

MARCOS DE SÁ NASCIMENTO

**Cláusulas de *Knock for knock* em contratos de
construção de infraestrutura: contribuições
jurídicas**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Doutor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

MARCOS DE SÁ NASCIMENTO

Cláusulas de *Knock for knock* em contratos de construção de infraestrutura: contribuições jurídicas

Versão corrigida da dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Doutor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo.

A versão original encontra-se disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade de São Paulo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nascimento, Marcos de Sá

Cláusulas de Knock for Knock em contratos de construção de infraestrutura: contribuições jurídicas ; Marcos de Sá Nascimento ; orientador Paulo Fernando Campos Salles de Toledo -- São Paulo, 2020.

145 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Contratos. 2. Contratos de Construção. 3. Knock for knock. 4. Alocação de risco. 5. Contratos atípicos. I. Toledo, Paulo Fernando Campos Salles de, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Aos meus avós, especialmente aos maternos que, na entrega desse trabalho, encontram-se ambos falecidos. Fausto e Luiza sempre foram um farol na dedicação às letras e à cultura. Saudades sempre.

À minha família, especialmente a mais próxima, pais, irmãs e padrinhos. Aos meus amigos.

Ao professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, por toda a orientação, e aos professores Rodrigo Broglia Mendes e Cláudio Bueno Godoy pelos comentários valorosos no exame de qualificação.

RESUMO

NASCIMENTO, Marcos de Sá. Cláusulas de knock for knock em contratos de construção de infraestrutura: contribuições jurídicas. 2020. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente dissertação examina a recepção da chamada cláusula de *knock-for-knock* no direito brasileiro. Trata-se de uma cláusula atípica presente nos contratos de construção de infraestrutura, contratos atípicos que desenvolveram lógica própria apartada da empreitada comum. Precipualemente, por meio dessa cláusula, as partes alocam alguns riscos decorrentes do contrato, indicando, de antemão, a responsabilidade por danos futuros. De maneira concreta, as partes pactuam, de modo recíproco, que cada uma manterá a outra indene das consequências de todos os danos que venham a incidir sobre seu pessoal ou seu maquinário. Com essa determinação objetiva, barateiam-se os custos decorrentes de seguros, já que as apólices não precisarão cobrir danos causados por partes diferentes ao mesmo equipamento. Evita-se, ademais, disputas futuras para a correta imputação do causador do dano. Apesar de seu racional econômico delineado, essa cláusula, num primeiro momento, parece encontrar resistência no direito positivo brasileiro, que preceitua que, aquele que comete dano a outrem, deve reparar. A questão é complexa, pois o direito contratual tem capacidade de promover a distribuição de bens por meio de sua legislação. É necessário entender quais condutas podem ser ensejadas com a determinação da validade da cláusula de *knock-for-knock*. O referencial legislativo que ampara essa cláusula é mínimo e não evoca seu conteúdo expressamente. Entretanto, podemos encontrar semelhança entre ela e a chamada cláusula de não indenizar, na medida em que ambas afastam o dever de indenizar. Disso não decorre que são capazes de excluir integralmente a responsabilidade das partes, restando ainda algumas obrigações. Apresentam semelhanças com a disciplina da transação e encontram amparo na existência de outras cláusulas que naturalmente limitam o dever de reparação. Avaliando-se a jurisprudência estrangeira, em que a cláusula possui maior histórico, identificamos que seus efeitos são considerados inválidos nas hipóteses de danos causados por culpa grave ou dolo. Esse entendimento também é sustentado no país. Destaca-se ainda a necessidade de a redação da cláusula ser clara o suficiente, a ponto de não ensejar dúvidas de que as partes renunciaram ao recebimento de indenização por danos ao seu pessoal e seu maquinário.

Palavras-chave. Contratos. Construção. Infraestrutura. Cláusulas atípicas. Alocação de Riscos. Cláusula de *knock-for-knock*.

ABSTRACT

NASCIMENTO, Marcos de Sá. Knock for knock clauses in construction agreements in the infrastructure sector: juridical contributions. 2020. 145p. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The current dissertation examines the acceptance of the *knock-for-knock* clause in Brazilian law. It is an atypical clause present in construction agreements in the infrastructure sector, which constitute atypical agreements that have developed their own logic separated from general construction agreements' logic. Essentially, under this clause the parties allocate some risks arising from the contract indicating beforehand the liabilities for future damages. In practice, the parties agree, reciprocally, that each one shall maintain the other harmless of any liability that may fall on their personnel or machinery. With this objective establishment, costs related to insurance policies can be cheaper, since there will be no need for the insurance policy to cover damages caused by different parties over the same equipment. In this sense, future claims regarding the correct accountability of the party liable for the damages are also avoided. Despite having its economic rationale outlined, this clause, at first, seems to find resistance with Brazilian law, considering that it stipulates that those liable for causing a damage to another party, should repair them. It is a complex matter, since contract law has the ability to promote the distribution of goods by means of its legislation. It is necessary to understand which behaviors may be triggered with the determination of validity of the *knock-for-knock* clause. Legal references that support the use of such clause are minimal and do not expressly evocate its content. Nonetheless, it is possible to find similarities between such clause and the hold-harmless clause, since both of them hinder the indemnification duty. However, it is not to be inferred that such clauses are able to completely eliminate the parties' liabilities, since some contractual obligations remain valid. Both clauses present similarities with transaction discipline and find support in the existence of other clauses that naturally limit the reparation duty. Examining foreign jurisprudence, where the *knock-for-knock* clause has a greater use history, we can identify that its effects are considered invalid when damages are resulting from gross negligence or wilful misconduct. This understanding is also sustained in Brazil. It is necessary to highlight that the wording of this clause needs to be clear enough in order to avoid any doubt as to whether the parties have waived their right to receive indemnification as a consequence of a damage caused to its personnel or machinery.

Key-words: Agreements. Construction. Infrastructure. Atypical Clauses. Risk Allocation. Knock for Knock Clause.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO DE INFRAESTRUTURA: FUNÇÃO ECONÔMICA E CONCEITUAÇÃO	16
1.1 Função econômica.....	20
1.2 Características dos contratos de construção de infraestrutura.....	21
1.2.1 <i>Incompletude contratual</i>	<i>21</i>
1.2.2 <i>Capital intensivo, indivisibilidade, irreversibilidade</i>	<i>24</i>
1.2.3 <i>Negócio jurídico integrante de uma rede de contratos.....</i>	<i>25</i>
1.3 Particularidades da atuação do contrato de construção de infraestrutura.....	27
1.3.1 <i>Administração como ente contratante ou poder concedente de serviço público que demanda etapas de construção do concessionário.....</i>	<i>27</i>
1.3.2 <i>Riscos em contratos de construção: justificativas à gestão de indenizações e reparações.....</i>	<i>35</i>
1.3.3 <i>Financiamento de projetos.....</i>	<i>41</i>
1.4 Aspectos jurídicos-dogmáticos	44
1.4.1 <i>Contratos públicos e contratos privados</i>	<i>45</i>
1.4.2 <i>Tipicidade e atipicidade.....</i>	<i>46</i>
1.5 Contratos de construção de infraestrutura: síntese dos conceitos e subespécies.....	49
CAPÍTULO 2 – CLÁUSULAS DE <i>KNOCK-FOR-KNOCK</i> OU <i>MUTUAL HOLD HARMLESS</i>.....	53
2.1 Conceito	53
2.2 Função Econômica.....	56
2.3 Origem e Recepção Inicial	57
2.3.1 <i>Direito dos Contratos e intervenção socioeconômica</i>	<i>59</i>
2.3.2 <i>Custos sociais e existência de cláusulas de knock-for-knock</i>	<i>67</i>
2.3.3 <i>Outras cláusulas de responsabilidade e knock-for-knock</i>	<i>69</i>
2.3.4 <i>Sistema Jurídico Inglês</i>	<i>71</i>
2.3.5 <i>Sistema Jurídico Norte Americano</i>	<i>93</i>
2.4 Exemplos de aplicação no Brasil	100
CAPÍTULO 3 – PROBLEMAS INTERPRETATIVOS RELACIONADOS A CLÁUSULAS DE <i>KNOCK-FOR-KNOCK</i>.....	105
3.1 Disposições legais relacionadas ao tema	106
3.2 Em relação à doutrina	110

3.3 Em relação à jurisprudência existente.....	116
3.4 Mercado de seguros e entraves à aplicação da cláusula.....	118
CAPÍTULO 4 – SUGESTÕES INTERPRETATIVAS À APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE ALOCAÇÃO DE RISCOS.....	120
4.1 Cláusulas modelo e prática: exemplo do <i>Silver Book</i>	121
4.2 Contratos de natureza internacional e cláusulas arbitrais	124
4.3 Compreensão da cláusula como cláusula excludente do dever de indenizar e modulação de efeitos	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134
APÊNDICE A – QUADRO DA MATRIX DE RISCOS SEGUNDO O <i>RED BOOK</i>.....	139
APÊNDICE B – QUADRO DA MATRIX DE RISCOS SEGUNDO O <i>SILVER BOOK</i>	143

INTRODUÇÃO

Os contratos de construção de infraestrutura celebrados entre pessoas jurídicas de direito privado ganharam espaço nas últimas décadas, especialmente em razão do contexto de privatizações e criação de agências reguladoras, bem como da institucionalização de mecanismos para delegação de serviços públicos, as normas setoriais de energia, portos, mineração e as regras gerais de concessão e parcerias público privadas¹.

Os contratos de construção, cujo conceito, função econômica e características serão estudados no Capítulo 1 desta dissertação, em sua formulação e aplicação, trouxeram novidades sob o ponto de vista jurídico que, em um primeiro momento, podem-se considerar dissonantes em relação às linhas gerais do Código Civil.

De fato, os contratos de construção celebrados entre particulares no Brasil se alimentaram de práticas internacionais. Algumas delas encontram-se sistematizadas e funcionam como verdadeiros centros de autorregulação. Uma das mais importantes para o setor é aquela oriunda da *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), associação de engenheiros que, na década de 1990, publicou livros com modelos padronizados para cláusulas em contratos de construção, com o objetivo de antecipar a conduta dos agentes diante da verificação do risco de atraso e de eventuais pedidos de reequilíbrio econômico e financeiro no transcorrer da obra.

A influência dessas práticas internacionais não deixou de ser percebida no Brasil. Também em razão das particularidades do sistema jurídico brasileiro em face de outros, algumas disposições dos contratos atípicos de construção podem suscitar dúvidas interpretativas ao operador do Direito que se deparar com controvérsias decorrentes delas.

Para os propósitos do presente trabalho, elegeu-se uma cláusula que, manifestamente atípica (embora própria dos contratos estudados), aparenta contrapor-se aos ditames vigentes: as chamadas *mutual hold harmless clauses* ou cláusulas de *knock-for-knock*. Elas dialogam com

¹ Lei do setor elétrico, Lei Geral de Portos, Código Minerário, Lei Geral de Concessões de Lei de Parcerias Público Privadas.

os artigos 186 e 927 do Código Civil. O aparente conflito poderá ser uma das causas de problemas interpretativos, especialmente no caso de judicialização dessa cláusula. Os conflitos jurídicos, contudo, devem ser, quando possível, evitados, a fim de que não se encareça o custo da obra. Caso ocorram, entretanto, devem ser resolvidos de modo sensível à nova realidade posta e às funções econômicas do dispositivo estudado.

Ao considerar a realidade atual do País, é inegável a relevância dos conflitos jurídicos no ambiente da construção na indústria de infraestrutura. O quadro abaixo, extraído de artigo sobre o Brasil, publicado na sexta edição da *The International Arbitration Review*², apresenta as principais câmaras arbitrais brasileiras (*local institutions*), o número de processos iniciados nos últimos 7 (sete) anos (*arbitration proceedings initiated*), causas resolvidas (*arbitral awards rendered*), valores envolvidos em cada caso (*amounts at stake – reais*), as principais matérias envolvidas (*main matters involved*) e duração estimada de cada procedimento (*average duration of proceedings*).

