programa contratual.

Sua estipulação é dispensável, mas é certo afirmar que, na realidade, praticamente todos os pactos demandam individualização intrínseca ao projeto-alvo da contratação. É usual prescreverem disciplina típica para reger o evento concreto,

¹³ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. *Revista da Associação dos Advogados do Rio de Janeiro – AARJ*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 71-101, jan. 2003. p. 72.

¹⁴ SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 186-187.

¹⁵ MARINANGELO, Rafael; KLEE, Lukáš. *Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos e obras*: International Federation of Consulting Engineers. São Paulo: Pini, 2014. p. 21.

tratando de tipo de contratação, preço, tributos, encargos, responsabilidades, garantias etc., seja porque a obra e seu escopo requerem maior minudência, seja porque a lei aplicável reclama convenção para afastar ou especificar o emprego de determinado instituto.

Ao prever regras próprias nas *condições particulares*, as partes podem retirar a eficácia de disposições de cunho genérico das *condições gerais*, substituindo-as no todo ou em parte.

Isso quer dizer que não se devem modificar as *condições gerais* diretamente. Não se deletam cláusulas nem trechos de dispositivos, não se emendam suas previsões, não se detalha o que lá consta. As alterações a serem levadas a efeito na estrutura preconcebida devem ser implementadas nas *condições particulares*, mantendo intactas as *condições gerais*, evitando-se obscuridades e ambiguidades no arquétipo, o qual, reitera-se, desde a fase de propostas é meticulosamente arquitetado.

São modelos contratuais testados e aprovados, que admitem plena adaptação às circunstâncias do episódio real, exibindo, assim, flexibilidade. Porém, a maleabilidade impõe a observância da sistemática do instituto. É versátil, desde que sempre respeitada a estrutura e a função das *condições gerais* e das *condições particulares*.

Contratos FIDIC contemplam orientações para a preparação de *condições particulares* (*guidance for the preparation of particular conditions*), que, após a introdução, apresentam notas destinadas a nortear a elaboração de carta-proposta e demais documentos relativos à fase inicial da contratação.

Há detalhada instrução para modificações e adições de subcláusulas que podem ser necessárias para um projeto particular, as quais formarão as *condições particulares*.¹⁶ A carta-proposta, portanto, é muito detalhada, preparada por técnicos, contemplando anexos e subcláusulas propícias à análise e, se o caso, à aceitação do dono da obra, o que perpassa a previsão das adaptações intrínsecas ao evento concreto, compondo as *condições particulares*.

Tema que em regra é objeto de regência pelas *condições particulares* é o preço. A complexidade do contrato de construção evidencia sistemática de precificação diversa de pactos corriqueiros do cotidiano, visto que, embora comumente seja fixa e global, pode estar sujeita a variações, incidências de taxas e tributos diversos. Logo, as circunstâncias do evento real justificam detalhamento inerente à sua fixação e eventuais ajustes e acréscimos. As medições e respectivos métodos, dentro de cada etapa da obra, em geral implicam pormenores, que necessitam ser regulados na convenção.

¹⁶ TOTTERDILL, Brian W. *FIDIC user's guide: a practical guide to the 1999 Red and Yellow books*. London: Thomas Telford Publishing, 2006. p. 23. Idem: JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC: a guide for practitioners*. Heidelberg: Springer, 2010. p. 170-171.

São providências que, além de exigirem cooperação entre as partes e serem marcadas pelo cumprimento pautado na boa-fé objetiva, encontram rigorosa descrição no contrato, que é abrangente, minudente, mesmo porque, a depender do sistema jurídico do qual as partes são originadas, não se habitua considerar conceitos vagos nem cláusulas gerais na execução e na interpretação do contrato. Tal diferenciação é bem evidente em partes oriundas de família de *common law* e de *civil law*.¹⁷

Destarte, não se deve olvidar que os modelos são idealizados a partir de sua adoção por contratantes situados em diferentes países, submetidos a díspares leis e distintas jurisdições. Por isso, os ajustes nas *condições particulares* devem ser implementados com cuidado, bem ponderando também as questões legais que regerão o contrato.

Assunto que comumente suscita debate é a fixação de prazo de responsabilidade pela obra. Em muitos sistemas jurídicos há disposições que regem a matéria, os quais nem sempre se adaptam à estrutura contratual aqui versada.