Na linha indicativa das principais matérias envolvidas nos procedimentos arbitrais, percebe-se a preponderância de temas ligados à construção e infraestrutura (*services agreements, construction and infrastructure, energy, construction of small hydroelectric plants*).

² BAPTISTA, Luiz Olavo; ALVES, Mariana Cattell Gomes; TOMIMATSU, Camila Emi. *Brazil*. In: CARTER, James H. (org.). *The International Arbitration Law Review*. London: Law Business Research, 2015. p. 126-127.

<i>Local institutions</i>						
	AMCHAM	CAMARB	CCBC	FGV	CIESP/ FIESP	CAM
<i>Arbitration proceedings initiated</i>						
2008	11	11	27	15	28	Not applicable
2009	4	21	49	14	43	Not applicable
2010	10	15	48	8	40	4
2011	6	12	63	6	32	7
2012	12	13	64	17	41	16
2013	10	20	90	22	37	7
2014	5	30	95	31	44	16
<i>Arbitral awards rendered</i>						
2008	9	5	11	6	15	Not applicable
2009	4	9	18	13	18	Not applicable
2010	3	8	10	9	19	0
2011	5	8	21	7	23	2
2012	4	9	38	5	23	2
2013	6	5	25	3	7	11
2014	8	12	47	6	18	14
<i>Amounts at stake (reais)</i>						
2008		163,879,943	3,948,090,729	513,000	From 1 million	Not applicable
2009	Not available in 2008 and 2009; average of 15 million in 2010	113.447 million	1,490,687,709	470 million	to 233 million in 2008 and 2009; from 643,148.75 to 371.8 million in 2010	Not applicable
2010		76.1 million	1,626,794,543	Average of 25 million	2010	Average of 498,980,365
2011	Maximum of 67,667,549.70 and average of 3,533,509.92	From 200,000 to 33.73 million	From 10,000 to 240 million	From 500,000 to 146,270,275.07	From 35,692.40 to 74,348,320	Average of 1,102,203,387
2012	From 400,000 to 16.27 million	From 200,000 to 103.697 million	From 329,115 to 393.985 million	From 1 million to 115,145,000	From 238,650 to 900 million	From 35,029 to 70.16 million
2013	From 700,000 to 16 million	From 200,000 to 90 million	From 1,000 to 194 million	From 10,000 to 374,669,884.52	From 79,000 to 230 million	From 98,000 to 110.24 million
2014	From 186,000 to 230 million	From 200,000 to 700 million	From 10,000 to 600 million	From 269,000 to 100 million	From 69,000 to 278 million	From 100,000 to 1 billion
<i>Main matters involved</i>						
	Corporate; share purchase agreements; provision of services agreements	Construction and infrastructure; corporate and commercial; public and private partnership contracts (involving state parties)	Construction; corporate and commercial	Energy; construction of small hydroelectric energy plants; corporate	Construction; provision of services; corporate; insurance	Corporate; commercial; stock market
<i>Average duration of proceedings</i>						
	16 months	16 months	16 months	12 to 16 months	18 months	15.5 months

É evidente a existência de variados fatores associados ao alto grau de litigiosidade desses contratos, a saber: sua complexidade; diversos fatores externos relacionados à execução de uma obra ou à operação de equipamentos de infraestrutura; fluxo de disponibilidade de materiais; alta propensão a acidentes; dificuldade de coordenação dos diversos atores envolvidos que, frequentemente, ocasionam alterações imprevistas, como atrasos no cronograma e variações no custo. Tanto esses atrasos quanto os pleitos de reequilíbrio financeiro podem onerar o dono da obra. No cerne dessas disputas encontram-se, justamente, as ações de apuração de responsabilidade pelos valores não previstos e para pedidos indenizações.

Tanto é assim que Clóvis do Couto e Silva³, pioneiro no Brasil no tratamento dos contratos de *engineering*, apontava já em 1992, a necessidade de atenção a um ente responsável pela fiscalização e gestão da obra, que seria o responsável por acompanhar, no dia a dia, eventuais causas de atrasos e aumentos de custo, além de, como um mediador, discernir a responsabilidade do empreiteiro.

Os atrasos nos cronogramas de execução ou problemas na correta manutenção de equipamentos são, muitas vezes, penalizados por meio das chamadas cláusulas *back-to-back*, ou seja, cláusulas que repassam responsabilidades assumidas pelo dono da obra ao empreiteiro. Geralmente, repassam-se multas atribuídas ao dono da obra que é parte em um contrato administrativo, na figura de concessionário ou autorizado. Dado que as obras de infraestrutura estão associadas à concessão de serviços sob responsabilidade do Estado, os contratos originários estabelecem, não raro, penalidades para atrasos no cronograma⁴, a fim de se preservar o interesse público. O repasse da multa aplicada ao dono da obra ao empreiteiro também está sujeito a contestações e pleitos de apuração de responsabilidade.

Contudo, não se pode ignorar a hipótese supramencionada de a origem dos conflitos – oriundos dos contratos de construção e manutenção de grandes obras de infraestrutura – relacionar-se à novidade dos modelos contratuais atípicos no mercado privado brasileiro, o que pode causar dúvidas sobre sua exigibilidade e interpretação. Diante disso, abre-se margem para

³ SILVA, Clóvis V. Do Couto. Contrato de *Engineering*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 685, 1992, p. 30-40.

⁴ O artigo 86 da Lei nº 8.666, de 1993, que estipula as normas gerais para os contratos públicos, estabelece que: “O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”.

a litigância desmedida, uma vez que não há consolidação de entendimentos dominantes sobre a validade e eficácia, por exemplo, de disposições atípicas de alocação de riscos e determinação de responsabilidades. Na legislação, há alguns dispositivos no Código Civil sobre o contrato de empreitada (artigo 610 a 626) e outros poucos na legislação administrativa (artigos 6, 21, 47 da Lei nº 8.666, de 1993).

Em termos conceituais, conforme introduzido anteriormente, a cláusula de *knock-for-knock* possibilita a antecipação de soluções para um determinado risco existente por meio da negociação prévia de responsabilidades. Trata-se de um mecanismo pouco oneroso para a mitigação de problemas de grandes proporções a que os contratantes estão sujeitos.

No entanto, é igualmente preciso considerar que a aplicabilidade desse instituto enfrenta diversos desafios conceituais em razão dos procedimentos cristalizados na doutrina e jurisprudência para a apuração da responsabilidade das partes. Por um lado, pode-se alegar que a regra de responsabilização do Código Civil Brasileiro (artigos 186 e 927) que estabelece o dever de se reparar o dano causado a outrem é cogente e, por essa razão, não caberia sua subversão por entes privados. Por outro lado, pode-se alegar que essa cláusula é possível dentro de determinados limites, excluídos o dolo e a culpa grave, já que o ordenamento jurídico teria interesse em mitigar tais condutas, trazendo-lhe uma regra de não incentivo.

A primeira tese pode ser afastada, de plano, pela própria redação contratual. De fato, há exemplos de cláusulas que funcionam da seguinte maneira: a parte A se responsabiliza pelos custos decorrentes de danos causados a seu próprio equipamento ou pessoal, ainda que causado pela parte B, assim como se obriga a manter a parte B indene em processos dos quais a parte B seja ré, caso eles decorram de dano a empregados de A ou a seus equipamentos. Desse modo, não haveria, propriamente, uma subversão da regra de atribuição de responsabilidade. Poder-se-ia argumentar, hipoteticamente, que ainda que não se considere cada parte responsável por seus próprios equipamentos e materiais, ela teria a obrigação de custear a reparação.

A doutrina privatística brasileira já deparou com raciocínios semelhantes ao tratar da separação dos conceitos de dever e responsabilidade⁵. Sendo o fenômeno da cláusula de *knock-*

⁵ Fábio Konder Comparato, ao revisar sua tese de doutoramento (*Essai D'analyse Dualiste de L'obligation en Droit Prive*), em artigo intitulado "Obrigações de meios, de resultado e de garantia" (Revista dos Tribunais, v. 26, n. 386, 1967), demonstra a separação do "dever" da "obrigação", afirmando que: "[o] *dever está na obrigação, mas não é toda a obrigação. A relação de obrigação compõe-se de dois liames distintos: o de débito-crédito e o*

for-knock, é necessário estudar tais conceitos, bem como sua independência e mecânica, e, diante disso, avaliar se a compreensão de sua separação é suficiente para evitar questionamentos quanto à pretensa subversão de norma cogente de determinação de ilícitos civis. É propósito, nesse ensejo, debruçar-se sobre os institutos de dever, responsabilidade e reparação. Com isso, pode-se alcançar o cerne de sua finalidade e entender as facetas de seu mecanismo, assim como sua suficiência para explicar a cláusula de *knock-for-knock* e as particularidades dessa em face da pesquisa levantada.

Busca-se, desse modo, dar tratamento à cláusula de *knock-for-knock* compatível com sua finalidade e função econômica, a fim de se delinear caminhos que evitem dúvidas em momentos de julgamento de pleitos tangentes a esse tema. Isso se dá a partir da demonstração da suficiência ou limitação do material legislativo e doutrinário já existente.

Quanto à segunda tese introduzida acima, que indica que a cláusula de *knock-for-knock* seria válida para todos os casos que não envolvessem dolo ou culpa grave, há ecos de sua consolidação nos ensinamentos pátrios a respeito da Cláusula de Não Indenizar⁶. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro parece punir, com mais severidade, danos realizados com intenção ou grande negligência. Assume-se que a vontade é nuclear⁷ nas operações jurídicas e que condutas que mostram desvio repercutem, de modo especial, em reações negativas.

No entanto, a disciplina relacionada à cláusula de não indenizar parece não atender, de modo direto, às situações contemporâneas ligadas à construção de grandes obras e operações em plataformas de petróleo, por exemplo. Em princípio, deve-se ponderar que a discussão subjacente às teses doutrinárias, nesse sentido, diz respeito a danos causados por terceiros em locais de propriedade de determinado prestador de serviço contra o contratante do serviço – a exemplo, a regra de um determinado estabelecimento comercial de não se responsabilizar por furtos que ocorreram no estacionamento do qual é proprietário.

Considerando especialmente a proteção específica dada a determinadas relações contratuais no Brasil, por exemplo, a relação consumerista⁸, pode-se assumir que a vedação da

de responsabilidade-garantia”.

⁶ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não indenizar**: chamada cláusula de irresponsabilidade. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955.

⁷ MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 173-174.

⁸ O privilégio dado à parte insuficiente na relação jurídica consumerista é presente no Brasil em razão da disciplina

cláusula de não indenizar, em caso de dolo ou culpa grave do dono do estabelecimento, possui razões próprias que promovem, por exemplo, a proteção à parte hipossuficiente.

De todo modo, ainda que se constate que as teorias sobre as cláusulas de não indenizar tratavam de situações sem qualquer semelhança com as situações enfrentadas diante de controvérsias relacionadas às cláusulas de *knock-for-knock*, há que se ponderar, na execução deste trabalho, a função legislativa de incentivar ou repudiar determinados atos em prol do interesse público e da expectativa de conduta dos agentes de mercado.

De fato, permitir que não se suportem os custos decorrentes de dolo parece contradizer a regra que veda beneficiar-se da própria torpeza. Para isso, o Código Civil demanda que, na condução dos negócios jurídicos, aja-se com probidade e boa-fé⁹. Por outro lado, a apuração da existência e extensão do dolo na rotina da operação de um parque eólico ou operação de plataforma petrolífera pode ser sensível e dispendiosa. Dificilmente alguém que aja em nome do empresário ou sociedade empresária, responsável pelo dano, participará ativamente do incidente, de modo que essa preocupação possa se revelar vazia em conteúdo programático. É intuito desta pesquisa delinear os impactos do cumprimento da cláusula de *knock-for-knock* e condutas que, indiretamente, ponham em xeque sua extensão ante os princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho promove, ainda, certa aproximação com outros ramos do Direito, ainda que sem os explorar em profundidade, apenas a título de observação do interesse público envolvido, em especial o direito securitário, ao se entender as razões econômicas para mudanças nas regras de responsabilidade por custos de danos e caso fortuito, e o direito trabalhista, ao abordar a necessidade de proteção de empregados. De fato, a responsabilização pelo dano a indivíduos é reforçada quando se está diante de relações que indireta ou diretamente envolvem empregados. Ainda que se sustente que o empregado será de toda forma indenizado, parece difícil pensar que a atribuição de responsabilidade por um acidente ao empregador não incentive o empregado a também acionar o autor do dano.

Outro aspecto a ser considerado é a inovação que a cláusula de *knock-for-knock* promove em modelos de seguros contra acidentes e, nesse sentido, trazendo à tona, sob outro

específica da Lei 8.078/1990.

⁹ Artigo 422 do Código Civil.

viés, as discussões sobre a separação de dever e responsabilidade. Apesar da existência de tais temas laterais, é importante ressaltar que as discussões que mais preocupam referencem-se tanto ao binômio custo-risco quanto ao modelo de responsabilidade pretendida, bem como à aplicabilidade de uma cláusula que redireciona o ente acionado na ocorrência do dano.

Ainda que elas se mostrem vantajosas sob o ponto de vista comercial, o arcabouço jurídico das cláusulas, objeto deste trabalho, precisa ser delineado para que se compreendam os fundamentos de sua aceitação em eventual disputa judicial. Nesse sentido, o trabalho pretende desenvolver algo precípuo da pesquisa em direito comercial: a identificação de uma nova atividade jurídica do universo empresarial e o exercício jurídico de entendimento de sua aplicabilidade e alcance¹⁰. Em última instância, buscar-se-á apresentar quais pontos minimizam o custo judiciário que pode ser incluído em contratações, em caso de interpretações destoantes da função econômica em discussão.

Para atingir seu escopo, a pesquisa estudará a espécie jurídica na qual se insere essa cláusula de alocação de riscos. Investigará, além disso, sua função econômica e suas características principais, a fim de delinear um contexto para o entendimento do problema específico. O objeto que estará presente no Capítulo 1.

No Capítulo 2, analisar-se-á a origem da cláusula em estudo, bem como de seu conceito, função econômica, e a materialização em exemplos nos diversos setores de infraestrutura. Avalia-se também a recepção da cláusula em ordenamentos estrangeiros, notadamente o inglês e o estadunidense, em razão da familiaridade desses sistemas com a indústria em questão e negociações em seu âmbito. O Capítulo 3 será dedicado aos problemas interpretativos relacionados às cláusulas do estudo.

Por fim, tecer-se-ão, no Capítulo 4, sugestões interpretativas para a recepção da cláusula de alocação de riscos, qual seja, cláusula de *knock-for-knock*, no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a resolução dos conflitos decorrentes de sua utilização.

¹⁰ Essa funcionalidade nada mais é que o método indutivo indicado no rodapé de número 7. Exemplifica-se essa funcionalidade na tese doutorado apresentada por Lie Uema do Carmo, apresentada em 2012, sob a orientação de Paula Andrea Forgioni e intitulada “Contratos de Construção de Grandes Obras”; em: PELA, Juliana Krueger. **As golden shares no direito societário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012; na tese de doutorado de Leonardo Toledo da Silva, apresentada em 2015, sob a orientação de Paula Andrea Forgioni e intitulada: Contratos de aliança: direito empresarial e ambiente cooperativo.

CAPÍTULO 1 – CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO DE INFRAESTRUTURA: FUNÇÃO ECONÔMICA E CONCEITUAÇÃO

As cláusulas de *knock-for-knock* ou *mutual hold harmless*, objeto deste trabalho, são encontradas em contratos ligados à indústria da construção civil e infraestrutura cujos objetivos são múltiplos: construção, operação, manutenção, elaboração de projeto básico, projeto de engenharia, prestação de serviços de acompanhamento da obra, entre outros. Isto é, contratos cujo escopo se relaciona ao desenvolvimento próprio dessas indústrias. A fim de identificar o contexto de aplicação das cláusulas, faz-se necessário conhecer a espécie contratual em que se inserem, de maneira que sua novidade e sua função possam ser corretamente apreendidas.

Explicitamente, o ordenamento jurídico brasileiro conhece o instituto da empreitada, previsto no Código Civil (artigos 610 a 626), e na Lei nº 8.666, de 1993, que identifica os tipos empreitada global e empreitada parcial¹¹. A designação “contratos de construção”, entretanto, representa a tentativa da doutrina de classificação de um fenômeno negocial diverso que, embora contenha elementos do tipo jurídico empreitada, é dotado de características próprias. Nesse sentido, a classificação “contratos de construção” abrange, inclusive, serviços de contratação de projeto para ulterior construção e eventual manutenção da obra ou equipamento construído e abarca o fenômeno negocial originador das cláusulas em estudo.

A contratação de projetos de engenharia, supramencionada, é escopo característico dos chamados “Contratos de *Engineering*”. A respeito desses contratos, a doutrina brasileira manifestou-se, na década de 1990, por meio de um artigo de Couto e Silva¹², que definiu o contrato de *engineering* como:

¹¹ Lei nº 8.666, de 1993, Artigo 6º: “VIII – a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; e) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada [...]”.

¹² SILVA, Clóvis V. Contrato de *Engineering*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 685, 1992, p. 33.

[...] um negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constituem, no seu todo, o aludido negócio jurídico. O seu conteúdo pode abrigar, assim, contratos de empreitadas parciais, de planejamento de obra, de realização de certas partes ou equipamentos, contratos de serviços, contratos de transporte, contratos de supervisão, sendo a sua totalidade o “contrato de *engineering*”.

Como se depreende da definição supracitada, o *engineering* abrange mais elementos que a empreitada em si, compartilhando os elementos que lhe são próprios. Ainda abrange mais elementos que a mera contratação do projeto de engenharia. Por essa razão, apresenta limitações semânticas que comprometem sua adoção para o estudo das cláusulas em questão, observadas em negócios complexos que envolvem construção, operação e manutenção de construções e máquinas. Ilustra essa insuficiência, em relação aos negócios da indústria de construção, a lição de Orlando Gomes. O autor aponta que o objeto do *engineering* é mais amplo que seu significado sugere, extrapolando a mera elaboração de um projeto industrial, podendo incluir a “execução, a montagem e posterior assistência técnica”¹³.

Segundo Lie Uema do Carmo, em sua tese de doutoramento intitulada “Contratos de Construção de Grandes Obras”, o conceito “contratos de construção”, advindo do termo “*construction contracts*”, em razão da trajetória social de seu emprego, bem como de sua eficácia em identificar o fenômeno complexo da negociação contratual no ambiente da construção civil, representa uma escolha conceitual com mais vantagens em comparação com outras, como o conceito de *engineering*¹⁴.

Essa afirmação encontra apoio em definições tradicionais de contratos de construção na doutrina estrangeira. Segundo Furst¹⁵, autor de obra tradicional sobre o tema¹⁶, contrato de construção é:

[...] qualquer contrato em que um sujeito concorda, tendo em vista uma remuneração, a desenvolver trabalhos de construção, que podem incluir trabalhos de edificação, de engenharia ou outros. A expressão, portanto, engloba todo contrato, desde o simples acordo verbal para o reparo do telhado até sofisticados contratos de obras públicas.

¹³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 579.

¹⁴ CARMO, Lie Uema, **Contratos de Construção de Grandes Obras**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 35.

¹⁵ FURST, Stephen et al. **Keating on construction contracts**, 8th. Ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. p. 1-2.

¹⁶ CARMO, Lie Uema, op. cit., p. 34.

Pela definição, observa-se a abrangência do objeto contratual e sua constrição ao âmbito da construção civil. Na doutrina nacional, a autora resgata o conceito tradicional, de autoria de Hely Lopes Meirelles:

[...] [c]ontrato de construção é todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica legalmente habilitada a construir, que se incumbe dos trabalhos especificados no projeto, mediante as condições avençadas com o proprietário ou comitente. Esse conceito abarca, na sua generalidade, as duas modalidades de contrato de construção de obra particular conhecidas e praticadas entre nós – a empreitada e a administração -, as quais se diversificam nas condições econômicas da realização da obra, mas guardam as características da espécie que assinalamos¹⁷.
 Construção, em sentido técnico, oferece-nos o duplo significado de atividade e de obra. Como atividade, indica o conjunto de operações empregadas na execução do projeto; como obra, significa toda realização material e intencional do homem, visando adaptar a natureza às suas conveniências. Nesse sentido, até mesmo a demolição se enquadra no conceito de construção, porque objetiva, em última análise, a preparação do terreno para subsequente e melhor aproveitamento.

O conceito do administrativista, apresentado na íntegra, demonstra a pluralidade de objetos abarcada pelo fenômeno negocial dos contratos de construção corroborando o entendimento de que tal significante é representativo do fenômeno em estudo.

Para os fins da tese, a autora cita que contratos de construção são definidos da seguinte forma¹⁸:

[...] define-se contrato de construção em sentido amplo como aquele celebrado pelo proprietário ou dono da obra, como contratante, com uma pessoa física ou jurídica especializada em engenharia ou arquitetura, como contratada, que, em contrapartida ao preço, obriga-se a elaborar um projeto de engenharia ou arquitetura e a executar a obra, ou tão-somente a executar a obra, ou a realizar supervisão, monitoramento ou administração de uma obra, ou, ainda, se convencionado, a prestar a assistência e a operá-la. Seria um negócio jurídico celebrado pelo proprietário ou dono da obra, como contratante, com uma pessoa jurídica especializada em engenharia ou arquitetura, como contratada, que, em contrapartida ao preço, se incumbiria de projetar e, eventualmente, de executar uma obra de complexidade técnica, tecnológica ou financeira elevada, podendo ainda, se convencionado, obrigar-se a prestar assistência, mantê-la e operá-la.

Na definição da autora, a complexidade é um elemento importante. Esse termo permite que se identifique uma série de fenômenos contratuais nos contratos de construção, como o compartilhamento de riscos, a abertura desses contratos e a incompletude¹⁹. Para o trabalho aqui

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 236.

¹⁸ CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 36.

¹⁹ A incompletude contratual é estudada pelo trabalho de diversos autores. Ressalta-se: COLLINS, Hugh. **Regulating contracts**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 161-162; HART, Oliver; MOORE, John.

desenvolvido, de fato, o fenômeno negocial estudado deverá abranger o universo da construção como um todo, incluindo contratos de administração de obra ou operação. Assim, eles reúnem ao menos duas figuras tipologicamente consolidadas que acomodam as cláusulas em estudo: EPCs (*Engineering Procurement and Construction Agreements*) e O&M (*Operation and Maintenance Agreements*). Os contratos de construção, apoiados na terminologia “*construction contracts*”, em síntese, constituem um arcabouço terminológico que bem representa a espécie em que se insere o objeto do trabalho (em comparação ao *engineering* e à simples empreitada). Soma-se, ainda, “infraestrutura” à terminologia. Pois as obras de infraestrutura pressupõem, por sua natureza, a complexidade apontada. Afinal, infraestrutura não apenas envolve diversas áreas centrais para o desenvolvimento da indústria da construção, mas cada uma delas representa inúmeros desafios técnicos e tecnológicos e que não se confundem com as obras de construção de fins meramente particulares, como uma unidade isolada de residência.