Por exemplo, o Código Civil pátrio trata no art. 618, ao disciplinar o contrato de empreitada, o prazo irredutível de cinco anos em que o empreiteiro responde pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo,¹⁸ que propicia abordagem no que tange ao emprego cogente da regra ou se, dada a atipicidade dos contratos de construção, estariam as partes livres para dispor diversamente.

Ilustre-se que tal debate é igualmente presente, entre outros, em relação aos contratos de EPC – *engineering, procurement and construction*, também voltados à construção de grande porte, em que José Emilio Nunes Pinto¹⁹ defende, com acerto, sua atipicidade, conquanto o tema seja alvo de controvérsia.²⁰

¹⁷ A respeito de tal diferença: JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC: a guide for practitioners*. Heidelberg: Springer, 2010. p. 99-123.

¹⁸ “Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

¹⁹ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. *Revista da Associação dos Advogados do Rio de Janeiro – AARJ*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 71-101, jan. 2003, p. 97-99. No mesmo sentido: SILVA, Clóvis do Couto e. Contrato de engineering. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 214; SILVA, Leonardo Toledo da. *Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 188. Ver também, embora apresentando distinções: CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 220-223; DEUS, Adriana Regina Sarra de. *O contrato de EPC: engineering, procurement and construction*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 320-323.

²⁰ Em senso diverso: BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex, 2011. p. 39-41; MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. *Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction): primeira aproximação: conteúdo e qualificações*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, passim.

O local da obra (*site*) geralmente merece atenção em *condições particulares*, pois é ambiente no qual transitam muitas pessoas, há muitas peças, materiais, equipamentos e outros tantos objetos de valor, que implicam responsabilidade pela segurança das pessoas que trabalham e ingressam no canteiro, assim como aquelas que adentram para serviços pontuais, entregas, também quanto à guarda de coisas etc.

A despeito de contemplada nas *condições gerais*, em que se atribui ao empreiteiro (*contractor*) tal responsabilidade, o procedimento que ele adotará para controlar o acesso ao local da obra dependerá das circunstâncias. Qualquer exigência especial deverá ser estipulada nas *condições particulares* e detalhada na especificação.²¹

Exemplifique-se ainda que as *condições particulares* podem regular procedimentos relacionados à fase de testes (*tests on completion*), que não necessariamente se encontra prevista nas *condições gerais*. Assim, são inseridas especificações e detalhes técnicos na etapa de *completion* e *taking over*, regrada nas *condições gerais*, o que normalmente ocorre quando os trabalhos são considerados *concluídos* satisfatoriamente, rendendo a emissão de certificado, salvo a correção de pendências devidamente anotadas e listadas, a fim de serem sanadas para a entrega definitiva da obra.

Tais exemplos não têm o intento de esgotar as situações em que são empregadas as *condições particulares*, mas mostrar a diversidade de temas passíveis de estipulação, chamando a atenção para a complexidade da matéria.²²

4 **Golden Principles** publicados pela FIDIC em 2019

Ponto central que merece alerta são as dificuldades e os problemas que surgem na sua operacionalização, dado que, apesar da ampla consolidação dos contratos FIDIC, o seu consagrado arquétipo nem sempre é considerado, respeitado.

São realizadas significativas alterações em sua estrutura, desprovidas de rigor técnico. Isso porque não se domina ou não se analisa detidamente o que existe de substância neste arcabouço contratual.

Tanto é assim que a própria FIDIC constatou que é cada vez mais frequente o uso dos modelos *FIDIC contracts*, em que se detecta a inserção de alterações nas *condições gerais* por meio da substituição, alteração ou omissão de parte da

²¹ TOTTERDILL, Brian W. *FIDIC user's guide: a practical guide to the 1999 Red and Yellow books*. London: Thomas Telford Publishing, 2006. p. 144.

²² Recomenda-se verificar: JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC: a guide for practitioners*. Heidelberg: Springer, 2010. p. 142-143.

redação das *condições gerais* por intermédio de *condições particulares*. As substituições e as mudanças introduzidas foram recentemente consideradas substanciais e de tal extensão que o contrato final não mais representa os princípios FIDIC e, portanto, estão prejudicando a “marca FIDIC”, induzindo a erro os proponentes e o público.²³

Em função disso, a FIDIC pediu à sua Comissão de Contratos a criação de Grupo de Tarefas (TG15) a fim de identificar quais princípios contratuais de cada modelo de contrato FIDIC que a FIDIC considera inviolável e sacrossanto. Esses princípios são chamados de *FIDIC Golden Principles* (GPs). Foi também solicitado ao GT15 considerar e sugerir possíveis maneiras de prevenir, ou pelo menos limitar, o uso indevido de condições FIDIC dos contratos.²⁴

O grupo de trabalho GT15 estabeleceu os *Princípios de Ouro* (*Golden Principles*), expondo as razões pelas quais recebem tal atributo, assim como definiu orientação a respeito de como os usuários devem redigir as *condições particulares* e os demais documentos do contrato baseado nas *condições gerais* dos modelos FIDIC, de modo a não violar nem desviar dos cinco *Princípios de Ouro* criados, a seguir sintetizados.

Não se pretende examinar em detalhes os *Princípios de Ouro*, porém apenas noticiar a sua relevância, sendo que o grupo GT15 produziu didático relatório que pode ser consultado no sítio da FIDIC.²⁵

- a) GP1. *The duties, rights, obligations, roles and responsibilities of all the Contract Participants must be generally as implied in the General Conditions, and appropriate to the requirements of the project.* Os deveres, direitos, obrigações, papéis e responsabilidades devem ser regulados majoritariamente pelas condições gerais.
- b) GP2. *The Particular Conditions must be drafted clearly and unambiguously.* As condições particulares devem ser claras, sem ambiguidade. Trata-se, talvez, da regra mais comumente negligenciada na prática. Em princípio, determinada regulação contratual pode aparentar ser inequívoca, mas muitas vezes não é. A operacionalização do contrato não raro evidencia que, ao se cotejar as condições gerais e as condições particulares,

²³ FIDIC. *The FIDIC golden rules principles*: first edition 2019. Geneva: International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), 2019. p. 6. No original: “More and more frequently, FIDIC now experiences applications of ‘FIDIC contracts’, where significant changes to the General Conditions are made by means of replacing, changing or omitting part of the wording of the GCs through the Particular Conditions (PCs). The replacements and changes introduced have lately been found to be substantial and of such extent, that the final contract no longer represents the FIDIC principles, and thus are jeopardising the ‘FIDIC brand’, and misleading tenderers and the public”.

²⁴ FIDIC. *The FIDIC golden rules principles*: first edition 2019. Geneva: International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), 2019. p. 6.

²⁵ Disponível em: <https://fidic.org/books/fidic-golden-principles-2019>. Acesso em: 5 set. 2020.

examinado as exclusões, as exceções, subsistem incompatibilidades de disciplina entre elas, o que inevitavelmente leva a inconsistências em sua interpretação e, por conseguinte, ao litígio.

É significativo o número de disputas que decorrem da análise sistemática das *condições gerais* e das *condições particulares*, que, em seu conjunto, suscitam dúvidas quanto às obrigações das partes, mormente em contratos que *aparentemente* adotam algum modelo FIDIC, porém *efetivamente* se cuida de arranjo distante dos padrões propostos pela instituição, haja vista o significativo número de modificações, que deformam por completo o protótipo.

c) GP3. *The Particular Conditions must not change the balance of risk/reward allocation provided for in the General Conditions.* As condições particulares não devem alterar o equilíbrio entre a alocação de risco e o sacrifício estabelecido pelas condições gerais. São estipulações ligadas à onerosidade do pacto, na equivalência abstrata de vantagens e sacrifícios, de prestação e de contraprestação presentes em qualquer contrato.

É algo importante, que se infere a partir do estudo da estrutura dos contratos FIDIC, do que seja a linha mestra, a espinha dorsal de tudo, que é a alocação de riscos. Traz diretriz que norteia os *Princípios de Ouro*, em especial os de números 3 e 4, embora também subjacente nos demais.

d) GP4. *All time periods specified in the Contract for Contract Participants to perform their obligations must be of reasonable duration.* Os prazos para cumprimento das obrigações devem ter duração razoável. Esse princípio é consistente com a alocação de riscos das condições gerais, que estabelecem, com base na experiência, prazos para duração de cada atividade tendo em vista suas particularidades.

Assim, mesmo nos casos em que as *condições gerais* permitam que tais prazos sejam alterados, as *condições particulares* não devem fixar prazos irrealistas para execução das obrigações contratuais.

e) GP5. *Unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.* Salvo incompatibilidade com a lei aplicável, as controvérsias devem ser submetidas a comitês de disputas como etapa precedente à arbitragem. É recomendação indeclinável na matéria, em que se perquire a ágil resolução de divergências oriundas do contrato.