Aliás, são essas particularidades técnicas e tecnológicas dos setores de infraestrutura, bem como as particularidades regulatórias, que tornam preferível, neste trabalho, o uso desse termo ao uso da expressão “contratos de construção de grandes obras”. De fato, há obras que podem ter porte considerável, como a construção de uma moderna agência bancária. Entretanto, não há a complexidade inerente aos setores de infraestrutura, muitas vezes regulados e sempre ligados a processos não ordinários, com número limitado de fornecedores e maior número de riscos envolvidos.

Ademais, as cláusulas em apreço neste estudo – *mutual hold harmless* – surgem na indústria de infraestrutura, justificando a pertinência temática do adjunto à espécie contratos de construção. Identificada a espécie em estudo, o perfil dos prestadores de seu serviço característico e a amplitude de seu objeto, passa-se a tecer considerações a respeito de sua função econômica, elementos nucleares e categorias negociais recorrentes por ele abarcadas.

1.1 Função econômica

De fato, os contratos são a forma jurídica de um fenômeno econômico e atribuem a ele determinadas consequências diante de sua verificação no mundo dos fatos²⁰. A fim de compreender o fenômeno jurídico, é importante conhecer, por sua vez, o fenômeno econômico que o subjaz. Dessa forma, será possível compreender a razão da regulação contratual, o que pode aclarar conflitos interpretativos, especialmente aqueles originados de regulação vigente.

Os contratos utilizados nos setores de infraestrutura derivam da necessidade de erguimento, construção, execução de obras de engenharia (tais como pontes, parques eólicos, parques industriais, usinas termelétricas, usinas hidrelétricas, montadoras, estações de tratamento de água e esgoto). Como exposto, essas atividades muitas vezes são complementadas pela operação dos objetos construídos, bem como sua manutenção, e podem fazer parte do mesmo contrato de construção.

O agente econômico interessado na construção, senhor do capital ou intermediador do capital advindo de linhas de financiamento é chamado dono da obra. Por não reunir os atributos para o desempenho dos objetos acima descritos (construção, operação, manutenção), ajusta, mediante remuneração a um construtor (ou empreiteiro), um determinado preço sob determinadas condições que envolvem, inclusive, o desenvolvimento de uma matriz de risco.

O conhecimento ou a antecipação de riscos é de suma relevância para o sucesso da construção, pois é necessário precisar os fatores que ocasionarão a revisão do valor devido pelo dono da obra. Conforme modelos contratuais consolidados na prática internacional, a proporção do risco assumida pelo construtor pode ser maior ou menor, impactando em sua potencial margem de lucro (ou remuneração projetada inicial), a depender do grau de envolvimento do construtor com o projeto de construção. Como se verá, ao estudar as características dos contratos desse setor, há várias razões que tornam complexa a distribuição da matriz de riscos.

De maneira bastante simplificada, o fenômeno econômico analisado é aquele por meio do qual se busca gerar determinados produtos no mercado de infraestrutura, que, em funcionamento, geram ativos para seu dono (energia elétrica, tratamento de água, rodovias são

²⁰ DE MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 174; HOHFELD, Wesley Newcomb. **Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial**. Tradução de REGO, Margarida Lima. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 17.

todos bens escassos cujo uso depende de determinada remuneração dos usuários). A criação desses produtos depende de profissionais especializados em tecnologia para tanto, de modo que seja injustificável capacitar pessoal próprio para a realização por si só desses projetos. Esses profissionais necessitam de uma remuneração que pode ser obtida pelo dono da obra ou inclusive por meio de financiamentos.

A função econômica dos contratos de construção de infraestrutura, em síntese, é ser instrumento regulatório entre as partes para a prestação de objetos de construção, operação e manutenção de equipamentos do setor de infraestrutura, mediante remuneração. Outra função econômica é a distribuição de metas para os contratados, obrigações para as partes, distribuição de penalidades e alocação de riscos a fim de que as partes consigam ver seus objetivos atendidos dentro das disputas por lucro individual e resultado. Devem funcionar, assim, como instrumentos redutores de custos de transação²¹.

A seguir, analisam-se algumas características peculiares aos contratos de infraestrutura, em vista de sua finalidade e das especificidades atribuídas a seus objetos. Essas características contribuirão para a compreensão dos conceitos envolvidos no título contratos de construção de infraestrutura, bem como para se entender o sentido das cláusulas objeto desse estudo, bem como sua causa, o que iluminará sua interpretação em face de disputas judiciais.

1.2 Características dos contratos de construção de infraestrutura

A indústria da construção de grandes obras e os múltiplos objetos que a envolvem possuem determinadas características econômicas identificadoras que, por sua vez, sugestionam os instrumentos jurídicos que revestem as suas transações características²².

1.2.1 Incompletude contratual

Um primeiro atributo característico dessa forma de contratação é que se trata de negócio

²¹ COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 37.

²² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

de execução continuada ou diferida. Isso significa que o prazo entre a negociação e a entrega do objeto contratado prolonga-se no tempo. As razões para isso são várias. Primeiramente, há múltiplas etapas envolvidas, a saber: há as diversas fases do projeto (elaboração de projeto básico e projeto executivo; seguidas da preparação do terreno, estudo do solo, terraplanagem); construção de edificações; construção dos projetos e montagem dos equipamentos fornecidos; há a etapa de finalização da construção, com instalação de revestimentos e acabamentos; a depender do contrato há ainda as fases de testes de comissionamentos²³.

Não só são múltiplas as etapas envolvidas, mas há um grande grau de interdependência e sucessão entre elas: a terraplanagem depende do projeto básico, a finalização da construção do projeto depende da construção dos fundamentos, os testes dependem da montagem, entre outros.

Além da grande quantidade de etapas, pode-se citar, como razão para a longa duração desses negócios, a natural revisão de aspectos inicialmente planejados. De fato, há muitos elementos que, embora vislumbrados nos momentos iniciais da contratação, precisam ser revistos ao longo da obra, já que fatos da realidade são suscetíveis de variações, assim como a disponibilidade dos materiais disponíveis para fornecimento, condições pluviométricas e geológicas, e, algumas vezes, as projeções de demanda do dono da obra.

Por fim, há que se listar a incapacidade econômica de agentes do mercado de construção contarem com múltiplos trabalhadores e tecnologias vultosas para aceleração do projeto de construção e montagem. Esse fator poderá determinar maior ou menor velocidade na execução, mas, em geral, as somas envolvidas para tornar o processo mais célere inviabilizam financeiramente o projeto²⁴.

Lie Uema do Carmo explica a característica econômica da longa duração contratual comparando a construção de grandes obras com negociações que envolvem aquisições à vista no mercado. Em certas indústrias, explica, bens “comoditizados” podem ser adquiridos instantaneamente, mediante instrumentos simples de negociações. Sua disponibilidade é imediata. A aquisição desse tipo de bem permite, inclusive, a criação de contratos de

²³ Câmara Brasileira da Indústria da Construção – Contrate certo. Disponível em: <http://cbic.org.br/guia-contrate-certo/mobile/index.html#p=1>. Acesso em: 17. mar. 2020.

²⁴ HART, Olivier; MOORE, John. Incomplete Contracts and Renegotiation, *Econometrica*, v. 56, n. 4, p. 755.

fornecimento de longo prazo. Nesse caso, apesar de envolver prestações diferidas no tempo, elas serão sempre instantâneas, conforme demandado pelo adquirente.

A longa duração nos contratos de construção, como visto, explica-se em razão de fatores diferentes. Não se trata da vontade única do adquirente de receber os bens comercializados ao longo do tempo, mas sim da existência de múltiplas etapas interdependentes e sucessivas, revisões negociais e indisponibilidade de materiais e pessoas para rápida execução.

A longa duração deve ser entendida, nos contratos de construção de grandes obras, conjuntamente com outra característica: a especificidade do ativo e do investimento. De fato, o investimento realizado pelas partes em contratos de infraestrutura, por exemplo, é sempre específico: parques eólicos, por mais abundantes, não se assemelham à construção de um imóvel residencial. Os materiais envolvidos, os fornecedores necessários, os projetos empreendidos são todos particulares. A especificidade acarreta, por sua vez, uma relação de interdependência entre as partes: o fornecedor depende do contratante para atingir suas metas, o contratante, por sua vez, iniciada a contratação, depende do fornecedor (a procura de novos fornecedores demandaria muito tempo e muito dinheiro).

Assim, os contratantes encontram-se em posição de vulnerabilidade e dependência. Essa posição ocasiona, por sua vez, o potencial comportamento oportunista das partes²⁵. Pois, de fato, as partes nesse tipo de negócio são reféns da seleção adversa, já que são incapazes de conhecer todas as variáveis envolvidas no curso do desenvolvimento das atividades. Dessa forma, as escolhas e afirmações feitas podem não se concretizar no futuro. A isso soma-se o risco moral envolvido: na incapacidade de antever todas as variáveis, as partes podem realizar afirmações não confiáveis²⁶. O resultado é um conjunto de ações egoísticas em que as partes procuram evitar erros e consequências negativas do ambiente de seleção adversa e risco moral, em favor próprio, o que constitui oportunismo negocial. Isso significa que os agentes tendem a utilizar a informação que detém em proveito próprio, e não da contraparte²⁷. O oportunismo negocial, presente em negociações de longa duração, terá impactos significativos na forma de contratação e nas cláusulas que moldarão contratos de construção de infraestrutura.

²⁵ WILLIAMSON, Oliver E. *Opportunism and its critics. Managerial and Decision Economics*, v. 14, n. 2, 1993, p. 101.

²⁶ Idem, p. 101.

²⁷ FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, São Paulo: RT, 2009, p. 144.

De fato, em razão do oportunismo, os instrumentos buscados pelas partes para regular suas ações ao longo do tempo devem ser capazes de coibi-lo ou desencorajá-lo. Ao mesmo tempo, devem ser flexíveis o suficiente para permitirem reajustes necessários à persecução da finalidade almejada. Como visto, ajustes são necessários ao longo de um contrato.

1.2.2 Capital intensivo, indivisibilidade, irreversibilidade

Lie Uema do Carmo aborda, como primeira característica econômica dos contratos de construção de grandes obras, a existência de capital intensivo, indivisibilidade e irreversibilidade das prestações. Nos negócios em estudo, tanto pela escassez de materiais, como pela complexidade dos sistemas construídos, bem como por seu porte, haverá grande soma de capital investido²⁸. Trata-se, efetivamente, de uma indústria em que circulam grandes aportes de capital. Não por outra razão é uma indústria em que o financiamento é aspecto tão presente²⁹.

Como demonstrado, os negócios jurídicos da indústria de construção passam por várias etapas sucessivas e interligadas. Sob o ponto de vista financeiro, isso significa também que a conclusão de uma etapa não representa uma unidade produtiva. Significa a conclusão de um momento do processo que apenas terá valor com a entrega total do produto. A construção e entrega de uma pá eólica, por exemplo, não tem valor antes de sua montagem e comissionamento. Daí se dizer que além de vultosos, os valores envolvidos são indivisíveis³⁰ e irreversível será seu processo – iniciada a terraplanagem, os investimentos de reflorestamento e reuso do solo serão expressivos muitas vezes, por outro lado, o abandono da obra pode ter impactos ambientais e sociais não desprezíveis.

²⁸ Quanto se gasta com a indústria da construção. MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. *Introduction*. In: _____. (Orgs.) *The strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks and governance*, Hong Kong: MIT, 2000, p 12.

²⁹ Nesse sentido, foi publicada a Lei nº12.431, de 2011, criando debêntures incentivadas para projetos de infraestrutura.

³⁰ CARMO, Lie Uema, *Contratos de Construção de Grandes Obras*, p. 144.