5 A relevância da alocação de riscos

Qualquer relação contratual envolve riscos. Sua atribuição congrega inúmeros fatores, porém, em acentuada largueza, abrange escolhas por parte dos contratantes por ocasião de sua celebração. São eles que deliberam, no âmbito de sua autonomia privada, a dimensão da exposição que estão dispostos a correr.

Ademais, o risco é apropriado ao tipo de negócio e respectiva indústria. Basta pensar nos conhecidos contratos aleatórios, os quais congregam relevante dose de incerteza quanto aos proveitos e aos sacrifícios a serem experimentados em determinado ajuste.

Mesmo na conjuntura de contratos comutativos, o risco se apresenta composto por diversos fatores, inclusive quanto à espécie de negócio e às especificidades do ramo objeto da avença. O trato de execução imediata apresenta menor incerteza do que o de duração, que conjuga o fator tempo na sua execução.

Há vários meios de se apreciar os riscos a serem assumidos pelos contratantes. Certamente o arranjo contratual, os direitos e as obrigações desenhados nas respectivas cláusulas, são de grande relevância na matéria, que decerto são ponderados a partir de premissas econômicas a serem assumidas, consoante a dinâmica própria. Grandes contratos compreendem minuciosos estudos para que, tanto quanto possível, seu dimensionamento seja preciso. Raramente se vislumbra o ingresso em aposta. Inexiste perspectiva para o amadorismo.

A discussão sobre o risco contratual abarca vasta literatura, tanto na doutrina geral civilista²⁶ quanto no direito da construção,²⁷ sendo que o presente estudo

²⁶ Entre outros: MARTIN, Anne-Cécile. *L'imputation des risques entre contractants*. Paris: LGDJ, 2009; PARAISO, Fall. *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011; ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982; GABRIELLI, Enrico. *Alea e rischio nel contratto*: studi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999; PENNAZIO, Rossana. *Rischio e sopravvenienze*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; SCALFI, Gianguido. *Corrispettività e alea nei contratti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015; BELLI, Guido. *L'alea contrattuale*: tra autonomia privata e speculazione economica. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; ALPA, Guido. Rischio contrattuale. *Novissimo Digesto Italiano*: appendice: v. 6. Torino: UTET, 1986. p. 863-868; ALPA, Guido. Rischio contrattuale (diritto vigente). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1989. v. 40. p. 1144-1159; ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado*: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 455-468.

²⁷ Exemplificativamente: CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 195-202; VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Os contratos de construção FIDIC perante o direito chileno. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Direito da construção*: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção. São Paulo: Pini, 2014. p. 218-222; KULESZA, Gustavo Santos; AUN, Daniel. Contratos FIDIC. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex, 2011. p. 199-209. Em financiamento de projetos: ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance*: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 182-213.

não se destina a examinar tão complexo tema. O que se intenciona é convocar o leitor a meditar no que tange à preponderância do assunto nos contratos FIDIC.

Os contratos FIDIC são elaborados e estruturados de modo a proporcionar uma equilibrada alocação de riscos entre as partes contratantes, um mecanismo eficiente de controle e administração contratual, a plena comunicação entre as partes e um sofisticado procedimento de pleitos e outras reivindicações.²⁸

O risco é inerente à construção. Riscos óbvios são prazo e custo, mas há muitos outros. O princípio geral refletido na FIDIC é que os riscos são alocados à parte que tem mais capacidade de assumi-los, seja durante a fase de projeto ou de construção.²⁹ Tal alocação é igualmente relevante para efetivação de pressuposto indispensável na maioria das obras de grande porte que é o financiamento de projetos (*project finance*).³⁰

A doutrina aponta, *exempli gratia*, nove tipos distintos de risco: de mercado, financeiros, tecnológicos, de construção, operacionais, regulatórios, sociais, concessão e jurisdição,³¹ cuja investigação é incompatível com a extensão do presente segmento.

Os projetos de construção são operações econômicas, realizadas por meio da conclusão de contratos de execução prorrogada no tempo e que estão sujeitos a um enorme número de âleas e riscos, tanto externos como internos ao contrato, que podem vir afetar a sua execução. Entre os fatores de perturbação externos ao contrato de construção estão, por exemplo, os riscos políticos, jurídicos, econômicos (como dificuldades de financiamento e de variação cambial), bem como questões ligadas à imprevisibilidade de eventos (*e. g.*, problemas relativos às condições do solo, hidrológicas ou climáticas). Já os fatores de perturbação internos, isto é, ligados ao conteúdo do contrato, decorrem, *verbi gratia*, da ação de uma das partes ou entidades intervindo no contrato ou da complexidade contratual.³²

A alocação de riscos consiste na coluna vertebral dos contratos FIDIC, cujos modelos são disponibilizados para adequada seleção do apropriado padrão ao respectivo tipo de construção e de contratação.

²⁸ MARINANGELO, Rafael. Aspectos relevantes dos modelos contratuais FIDIC. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Temas de direito da construção*. São Paulo: Pini, 2015. p. 195.

²⁹ SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 190. Também: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. Os contratos de construção FIDIC perante o direito chileno. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: Pini, 2014. p. 220.

³⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 193-194.

³¹ KULESZA, Gustavo Santos; AUN, Daniel. Contratos FIDIC. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex, 2011. p. 200-203.

³² SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os novos contratos da FIDIC, edição de 2017. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 57, p. 35-56, abr./jun. 2018. p. 37-38.

A utilização de condições com alocação de riscos inadequada gera maior possibilidade de conflitos durante a realização e depois do término da obra. Uma alocação de riscos inadequada pode ser causada também pela interferência no texto da parte geral dos padrões FIDIC, com modificações impensadas na parte especial (como, por exemplo, a eliminação de reclamações/reivindicações, mudanças de formulação inconsistentes etc.). As partes, ao escolherem as condições pelas quais serão regidas sua futura relação contratual, devem dedicar grande atenção às especificidades do projeto no que se refere às incertezas e indefinições.³³

Feitas tais ponderações, nota-se a magnitude da alocação de riscos que, como reiteradamente narrado, é colocada em xeque se o contrato desvirtua o padrão FIDIC adotado, dispondo desordenadamente cláusulas e desarrumando o arquétipo entre *condições gerais* e *condições particulares*.

6 Notas práticas quanto à elaboração de condições particulares

Tendo em vista que o tema subjacente diz respeito à elaboração das *condições particulares*, a contribuição que se busca trazer é anotar alguns aspectos práticos que a investigação de quem convive com a matéria propicia, todavia não apresenta especialização característica de profissionais que predominantemente trabalham com contratos FIDIC em seu cotidiano.

A partir de tal premissa, apresentam-se a seguir algumas considerações que se reputam relevantes no assunto.

6.1 Lei aplicável e sede

O assunto da *lei aplicável* é outro problema tormentoso na matéria, visto que usualmente se trata de contrato internacional, no qual se constata a disparidade de partes, de nacionalidades, de ordenamentos jurídicos e de cultura.

A lei aplicável ao ajuste rege fundamentalmente os direitos e as obrigações das partes, o regime jurídico do contrato, seus requisitos de validade, as regras interpretativas, os remédios em caso de inadimplemento, de mora e de cumprimento defeituoso e, em algumas jurisdições, prazos para o exercício de direitos (prescrição e decadência).

³³ MARINANGELO, Rafael; KLEE, Lukáš. *Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos e obras*: International Federation of Consulting Engineers. São Paulo: Pini, 2014. p. 78.

Para tanto, é aconselhável definir de forma clara a lei que regerá o contrato, assentada na premissa ineludível de que a parte a conheça. Caso lhe seja estranha, é imperativo que consulte advogado versado naquela respectiva lei a fim de evitar contratemplos que impactem a alocação de riscos e comprometam os interesses dos contratantes.

Tal se deve pois, a depender da lei, a disciplina de institutos aplicáveis ao contrato, as convenções nele ajustadas (prestações principais, secundárias, cláusulas acessórias, garantias etc.), por vezes excluindo ou limitando certos direitos, e a interpretação dada a outros termos do contrato podem impactar decisivamente o programa idealizado e o peso de prestação e contraprestação no qual se assenta a âlea assumida.

É importante lembrar que o contrato precisa ser coordenado com a lei aplicável. A lista completa de requisitos varia de país a país, mas entre os exemplos estão: a) a necessidade de o projeto ser aprovado antes de a construção poder começar no local; b) a necessidade de o empreiteiro manter um diário do local no qual qualquer pessoa autorizada ou autoridade possa inserir anotações; c) certas autoridades podem ter o poder de emitir instruções ao empreiteiro.³⁴

Além disso, algumas disposições do texto-padrão da FIDIC (por exemplo, o requisito de que notificações sejam feitas como uma etapa prévia a um direito a prazo e/ou remuneração adicionais) podem chocar-se com a legislação aplicável. Também existe a questão de que a lei que rege o contrato possa ir além ou ser diretamente contraditória aos termos da FIDIC.³⁵

Muitas vezes busca-se eleger lei *neutra*, isto é, que não seja oriunda do país nem de uma nem de outra parte contratante. Segundo Michael E. Schneider e Matthias Scherer,³⁶ a lei suíça representa importante papel em contratos internacionais em geral e em contratos de construção em particular. As partes frequentemente optam pela lei suíça para reger seus contratos porque as partes do contrato e o projeto não têm conexão com a Suíça. A lei suíça é escolhida porque é considerada *neutra*, não guardando relação com as partes do contrato nem com o projeto; a seleção da lei não beneficia nenhuma das partes.