1.2.3 Negócio jurídico integrante de uma rede de contratos

Outro aspecto econômico relevante da negociação dos contratos de construção é a presença de uma pluralidade de agentes colaborando para a realização da obra e a organização dos meios de produção em torno de uma rede de contratos³¹. De fato, no desenvolvimento de projetos de construção, há uma série de relações bilaterais e associativas que, embora autônomas, encontram-se ligadas em relação a uma finalidade comum. Essa finalidade acarreta tal nível de dependência entre agentes diversos, a ponto de um contrato afetar o outro.

Os feixes contratuais que surgem em razão da pluralidade de partes e da centralidade dos fins envolvidos podem ser classificados como “rede contratual” na definição de Hugh Collins, uma vez que constituem “uma combinação de contratos relacionais próximos ao extremo híbrido do espectro, juntamente com elementos cooperativos encontrados em associações multilaterais ligadas por meio de contratos bilaterais”³².

Os contratos de construção de infraestrutura, como aponta Lie Uema, produzem uma rede contratual, ao se considerar sua relação com seus respectivos subcontratados. Além disso, em conjunto com o contrato de financiamento, integram, em forma de rede, o contrato de concessão, o contrato associativo da sociedade de propósito específico, *joint venture* ou consórcio e o contrato securitário³³. Ademais, há que se informar que esses contratos associativos (sociedades de propósito específico, *joint ventures* e consórcios) são recorrentes nessa forma de negócio. Isso porque os riscos envolvidos e investimentos vultosos necessários aos projetos levam o dono da obra a organizar-se juntamente com outros agentes para partilha dos custos e divisão dos riscos. De fato, a regra nos projetos de infraestrutura, como se verá, é que o dono da obra figure como delegatário de uma concessão de serviço público. Somam-se, então, aos custos e riscos do projeto, as responsabilidades perante o poder concedente que inserem negócios plurilaterais³⁴ à rede, tornando-a complexa.

³¹ Orienta essa interpretação: MACNEIL, Ian. **O Novo Contrato Social**. Tradução de LAMPARELLI, Alvamar. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; LONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³² “[...] a combination of relational contracts close to the hybrid end of the spectrum together with co-operative elements found in multilateral associations linked through bilateral contracts”. COLLINS, Hugh. *Introductions*. In: TEUBNER, Gunther; COLLIS, Hugh (eds.) **Network as connected contracts**. Oxford: Hart, 2011, p. 10.

³³ CARMO, Lie Uema, **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 157.

³⁴ DE MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência, p. 207.

Outra ferramenta interpretativa para fenômenos em que há pluralidade de envolvidos para prestações diversas, contudo convergentes a um fim comum, é a firma. Na estrutura desse conceito, estabelece-se um centro decisório que comanda e organiza a distribuição de bens de diversos fornecedores de modo mais econômico que a estruturação de vários contratos bilaterais. Dessa maneira, a firma surge como solução na medida em que possibilita reduzir a apenas um contrato o desenvolvimento de atividades que dependeriam de vários. A firma também pode ser escolhida no desenvolvimento de contratos de longa duração, afinal, ela permite que lacunas sejam convenientemente preservadas para futuras alterações nas condições de desenvolvimento contratual.

No caso de contratos de construção de infraestrutura é mais oportuno interpretá-los como negócios jurídicos amalgamados em uma rede de contratos. Embora as múltiplas partes estejam coordenadas em razão do projeto, de modo que o contrato de uns impacta a atividade dos outros, os contratos bilaterais mantêm-se autônomos; há autonomia patrimonial e decisória e alocação de riscos individuada. Não se deve perder de vista, entretanto, a possibilidade de identificar um pleito entre as partes, dentro do universo de contratos envolvidos, ainda que uma parte não esteja contratada com outra, em razão da unidade do projeto. Claudio Godoy afirma que contratos pertencentes a redes são ajustes interdependentes e interrelacionados que, ao vincular pessoas diversas, podem fazer-lhes oponentes a um contrato de que não fizeram parte³⁵.

De fato, um dos efeitos jurídicos da rede contratual, como lembra Lie Uema do Carmo:

[...] o surgimento de deveres de lealdade, de apoio ao sistema criado e de deveres de cooperação em geral, bem como deveres de informação e de sigilo. Ainda, as implicações da rede podem englobar situações bastante difíceis de se enquadrar dentro dos limites rígidos da relatividade dos contratos, tais como a possibilidade de a sociedade proprietária da obra ter de lidar diretamente com um subcontratado ou fornecedor do EPCista, se necessário for³⁶.

A vinculação entre os diversos envolvidos na obra é expressa, comumente, em cláusulas *back-to-back*. A exemplo, as responsabilidades de um dono da obra em relação ao poder concedente podem ser repassadas a um construtor que, por sua vez, pode repassar responsabilidade a determinados fornecedores, via cláusulas contratuais. Tais modelos escritos revelam a preocupação de se disciplinar a situação fática da rede contratual, evitando-se pleitos

³⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 150.

³⁶ CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 159.

não previstos textualmente, mas admissíveis, como mostra o trabalho de Claudio Godoy acima.

1.3 Particularidades da atuação do contrato de construção de infraestrutura

As características, que serão analisadas adiante, não são particulares apenas dos contratos de construção, mas representam situações comuns que individualizam seu tratamento no direito brasileiro. Implicam diretamente a negociação desses contratos, precificação, determinação de prazos e multas por inadimplemento contratual, e atribuição de responsabilidade das partes.

1.3.1 Administração como ente contratante ou poder concedente de serviço público que demanda etapas de construção do concessionário

Uma situação relevante para os contratos de construção, particularmente aqueles celebrados no Brasil é a conexão, direta ou indireta, existente entre construtor e dono da obra em relação à administração pública. Essa situação influencia sobremaneira as negociações envolvidas nos feixes de contratos no âmbito da indústria da construção, dado que as cláusulas contratuais deverão refletir as diretrizes da administração. Como se verá adiante, a presença da administração também exerce influência sobre a percepção de risco dos contratantes.

A presença do Estado como contratante remonta às suas prerrogativas constitucionais no âmbito de setores de infraestrutura. De fato, muitas vezes, a atividade fim desses setores é de competência pública. Saneamento básico e promoção da habitação devem ser conduzidos pela União, Estados e Municípios³⁷; os locais de exploração hídrica e mineral³⁸; serviços ferroviários, rodoviários e potenciais de energia elétrica³⁹ também são de competência da União. A

³⁷ Constituição Federal. “Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

³⁸ Constituição Federal. “Artigo 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

³⁹ Constituição Federal. “Artigo 21. Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização,

constituição prevê que os serviços ligados a esses setores de infraestrutura poderão ser prestados diretamente ou mediante delegação. A presença do Estado como promotor da construção, entretanto, remonta a período anterior à própria Constituição. Em relação a esses setores, havia certa exclusividade, e o pensamento econômico vigente ao longo da segunda metade do século XX⁴⁰ acompanhava a tendência de promoção, por parte do Estado, de melhorias mediante grandes obras.

É salutar, na literatura jurídica, ponderar que o grande material didático sobre o direito de construção (referência desde a segunda metade do século passado) foi escrito por um administrativista: *Direito de Construir*, de autoria de Hely Lopes Meirelles⁴¹. Não sem razão, a lei que regulamenta as contratações públicas no Brasil é a que apresenta distinções conceituais entre modalidades de contratos de construção, como se demonstrou acima.

São exemplos da iniciativa estatal no âmbito dessa indústria: a construção da ponte Rio-Niterói, a construção de inúmeras rodovias interestaduais, portos públicos⁴², aeroportos etc. A Constituição de 1988, as privatizações, a criação das agências reguladoras⁴³ e o surgimento de um aparato jurídico para a concessão de serviços públicos (com a Lei nº 8987, de 1993, e a Lei nº 11.079, de 2004) abriram a possibilidade de as atividades de construção nos setores de infraestrutura serem coordenadas, negociadas e realizadas por entes privados. Isso porque a possibilidade de delegação e, especialmente, concessão dos serviços estabelece uma relação contratual entre a administração pública e particulares que dispensa a celebração de um contrato direto de construção. Nessa modalidade de contrato administrativo, a administração cobrará dos

concessão ou permissão: b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres”.

⁴⁰ BUENO, Júlio César. *Melhores Práticas em Empreendimentos de Infraestrutura: Sistemas Contratuais Complexos num ambiente de negócios globalizado*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord). **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62-63.

⁴¹ O livro foi publicado originalmente em 1961 pela editora Revista dos Tribunais.

⁴² Os portos brasileiros tiveram sua iniciativa inicial de construção pela administração, daí deriva-se a possibilidade futura de arrendamento de áreas portuárias existentes (QUEIROZ JR. A reforma conceitual do sistema Portuário Nacional. **Portogente**, 12 dez. 2006).

⁴³ Lei nº 11.182, de 2005 (criou a Agência Nacional de Aviação Civil), Decreto nº 2.455, de 1998 (implanta a Agência Nacional do Petróleo), Lei nº 9.961, de 2000 (criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar), Lei nº 10.233, de 2001 (cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes), Lei nº 9.782, de 1999 (cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária), Lei nº 9.472, de 1997 (cria a Agência Nacional de Telecomunicações).

concessionários ou delegatários do serviço público, a performance dos índices de promoção do respectivo serviço. Resta a esse concessionário (entidade privada), celebrar os contratos de construção respectivos para garantir a prestação adequada do serviço.

O setor elétrico é representativo do potencial administrativo para a geração de oportunidades privadas no âmbito da indústria da construção. As concessões de serviço público relacionado à energia elétrica funcionam mediante outorga de concessões, permissões ou autorizações.

As companhias ou consórcios que pretenderem construir ou operar instalações de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica no Brasil deverão obter a outorga de concessão, permissão ou autorização, conforme o caso, perante o Ministério de Minas e Energia (no caso de participação em leilão) ou a Agência Nacional de Energia Elétrica (no caso de comercialização no chamado ambiente de contratação livre), como autoridades competentes no setor de energia elétrica. As concessionárias serão remuneradas diretamente pelos usuários de energia elétrica, cabendo a elas, negociar os contratos de construção, operação e manutenção respectivos. Tendo em vista a remuneração e a quantidade de energia a ser oferecida, buscarão, por sua iniciativa (de acordo com prazos pré-estabelecidos), os contratos de construção necessários.

No setor portuário, a regulação vigente, Lei nº 12.815 de 2013, também proporciona o incentivo a contratos de construção. Os portos públicos existentes podem ter regiões de suas áreas arrendadas. Nessa modalidade de concessão, o arrendatário explorará a região do porto loteada, realizando construções de melhoria e operando atividades do porto. Será remunerado mediante o pagamento das tarifas dos usuários dos portos⁴⁴.

Além dessa modalidade de exploração, o setor possui modelo semelhante às autorizações para exploração de pequenas centrais hidrelétricas. Trata-se da autorização para exploração de Terminais de Uso Privado. Para a exploração desse serviço, basta autorização da administração, após solicitação formal, acompanhada de projeto executivo e demais documentos solicitados pela Lei nº 13.815 de 2013, e o Decreto nº 8.033 de 2013, que a

⁴⁴ Lei 12.815, de 2013. “Artigo 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento”.

regulamentou⁴⁵. Apesar da legislação recente, esse modelo de autorização combinado com a remuneração do concessionário mediante tarifas portuárias era sustentado pela lei anterior⁴⁶.

O setor minerário, com legislação vigente anterior à Constituição, funcionava de maneira semelhante, na medida em que os arrendamentos minerários eram remunerados pela própria exploração dos recursos pelo arrendatário, cabendo a ele realizar as construções e escavações pertinente, devendo ao poder público apenas taxas específicas pelo uso do subsolo e exploração da atividade comercial pertinente⁴⁷.

Para outros serviços dependentes de construções de infraestrutura (rodovias, ferrovias, serviços de abastecimento de água e esgoto), a lei geral de concessões, Lei nº 8.987 de 1994, serviu como guia para o surgimento de projetos no País. O modelo rodoviário, em que os pedágios amortizavam os investimentos de construção dos respectivos concessionários, é exemplo claro da efetividade da lei, nesse sentido⁴⁸.

É fato, contudo, que vultuosos investimentos em construção não são necessariamente amortizados mediante a cobrança de taxas a usuários. Dessa maneira, a existência exclusiva

⁴⁵ “Artigo 27. Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq, a qualquer tempo, mediante a apresentação dos seguintes documentos, entre outros que poderão ser exigidos pela Antaq: I – declaração de adequação do empreendimento às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, emitida pelo poder concedente; II – memorial descritivo das instalações, com as especificações estabelecidas pela Antaq, que conterà, no mínimo: a) descrição da poligonal das áreas por meio de coordenadas georreferenciadas, discriminando separadamente a área pretendida em terra, a área pretendida para instalação de estrutura física sobre a água, a área pretendida para berços de atracação e a área necessária para a bacia de evolução e para o canal de acesso; b) descrição dos acessos terrestres e aquaviários existentes e aqueles a serem construídos; c) descrição do terminal, inclusive quanto às instalações de acostagem e armazenagem, os seus berços de atracação e as suas finalidades; d) especificação da embarcação-tipo por berço; e) descrição dos principais equipamentos de carga e descarga das embarcações e de movimentação das cargas nas instalações de armazenagem, informando a quantidade existente, a capacidade e a utilização; f) cronograma físico e financeiro para a implantação da instalação portuária; g) estimativa da movimentação de cargas ou de passageiros; e h) valor global do investimento; III – título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento ou contrato de cessão sob regime de direito real, ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do terreno; IV – comprovação do atendimento ao disposto no artigo 14 da Lei nº 12.815 de 2013; V – documentação comprobatória de sua regularidade perante as Fazendas federal, estadual e municipal da sede da pessoa jurídica e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; VI – parecer favorável da autoridade marítima, que deverá responder à consulta em prazo não superior a quinze dias”.

⁴⁶ Lei nº 8.630 de 1930. Uma diferença a ser apontada, contudo, é o estabelecimento de novos critérios para seleção de arrendatários de áreas do porto organizado. Se os contratos anteriores eram fundados na maior outorga, passou-se a pensar na menor tarifa ofertada (Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/arrendamentos-passiveis-de-serem-licitados>. Acesso em: 23. jul. 2018.

⁴⁷ Decreto Lei nº 227, de 1967, e Decreto 9.406 de 2018. O artigo 47 trata de uma das taxas devidas.

⁴⁸ Os modelos de contratos de concessão estão disponíveis no site da Agência Nacional de Transportes. Usando como exemplo Nova Dutra (Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Nova_Dutra/Index.html. Acesso em: 27. jul. 2018.

dessa modalidade de delegação impede o fomento de serviços em outras áreas. São exemplos de serviços que podem ser explorados pela administração e delegados a entes privados, mas que a cobrança de taxas de usuários não amortiza os necessários investimentos em construção: serviços hospitalares, redes escolares, construção de aterro e coleta de resíduos sólidos, reservatórios de água para captação e distribuição, construção e administração de sistemas penitenciários, centros integrados de atendimento à população, entre outros.

Nesse sentido, a Lei nº 11.079 de 2004, que instituiu o regime de parcerias público-privadas ampliou o alcance da administração como fomentadora da indústria da construção nos diversos setores de infraestrutura, pois amplia-se a fonte de amortização de investimentos em construção e desenvolvimento de projeto. Essa deixa de ser única e exclusivamente a cobrança de taxas contra usuários e passa a ser composta adicionalmente de uma contraprestação pública (concessão patrocinada).

Para os casos em que a delegação não comporta o repasse de taxas aos usuários, há ainda a modalidade de concessão administrativa. Essa, regulada pelo artigo 2º, § 2º da Lei supramencionada, prevê que a remuneração do concessionário será realizada exclusivamente mediante contraprestação. Dessa forma, os gastos com construções diversas podem ser amortizados ao longo do tempo, tornando possível a prestação dos serviços acima listados por pessoas jurídicas de direito privado. De fato, desde a criação da lei, pode-se encontrar exemplos de contratos administrativos celebrados em conformidade com a Lei nº 11.079 de 2004⁴⁹, em diversos setores, como os acima mencionados, de difícil amortização de investimentos construtivos por meio de cobrança de tarifas aos usuários.

Tecidas essas considerações, cabe especificar as particularidades de contratos de construção celebrados com a administração ou originados da concessão de um serviço público pela administração. De fato, quaisquer contratos celebrados com a administração devem respeitar determinados ditames legais, em especial o postulado na Lei nº 8.666 de 1993, e na Lei nº 13.303 de 2016. À parte, as regras específicas para seleção do contratado (envolvendo licitação, as exceções de dispensa ou inexigibilidade de licitação), o contrato celebrado com a

⁴⁹ A obra: Parcerias Público-Privadas – Teoria Geral e Aplicação nos setores de infraestrutura, coordenada por Augusto Neves Dal Pozzo, Rafael Valim, Bruno Aurélio e André Luiz Freire e publicada pela editora fórum (Belo Horizonte) em 2014 traça um panorama das diversas áreas possíveis de aplicação de PPPs (POZZO, Augusto Neves Dal; et al (Coord.). **Resíduos sólidos**. Belo Horizonte: Fórum, p. 345; **Setor educacional**, p. 357; **Saúde**, p. 371; **Presídios**, p. 399).

administração é dotado de características próprias.

Como observa Odete Medauar⁵⁰, caracteriza o contrato administrativo a presença de cláusulas exorbitantes, ou seja, aquelas disposições que, a bem do interesse público e de determinações legais, sempre justificadas, são obrigatórias nos contratos celebrados com a administração.

São exemplos dessas cláusulas:

a cláusula que a autoriza a extinção unilateral do contrato, a fixação de valores em reais, alteração do escopo do contrato até determinada porcentagem, limitação de prazo contratual – normalmente com duração máxima de 5 (cinco) anos, não aplicação da exceção de contrato não cumprido⁵¹, prestação de garantia de execução do contrato, além da existência de inúmeras formalidades específicas, em vista a atender os princípios gerais que regem esses contratos públicos⁵².

A existência de cláusulas exorbitantes e, especialmente, a possibilidade de alteração ou interrupção do negócio segundo interesses públicos, ainda que justificados, traz riscos específicos aos negócios celebrados com a administração. A isso acrescenta-se a capacidade do ente honrar seus compromissos diante de diferentes gestões, o que compõe o *rating*, isto é, a avaliação da sua capacidade de crédito. Contratando com a administração, construtores procurarão preços que compensem semelhantes riscos, subcontratarão fornecedores com bons custos de escala – já que pedidos de reequilíbrio financeiro dependem de processo formal a ser julgado pela administração⁵³. Os custos altos potencialmente envolvidos ainda se relacionam à

⁵⁰ “Tendo em vista a presença na Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Então, os aspectos que fugiam daquela teoria foram denominados cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo “derrogatórias” expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo “exorbitantes” significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para cláusulas exorbitantes e se consagrou como tal, designado as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 234).

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 623.

⁵² Lei nº 8.666, de 1993. “Artigo 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da *publicidade*, da probidade administrativa, da *vinculação ao instrumento convocatório*, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (grifos nossos).

⁵³ Lei nº 8.666, de 1993. “§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-

percepção de risco público por eventual financiador do construtor. Em geral, a má percepção encarece os juros de financiamentos contratados e necessários à execução das obras iniciais do projeto.

É fato que, em razão da seleção do construtor via procedimento competitivo, os projetos de construção acabam sendo pactuados por preços inadequados à execução. Portanto, não raro, é verificada a existência de pedidos formais de reequilíbrio econômico-financeiro em vista da verificação de riscos inerentes à contratação com entidades da administração⁵⁴.

Para os casos em que concessionários ou delegatários de serviços públicos figuram como donos da obra, há também que se atentar para a presença da administração no negócio, ainda que figure como poder concedente, sendo os contratos de construção negociados apenas entre particulares. Uma vez que o projeto em si depende do interesse da administração e do respeito às regras que a administração considera relevantes para a continuidade da obra.

Assim, pagamentos devidos ao concessionário podem ser suspensos em razão de violações de normas ambientais ou de cunho social⁵⁵; a edição de leis que afetam o patrimônio público ou exigem o fomento de outras áreas podem ensejar o encerramento do contrato – justamente nesse sentido, a lei prevê a retomada da concessão por parte do poder público, em caso de interesse da administração – encampação⁵⁶; ainda, há possibilidade de assunção do projeto por parte dos financiadores (*step-in rights*)⁵⁷ – o que repercute no contrato celebrado

financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis. § 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato”.

⁵⁴ Em notícia recente de 26 de junho de 2018, verificou-se o caso de contrato cujo valor inicial foi superado em 22% ao longo da obra (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/prefeitura-de-sp-atrasa-e-obra-de-reforma-do-othon-encarece-r-14-milhoes.shtml>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁵ Lei nº 8.987 de 1995. “Artigo 29. Cabe ao poder concedente – X – estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação”.

⁵⁶ Lei nº 8.987 de 1995. “Artigo 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

⁵⁷ Lei nº 8.987 de 1995. “Artigo 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e

com o construtor, ou mesmo nas negociações prévias a serem realizadas entre dono da obra e construtor.

Os contratos de construção celebrados no âmbito de um projeto de concessão são influenciados pela atuação da administração pública, também em função da robustez da garantia por ela prestada para os pagamentos que deve (garantias de contraprestações aos concessionários em contratos de parceria público-privadas, por exemplo).

Para que os concessionários estejam aptos a honrar seus compromissos perante construtores, por exemplo, em especial no momento inicial das obras, em que grandes investimentos são necessários e os retornos são esperados para a época de início da operação do maquinário, por vezes, contratam financiamentos de curto e longo prazo. Esses, por sua vez, são atrelados e comumente garantidos com a remuneração devida pela administração ao concessionário. Se a administração tiver um sistema frágil de garantias para esses pagamentos, haverá impacto nas taxas cobradas pelos financiadores e aumento do poder de barganha do construtor na negociação dos riscos contratuais, haja vista que a fonte de sua remuneração estará em jogo.

Um último aspecto relevante da presença da administração no âmbito dos contratos de construção diz respeito ao controle a que está submetida. Os atos da administração são revisados pelos tribunais de contas e pelo Ministério Público. Não apenas em face da possibilidade de ocorrência de atos de improbidade, mas também para acusação de custos exorbitantes e ineficiências ao longo do projeto.

Os contratos de construção celebrados diretamente com a administração, nos modelos de empreitada global e empreitada parcial, recebem fiscalização detalhada de órgãos de controle. Não incomum, a solicitação de planilhas de custos em relação aos fornecedores, notas fiscais, documentos comprobatórios de recebimento de materiais etc.⁵⁸.

No caso de concessões que envolvem a realização de obras pelo concessionário, a fiscalização deverá ser adstrita à verificação do cumprimento dos índices de performance designados no contrato, conforme o entendimento de Floriano de Azevedo Marques. De fato, a

assegurar a continuidade da prestação dos serviços”.

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O Regime de Controle e Fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 104.

grande inovação dessa modalidade de contratação é a possibilidade de os particulares beneficiarem-se da liberdade contratual que lhes é concedida para, de acordo com sua inteligência, atenderem as demandas solicitadas no âmbito do contrato de concessão⁵⁹.

Contudo, na prática, por vezes os órgãos de controle são insensíveis às peculiaridades dos contratos de concessão, demandando informações de subcontratados e atentando-se a trocas de fornecedores ou de materiais, em relação ao projeto executivo, que pouco importarão ao projeto findo e, por sua vez, podem representar atrasos na obra ou dispêndio de recursos com situações que deveriam ser facilmente resolvidas⁶⁰.