Por outro lado, embora seja impreciso indicar em qual extensão, algumas vezes as partes escolhem lei neutra sem conhecê-la, o que invariavelmente desencadeia o contratempo, a surpresa.

³⁴ SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

³⁵ SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

³⁶ SCHNEIDER, Michael E., SCHERER, Matthias. Switzerland. In: KNUTSON, Robert (Ed.). *FIDIC: an analysis of international construction contracts*. The Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 313.

Outro tema é a intersecção de leis, que se inter cruzam na questão contratual. Em sua execução, tendo em consideração a complexidade das obras contratadas segundo modelos FIDIC, nota-se a característica de fornecimento de peças, equipamentos, máquinas e componentes por partes distintas dos celebrantes, fabricadas em outros locais e depois transportados para o canteiro, cujos contratos são regidos por leis diversas.

Daí pode decorrer, por exemplo, o problema do impacto causado na obra por intempéries ligadas a tais contratos de fornecimento (atrasos e custos adicionais), que leva à inter-relação das leis que governam os pactos em relação aos quais se produziram tais itens e a do local da planta ou a lei neutra eleita pelos contratantes para reger o contrato de construção principal.

Também merece atenção a lei processual que se aplica ao caso concreto (*lex fori*), o que impõe examinar a importância da escolha da sede da arbitragem – já que invariavelmente as disputas originadas dos contratos FIDIC são resolvidas por arbitragem –, preferencialmente aquela cujo conteúdo seja de domínio das partes.

Ademais, é relevante a lei do local em que as obras são executadas, uma vez que regula eventuais problemas ocorridos no ambiente da edificação, no lugar em que é concretizada, como, *verbi gratia*, acidentes na planta e respectiva responsabilização, governadas pela *lex loci commissi*.

Igualmente digna de menção a preocupação com leis trabalhistas, ambientais, responsabilidade social, anticorrupção e antidiscriminação, cada vez mais relevantes nos cenários nacionais e internacionais.

6.2 Ordenação de matérias nos modelos contratuais

Os contratos FIDIC têm estrutura e ordenação de matérias disciplinadas nos respectivos modelos que não estão lá por acaso, não são estabelecidas aleatoriamente nem seguem ordem alfabética (sinteticamente: 1. Disposições gerais; 2. O contratante, o administrador ou engenheiro, o contratado, subcontratados ou *design*; 3. Equipe e trabalho, plantas, materiais e mão de obra; 4. Início dos trabalhos, atrasos, suspensão, testes, entrega da obra, defeitos e responsabilidades pelos defeitos; 5. Medições e avaliações ou variações e ajustes, preço do contrato e pagamento; 6. Término do contrato pelo contratante, pelo contratado e suspensão; 7. Risco e responsabilidade; 8. Seguro; 9. Força maior; 10. Disputas e solução de conflitos). Tudo foi pensado, planejado e aperfeiçoado ao longo do tempo – nas sucessivas versões dos modelos –, seguindo ordem lógica, geralmente ligada à cronologia de eventos no curso da contratação e da execução do contrato.

As *condições gerais* dos respectivos modelos contratuais FIDIC estabelecem certa hierarquia e ordem de documentos (p. ex., o contrato é constituído por acordo contratual [caso exista], carta de adjudicação, carta-proposta, condições particulares, condições gerais, especificações, desenhos, anexos e quaisquer outros documentos que façam parte do contrato),³⁷ que variam a depender do padrão e podem ser alteradas nas *condições particulares*.

A ordem de precedência de cada modelo FIDIC leva em consideração quem é o responsável pela elaboração do projeto, além de outras atribuições, de tal sorte que modificar a ordem sem o devido critério pode impactar a alocação de riscos. E, repita-se, a alocação de riscos consubstancia a espinha dorsal do instituto.