Pensando nas negociações privadas no âmbito de contratos de construção de infraestrutura, será relevante considerar a intervenção dos órgãos de controle na definição da matriz de risco do contrato. Os riscos do preço constante poderão ser repassados ao empreiteiro que organizará planilhas dos custos dos subcontratados a serem ou não apresentadas ao dono da obra/concessionário.

Ademais, a matriz de risco sempre levará em conta os ditames gerais da administração no momento das contratações entre particulares. Tanto nos casos de contratação direta ou aquelas mediadas por concessionários, será ponto relevante de discussão o repasse ou não para eventuais fornecedores (no caso de contratações diretas da administração) ou construtores (no caso que a concessionária figura como dona da obra) das obrigações contidas nos contratos administrativos, sejam eles regidos pela Lei nº 8.666 de 1993, Lei nº 13.303 de 2016, Lei nº 8.987 de 1995, ou Lei nº 11.079 de 2004. Na indústria, as cláusulas que repassam obrigações são denominadas *back-to-back* e nem sempre garantem que o contratado assumirá, perante a administração, as referidas obrigações repassadas.

1.3.2 Riscos em contratos de construção: justificativas à gestão de indenizações e reparações

Outra característica econômica distintiva dos contratos estudados diz respeito aos riscos envolvidos nessa indústria. Considerando a complexidade das prestações envolvidas e as

⁵⁹ Idem, p. 100-101.

⁶⁰ Idem, p. 104.

dificuldades de se antever fenômenos futuros que influenciam o objeto contratual, cada uma das partes assumirá determinados riscos.

Sobre esse assunto, é relevante a diferenciação entre o conceito de risco e incerteza. Segundo Knight⁶¹:

O termo “risco”, como usado de forma lassa na linguagem vulgar e na discussão econômica, de fato abarca duas coisas que, do ponto de vista funcional, nas suas relações causais com os fenômenos da organização empresarial, são categoricamente distintas. [...] O fato essencial é que “risco” significa, em alguns casos, uma quantidade suscetível de mensuração, enquanto em outras situações é algo distinto [...]. Afigura-se que uma incerteza mensurável, ou “risco” propriamente dito, como nós usamos o termo, é muito diferente de algo não mensurável [...]. Restringiremos o uso do termo “incerteza para os casos do tipo não quantitativo.

Riscos, portanto, são incertezas decorrentes da implantação de um determinado contrato, contudo suscetíveis de mensuração. O conhecimento dos riscos e sua disposição em uma matriz detalhada, permite que as partes acertem com precisão os custos e preços envolvidos na execução de um contrato. A consciência desse processo racionalmente econômico – separação de riscos para ulterior julgamento dos valores envolvidos – está no cerne da razão de existência de cláusulas de alocação de risco em contratos de infraestrutura.

Os riscos envolvidos em contratos de infraestrutura são de diversas origens e diversas naturezas. Para cada tipo de projeto, haverá riscos predominantes que impactarão (i) o cronograma da obra e as penalidades por atrasos; (ii) o preço de assunção dos riscos por uma ou outra parte. Seguindo em linhas gerais a ordem apresentada por Lie Uema do Carmo, pode-se pontuar os riscos abaixo relacionados.

Riscos técnicos ou tecnológicos “são aqueles relacionados aos desafios de engenharia, logística ou tecnologia envolvidos no projeto”⁶². Esse risco manifesta-se sob perspectivas diferentes. Por um lado, há um risco do manuseio da própria tecnologia, se em fase de testes, se complexa e dependente de variáveis humanas ou se inconstante em sua aplicação.

Por outro, manifesta-se na adaptação da tecnologia ao sítio da obra. Assim, dependendo das características do terreno, da pluviosidade, das condicionantes do solo, o manuseio técnico

⁶¹ KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Kissimmee: Signalman, 2009, p. 9. Tradução de Lie Uema do Carmo. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 149-150.

⁶² CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 151; MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. *Mapping and the landscape of risks*. In: _____. (Orgs.) *The strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks and governance*. Hong Kong: MIT, 2000, p. 80-81.

pode ser dificultado e os riscos dele decorrentes majorados, de modo que a assunção desse risco se torne mais onerosa para a parte que o manipula.

Os riscos de construção, por sua vez, são os riscos das disposições contratuais. Ou seja, tratam da possibilidade de o construtor conseguir entregar, de acordo com seu conhecimento e aparato, a obra contratada no tempo e condições pactuadas, com as características solicitadas e no preço ajustado. A atribuição dos elementos desse risco a cada parte (dono da obra ou empreiteiro), dependerá de características do projeto, da capacidade do empreiteiro de assumir os prazos e da flexibilidade das cláusulas revisionais.

São exemplos de riscos de construção, os riscos geológicos e hídricos, destacados no Código Civil, em seu artigo 625, II⁶³. Também são exemplos riscos derivados de causas sociais: terras indígenas ou quilombolas, identificação de sítios arqueológicos e patrimônios culturais⁶⁴. Riscos de agitações sociais e protestos não relacionados ao pessoal contratado para execução da obra também podem ser numerados. No momento recente, a paralisação levada a cabo por caminhoneiros prejudicou diversas indústrias em razão do desabastecimento de matérias-primas e combustíveis⁶⁵.

Ainda podem ser considerados exemplos de riscos de construção falhas do projeto que impedem a execução tempestiva da obra, ou tornam o prazo do comissionamento irrealizável, provocando atrasos ou sobrecustos.

Os riscos de mercado consubstanciam-se no fato de a demanda esperada não ser satisfatória, ou seja, existiram erros de projeção ou crescimento econômico verificado inferior ao esperado⁶⁶. Impactam na demanda a própria redução da atividade econômica (em razão de políticas fiscais, mercado externo etc.); mas também o aumento da competição ou o cenário

⁶³ Código Civil. “Artigo 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: II – quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços”.

⁶⁴ Riscos relacionados ao patrimônio cultural indígena foram enfrentados na obtenção das licenças para construção das usinas hidrelétricas em Girau e Santo Antônio. Nesse sentido manifestou-se a ONG *Survival* em notícia veiculada ao G1 em 2010 (Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/05/hidreletricas-no-rio-madeira-ameacam-tribos-indigenas-diz-survival.html>). Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁵ Greve iniciada por caminhoneiros em junho de 2018 prejudicou o escoamento de matérias primas para diversas indústrias (Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/greve-dos-caminhoneiros-prejudica-insumos-e-fabricas-dao-ferias-coletivas-no-interior-de-sp.ghtml>). Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶ MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. *Mapping and facing the landscape of risks*, p. 78-79.

monetário (câmbio, inflação).

Os projetos ainda se sujeitam a riscos financeiros, manifestados pela dificuldade de se encontrar financiadores ou pela dificuldade de gestão financeira dos ativos afetados para a construção. A financiabilidade do projeto depende de vários fatores: taxa interna de retorno esperada, vis a vis, os juros cobrados por instituições de fomento para financiamentos de longo prazo; política fiscal envolvida no financiamento; solidez das garantias; *rating* do poder concedente envolvido na concessão que originou o projeto de infraestrutura; solidez financeira dos investidores; política de investimento de órgãos de fomento tendo em vista o cenário econômico brasileiro; capacidade dos investidores realizarem aportes adicionais ao projeto etc.⁶⁷.

Impactam no projeto e constituem um risco à sua execução a disponibilidade dos materiais de fornecimento. O risco de fornecimento é representado pela queda ou aumento no preço de determinado insumo (algum minério essencial para a construção, por exemplo). Lie Uema do Carmo aponta, como exemplo desse risco, a indisponibilidade de chuvas para projetos de construção de hidrelétricas. Esse fator impacta a rentabilidade do projeto, a capacidade do dono da obra de pagar os financiadores e ser fiel ao pagamento pactuado com o construtor⁶⁸.

Os riscos operacionais são aqueles verificáveis com a possibilidade de não funcionamento ou funcionamento inadequado de equipamentos instalados. O não funcionamento pode ser ligado à complexidade no manuseio e preparo técnico dos operadores do equipamento ou à obsolescência técnica acelerada⁶⁹. Também se computa nesse risco, a incapacidade dos equipamentos devidamente instalados na planta de atenderem a demanda projetada, impactando os retornos esperados⁷⁰.

Para construções nos setores de infraestrutura, são de particular interesse, os chamados riscos públicos ou regulatórios. De fato, como exposto em tópico apartado, a administração

⁶⁷ ENEI, Virgílio Lopes. Financiamento das Parcerias Público Privadas – Experiências e Lições nos primeiros dez anos de vigência da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO; VALIM; AURÉLIO; FREIRE **Parcerias Público Privadas** – Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 111-125.

⁶⁸ CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 153.

⁶⁹ Idem, p. 153.

⁷⁰ PILLEGI, Fulvio Carlos. **Identificação e análise dos riscos de um projeto de *Project finance*, sob a ótica do financiador, para uma usina de açúcar e álcool**, 2010. 86 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Economia, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010, p. 37.

pública é a principal fomentadora das obras de infraestrutura no País. Pois, como se viu, constitucionalmente, detém prerrogativas para a regulação de setores estratégicos (setor elétrico, mineração, óleo e gás, saneamento básico e tratamento de resíduos sólidos), bem como para a prestação dos serviços públicos decorrentes dessas respectivas indústrias.

Desse modo, em razão de sua legitimidade para prestar serviços relacionados aos setores de infraestrutura, a administração direta promove, por vezes, a contratação de projetos e obras diretamente ou o fomento indireto à construção realizando a delegação do serviço (por meio de autorização, concessão, parcerias público privadas, arrendamento). Nesse caso, os delegatários contratarão, por sua vez, o desenvolvimento e construção de obras de infraestrutura necessárias à universalização ou expansão dos serviços a serem oferecidos à população.

Da presença da administração no contexto de construção de obras de infraestrutura, seja como contratante ou como delegatária do serviço cujo bojo incluem projetos de construção, decorrem riscos específicos. Os principais são aqueles ligados a atrasos na entrega de autorizações para início das operações ou início das construções, os riscos de retomada do projeto pelo poder público (encampação)⁷¹ ou risco de não pagamento ou não repasse de contraprestações devidas. Há ainda os riscos decorrentes da não concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, caso o projeto encareça, trazendo riscos para o dono da obra concessionário na remuneração de seus contratados.

Os órgãos da administração pública também são responsáveis, no Brasil, pela concessão de licenças ambientais⁷², alvarás sanitários⁷³ e documentos de conformidade expedidos pelo corpo de bombeiros⁷⁴. A expedição dos documentos impacta o avanço de certos estágios da obra. Por exemplo, em alguns projetos de parcerias público privadas, a licença prévia é

⁷¹ Conforme citado acima, Lei nº 8.987, de 1995. Artigo 35, II.

⁷² Lei Complementar, nº 140, de 2011. “Artigo 7º São ações administrativas da União: XIV – promover o licenciamento ambiental”.

⁷³ Lei nº 9.782, de 1999, e localmente a Lei Municipal (São Paulo) nº 13.725, de 2004.

⁷⁴ Lei 13.425, de 2017. “Artigo 3º Cabe ao Corpo de Bombeiros Militar planejar, analisar, avaliar, vistoriar, aprovar e fiscalizar as medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público, sem prejuízo das prerrogativas municipais no controle das edificações e do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e das atribuições dos profissionais responsáveis pelos respectivos projetos. Artigo 4º O processo de aprovação da construção, instalação, reforma, ocupação ou uso de estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público perante o poder público municipal, voltado à emissão de alvará de licença ou autorização, ou documento equivalente, deverá observar: [...] V – as exigências fixadas no laudo ou documento similar expedido pelo Corpo de Bombeiros Militar, por força do disposto no artigo 3º desta Lei”.

suficiente para a outorga da concessão. As licenças de instalação (posteriores), se não concedidas em tempo, podem atrasar tanto a construção quanto a operação pretendida⁷⁵.