Entretanto, o potencial inconveniente reside nas referências cruzadas, que, se misturadas, inevitavelmente causam confusão. Recomenda-se alteração mínima possível, sob pena de disfunções, de se criar o famoso personagem *Frankenstein*.

6.3 Expressões definidas e idioma

Não menos relevante é o aspecto ligado às definições empregadas nos contratos, que se valem de expressões, em geral jurídicas, que variam não só em função dos diferentes idiomas, mas também dos próprios conceitos adotados em cada ordenamento jurídico.

É assunto objeto de corriqueiro comentário em intervenções ligadas aos contratos de construção e, principalmente, ao direito civil, a referência ao direito comparado enquanto disciplina no âmbito universitário que, em regra, não se ministra no Brasil. Grosso modo, seu propósito é analisar o que os sistemas jurídicos têm de diverso e o que têm de comum, o que coincidem e o que diferenciam.

Frisa-se o problema das traduções, pois a mera transposição literal de termos de um idioma para o outro sem examinar, confrontar e constatar a adequação do respectivo sentido jurídico é fatalmente nociva. Pode ocorrer de determinados vocábulos não representarem nada para o órgão decisor, que porventura não os conhece. Isso porque por acaso não apresentam correspondente no âmbito da legislação nacional. São locuções importadas que, sem embargo de versadas no vernáculo, não consubstanciam nenhum instituto jurídico, ensejando evidente indefinição. Daí remete-se, por exemplo, para a lei brasileira, sendo que o juiz ou o árbitro encarregado de julgar a disputa não conhece aquela expressão traduzida para o português sob o prisma da lei civil, do direito brasileiro.

³⁷ MARINANGELO, Rafael; KLEE, Lukáš. *Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos e obras*: International Federation of Consulting Engineers. São Paulo: Pini, 2014. p. 22.

Impõe-se checar o significado das expressões. É boa técnica trabalhar com os *termos e definições* de cada modelo contratual FIDIC, os quais devem ser levados em consideração na redação das *condições particulares*.

Chama-se novamente a atenção para as referências cruzadas, cujas modificações desprovidas da adequada reflexão e técnica podem levar a diferentes remédios para inadimplemento, prazos, requisitos etc. Tudo o que se deve evitar é o exercício do conhecido *recorta e cola*, porque se não conservar a estrutura do respectivo modelo contratual adotado, a potencial consequência é afligir a alocação de riscos planejada pelas partes.

Apesar de os modelos FIDIC terem sido traduzidos com êxito para inúmeros idiomas, é preciso atentar para transposições que geram incompatibilidades concretas, checar o significado de locuções empregadas no contrato.

Para ilustrar o que se afirma no âmbito da matéria de construção, citam-se os termos *delay* e *disruption*. Em certo debate acerca do assunto, concluiu-se que *delay* é intuitivamente enquadrado no conceito de mora. O que é *disruption* na ordem jurídica pátria?

Haja vista que os padrões FIDIC mais conhecidos são redigidos em inglês, é de pensar, em casos extremos, a pertinência de se adotar contrato em duas colunas, em dois idiomas, sendo uma em inglês, que sempre prevaleceria em caso de dúvida, e outra no idioma local.

Portanto, se não há definição quanto às expressões utilizadas, certamente haverá discussão. E, claro, dependendo da qualificação jurídica que se dê à locução, muda o efeito legal, a não ser que o contrato regule a matéria como um todo. Nisso reside a dificuldade de se adotar uma parte do modelo contratual FIDIC e outra parte que é *preparada* consensualmente pelas partes como se pretensamente fosse um contrato FIDIC.

As incompatibilidades que invariavelmente surgem fazem com que o julgador, no âmbito da disputa, aplique os institutos consagrados na lei, já que o contrato é incapaz de fornecer adequado regramento de direitos e de obrigações em sua completude.

Para minimizar ou evitar tais riscos, os representantes das partes, engenheiros e advogados, devem ser fluentes no idioma das comunicações e prezar pela técnica. Se buscam adotar o modelo FIDIC, que o façam *in totum*.

7 O que evitar

A fim de terminar a exposição, desfechando as provocações e indagações práticas suscitadas, são trazidos, a partir de estudos e da própria experiência, alguns pontos de vista que as partes devem evitar no contexto de contratos FIDIC.

Se o intento é, tendo em consideração as reconhecidas vantagens alicerçadas em bem-sucedidas escolhas de tais modelos, optar pelo padrão FIDIC, é realmente necessário seguir fielmente o que se recomenda.

O que não se deve fazer é misturar cláusulas de diferentes modelos FIDIC, pois gera problemas de interpretação. O livro *Vermelho* tem alvo diverso do *Amarelo*, de tal maneira que suas cláusulas são sopesadas consoante o destino específico (v. g.: a inclusão de cláusula que repassa os riscos por condições físicas imprevisíveis ao contratado em um contrato FIDIC baseado no livro *Amarelo*, quando esse tipo de alocação de risco é típico do livro *Prateado*). Mesclar sem critério desvirtua o padrão, afeta a alocação de riscos, agride o balanceamento definido.

Em outras palavras, não é o recinto para criatividade nas cláusulas, já que a alteração na estrutura de cada tipo contratual pode causar desequilíbrios no programa. É bem diferente de quando se elabora o contrato *partindo do zero*, ou de minuta padrão, mas aqui há estrutura lógica no arcabouço de cada qual.

A FIDIC prepara modelos, guias, cartilhas, *golden rules*, realiza eventos e investe na qualidade e no rigor de seus padrões, justamente porque assim desde há muito funciona. Porém, desconsiderar orientações é receita para a adversidade.

A hibridez, isto é, *adotar e não adotar* modelos FIDIC, é postura inconciliável com absolutamente tudo que decorre da especialidade. É como retirar peças da base de sustentação da edificação.

Devem-se também evitar referências genéricas a contratos típicos da lei, como, *exempli gratia*, o contrato de empreitada. É intuitivo que os contratos de construção assumem feição que lhes atribui atipicidade, que se distanciam daquele nominado no Código Civil. A aproximação gera o risco de sobreposição presbópe de disciplina, visto que os objetos, os direitos e as obrigações são marcadamente distintos.

É também recomendável que os contratantes se esquivem de remissões amplas a legislações locais. Por exemplo, no Brasil, ao se referir a leis estaduais e municipais que, em geral, não são conhecidas. Atualmente, há proliferação de tais leis no que tange aos comitês de disputas, os *dispute boards*, sendo que é preciso ter pleno domínio do que se insere no contrato.

A interpretação das cláusulas está sempre subordinada à lei aplicável ao contrato. Não se devem estabelecer *condições particulares* sem conhecer os limites à autonomia privada na respectiva ordem legal eleita, visto que há maior ou menor abrangência de normas consideradas de ordem pública. É necessário atentar para o que é ou não passível de derrogação. Contratos de grande porte convivem com cláusulas que suprimem ou limitam responsabilidades, garantias, indenizações, reduções de cláusulas penais, excludentes de caso fortuito e força maior, cabimento de remédios resolutórios e outras consequências de mora e de inadimplemento, porém nem todas são consideradas válidas a depender da lei selecionada pelas partes.

8 Considerações finais

As assertivas apresentadas no texto não têm o fim de trazer posições teóricas acerca de tão particular assunto. Os contratos FIDIC detêm indiscutível especialidade que demandam investigações científicas de maior fôlego. Tal constatação, no entanto, não inviabiliza que se provoquem indagações baseadas em vivência prática tanto em pactos de construção em geral quanto, ainda que em menor escala, naqueles, objeto do presente artigo.

Por vezes, compartilhar impressões é motivo para fomentar pontos de vista diferenciados e contribuir na promoção do debate. Imbuído de tal espírito é que foram expostas algumas questões inerentes à elaboração de *condições particulares* em contratos FIDIC.

A constatação essencial é que, no âmbito de tão sofisticado arcabouço contratual, o mais eficiente meio de se evitar contratemplos é seguir à risca o que a FIDIC propugna como decisivo. Fazer uso de profissionais, máxime de engenheiros e de advogados, que dominem o assunto, cuja chave do êxito igualmente passa pela efetiva aplicação das *condições particulares* ao seu alvo próprio, no bojo de cada estrutura de contrato, evitando que os modelos padronizados sejam despedaçados.

Eventualmente tal medida pode não ser o bastante. É necessário que os profissionais envolvidos dominem também a lei aplicável ao contrato, as disposições processuais a serem empregadas em eventual disputa contenciosa, evitem engenhosidade na redação das cláusulas, reflitam se o conjunto de direitos e de obrigações previstos no contrato, no que se incluem os remédios nas hipóteses de patologias, encontram abrigo na ordem legal que regerá o pacto, harmonizando-se com os interesses dos contratantes e com a alocação de riscos que assumiram na avença.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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

Recebido em: 15.09.2020
1º parecer em: 22.09.2020
2º parecer em: 26.10.2020