Assim, as autorizações de cunho ambiental, sanitário e de segurança, igualmente compreendem os riscos públicos ou da administração. Os riscos públicos representam etapa relevante da negociação dos contratos de construção, como se viu, a configuração de cláusulas *back-to-back* trabalha justamente a responsabilidade diante das exigências da administração pública.

Alguns autores separam os riscos públicos ou regulatórios dos riscos soberanos. Para esses autores, os riscos soberanos correspondem a decisões governamentais de renegociar contratos e concessões, ou de promover atos como expropriação, nacionalização, encampação e outros atos do príncipe⁷⁶. Não nos parece pertinente essa distinção, pois pressuporia que os atos do soberano se diferem dos chamados atos regulados. Contudo, os atos que emanam da administração pública são sempre acompanhados de motivação e indenização, quando pertinente, pelo que consideramos riscos soberanos riscos regulatórios⁷⁷.

Ainda se aponta a existência de riscos sociais (*social risks*⁷⁸) que seriam aqueles oriundos de manifestações de grupos organizados, como comunidades, organizações da sociedade civil, movimentos sociais, agências de desenvolvimento. Protesto de catadores de lixo, por exemplo, foram verificados no âmbito do projeto de concessão de serviços públicos relacionados a aterros sanitários e coleta de resíduos sólidos na região no Distrito Federal⁷⁹.

Os riscos trabalhistas e de acidentes de trabalho dizem respeito à perpetração de eventos protegidos por legislação trabalhista em face dos trabalhadores na obra. Materializam-se em acidentes derivados de riscos de construção, mas que culminam em demandas judiciais em face

⁷⁵ Minuta do Contrato de Concessão Administrativa para gestão de resíduos sólidos no Município de Manaus, publicado em 2012 – a licença de instalação não era exigida dos concessionários. No mesmo sentido: RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Riscos ambientais em concessões e PPP**. Minuta para discussão, 07 jun. 2014. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/distribuicao-de-riscos-ambientais-em-concessoes-e-ppps-final.pdf>. Acesso em 23 jul. 2018..

⁷⁶ MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. *Mapping and facing the landscape of risks*, p. 81-82.

⁷⁷ Nesse sentido está a definição de encampação na Lei nº 8.987 de 1995: “Artigo 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

⁷⁸ Idem, p. 81-82.

⁷⁹ Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/10/apos-decisao-judicial-catadores-aprovam-liberar-acesso-lixao-no-df.html> . Acesso em: 23 jul. 2018.

do empresário, envolvendo pagamento de pensões e indenizações. Esses riscos, como sensíveis ao judiciário, podem ou não estar cobertos por meio de contratos securitários. Somam-se aos exemplos da verificação desse risco, as disputas para contabilização de horas-extras devidas ao trabalhador, bem como as disputas em face do dano cometido em sítios em que operam mais de uma empresa (construtor e operador dos equipamentos, por exemplo)⁸⁰.

Como mencionado acima, para cada indústria, podem prevalecer determinados tipos de risco. Os riscos trabalhistas ou de acidentes de trabalho, a exemplo, são verificados em plataformas de petróleo⁸¹, que, por sua vez, também são conhecidas pelos desafios tecnológicos⁸². Já na construção de usinas hidrelétricas, os riscos sociais são mais relevantes que os riscos técnicos e os riscos de mercado (assegurados pelos contratos de compra e venda de energia elétrica, que controlam a demanda do setor).

1.3.3 Financiamento de projetos

Um capítulo importante da realização de contratos de construção de infraestrutura é o financiamento do projeto. Diferente da prestação de serviços, a amortização e o retorno de investimentos advindos da construção, e operação de uma obra de infraestrutura ocorre tardiamente. Na linha do tempo da construção, são muitos os investimentos necessários no início da obra e nulos ou quase nulos os ganhos. Apenas ao longo da operação ver-se-á a amortização dos valores dispendidos e o retorno às partes.

Para vencer os investimentos iniciais resta ao dono da obra, muitas vezes, a busca por financiamento. No mercado de infraestrutura é comum a modalidade de *Project finance* que corresponde ao financiamento pago inteiramente pelo projeto e por ele garantido. Em contratos cuja remuneração do empreendedor está atrelada a prestações recorrentes (tarifas cobradas de usuários ou contraprestações no âmbito de contratos de parcerias público privadas) esse modelo é o mais recorrente⁸³.

⁸⁰ Esses riscos são vislumbrados no estudo das *mutual hold harmless clauses* ou *knock-for-knock clauses* no próximo capítulo.

⁸¹ Tema discutido no artigo de Manoella M. Andrade (*Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issues*. **Oil, Gas & Energy Law Intelligence** (OGEL), v. 9, Issue 6, 2011.

⁸² CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 154.

⁸³ BONOMI, Claudio Augusto; MALVESSI, Oscar. **Project finance no Brasil: fundamentos e estudo de casos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 30.

No Brasil, observa-se a presença de modelos híbridos de *Project finance*, já que é usual que os contratos de financiamento sejam suportados por *Equity Support Agreements* ou outras espécies de garantias corporativas, adicionais às garantias relacionadas ao próprio projeto⁸⁴. Esses seriam casos de *Project finance limited recourse* ou *full recourse*, em oposição ao *Project finance* “puro” ou *non recourse*.

São várias as formas de obtenção do financiamento: empréstimos sindicalizados de médio prazo, emissão de títulos no mercado de capitais, dívidas mediante *leasing* de certos ativos, empréstimo *swapes* de agências internacionais de crédito, financiamento do governo etc.

No Brasil, os projetos de infraestrutura costumam compor-se de um financiamento de curto e outro de longo prazo. O financiamento de curto prazo dura para os estágios iniciais das obras e será pago com parte do financiamento de longo prazo. Para o curto prazo, também chamado empréstimo ponte, vale-se comumente da emissão de valores mobiliários (debêntures, notas promissórias) por meio da Instrução CVM nº 476, de 2009, que prevê número menor de exigências para emissão, não devendo a emissora ser registrada como companhia aberta. Vale-se também da modalidade de garantia firme, em razão da necessidade de se ver em caixa o recurso. No sentido de fomentar o mercado de infraestrutura no Brasil e as formas de financiamento nessa área, foram instituídas as debêntures de infraestrutura, com vantagens tributárias para seus investidores⁸⁵.

O financiamento de longo prazo em projetos de infraestrutura é comumente fornecido por banco de fomento com interesse social (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES ou Caixa Econômica Federal). Isso porque a taxa interna de retorno dos projetos, pensada pelo poder concedente, muitas vezes apenas comporta as taxas de financiamento dos órgãos, quanto mais o critério de seleção dos concessionários é menor preço, sendo de menor interesse a qualidade do projeto. As aptidões dos concessionários são observadas em momento posterior (inversão de fases). Além da redução do espectro de financiamento, essa forma de seleção de propostas vantajosas comumente traz, como

⁸⁴ Conforme Relatório de Administração da Via 4 – Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A., suas acionistas Mitsui e CCR prestaram garantias corporativas aos contratos de financiamento (Diário Comércio Indústria Serviços, 23 fev. 2018. Disponível em: http://www.viaquatro.com.br/Media/InvestorRelations/Files/21c31f52c3614406a85e5861d5815f68_bp-jornal-dci-vq-2017.pdf. Acesso em: 23 jul. 2018).

⁸⁵ Lei nº 12.431, de 2011.

consequência, pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro ao longo do projeto, já que as propostas, em razão da competição, não costumam possuir margens para a verificação de determinados riscos⁸⁶.

Em investimentos de infraestrutura não iniciados pela administração ou com menor interferência pública nas taxas de retorno, é facilitada a busca de financiamentos em outras instituições. Em todo caso, para qualquer modalidade de financiamento será relevante a análise das garantias disponíveis no âmbito do projeto. Sejam as garantias fornecidas pelo poder público para o pagamento de suas contraprestações ou as garantias prestadas pelo próprio dono da obra, como aquelas envolvendo recebíveis futuros relacionados ao próprio projeto. São exemplos, dessa forma, de garantia decorrentes de contratos de compra e venda de energia⁸⁷.

Em geral, o dono da obra figura como sociedade de propósito específico, se for delegatário ou concessionária de serviço público. A SPE, como é chamada, isola os riscos do projeto, facilitando a obtenção de empréstimos e financiamentos e emitindo dívidas⁸⁸. Ademais, esse isolamento será especialmente desejado se o dono da obra se compor de uma pluralidade de partes, já que a modalidade consórcio não é incomum nas concessões de serviço público.

Os contratos de financiamento, como visto, representam um dos elos da rede contratual dos contratos de construção. O financiamento impacta a construção e a particulariza, em relação a outras indústrias sob vários aspectos. Em primeiro lugar, o financiamento representa fator determinante para a continuidade ou não do projeto. De fato, eventos de aceleração de dívida podem levar, não somente à falência da SPE, como à impossibilidade de continuidade do projeto. Desse modo, as garantias devem ser factíveis e os riscos envolvidos assegurados da maneira mais inteligente possível⁸⁹.

Em segundo lugar, a lei brasileira prevê a possibilidade de o investidor assumir o projeto em caso de ineficiência por parte dos investidores que o conduzem. Essa hipótese, conhecida na doutrina como *step-in rights*, configura tentativa de valorização do projeto independentemente

⁸⁶ CARVALHO, André Castro. **Restrospectiva 2012** – Ano de Importantes Mudanças para a Infraestrutura Pública. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-24/retrospectiva-2012-ano-importantes-mudancas-infraestrutura-publica>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁷ CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 163.

⁸⁸ Debêntures apenas podem ser emitidas por companhias (artigo 52, da Lei nº 6.404, de 1976).

⁸⁹ AURÉLIO, Bruno. A Garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas. In: DAL POZZO; VALIM; AURÉLIO; FREIRE. **Parcerias Público Privadas** – Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 187.

das partes e acresce na negociação mais um ente a avaliar, entre outros aspectos, a viabilidade da obra e sua correta precificação, bem como a matriz de riscos dos contratos que serão celebrados com construtores e fornecedores.

Acrescem-se aos fatores supramencionados, as disposições gerais, normalmente presentes em regulamentos de instituições públicas de fomento, prevendo compromissos sociais no desenvolvimento da obra (vedação ao trabalho escravo, respeito às leis trabalhistas, entre outros)⁹⁰. Assim, o descumprimento de determinados preceitos sociais não apenas gera a responsabilização dos autores, mas também podem inviabilizar o projeto como tal.

1.4 Aspectos jurídicos-dogmáticos

O estudo da dogmática jurídica permite que enxerguemos categorias para os fenômenos sociais e econômicos estudados, de modo a instrumentalizá-los para determinado fim⁹¹: a dogmática jurídica, afinal, é tecnologia a serviço da sociedade e permite a atribuição de consequências específicas, afirmação de pretensões, aferição de responsabilidades etc. Sublinha-se, ao longo da exposição, vários aspectos jurídicos dos contratos de construção de infraestrutura. Em relação a seus elementos essenciais⁹², tratados no preâmbulo deste capítulo, dos sujeitos característicos e do objeto. Assim identifica-se a espécie contratos de construção de infraestrutura que comporta o contexto jurídico das cláusulas de alocação de risco objeto deste trabalho.

Ao se falar de características (item 1.2) da espécie estudada, trata-se de conceitos jurídicos que a adjetivam (negócio de execução continuada e pluralidade de partes, por exemplo). Ainda se apresentaram outros conceitos relevantes ao tratar das particularidades da atuação do contrato de construção (item 1.3), especialmente ao expor os contornos comuns da possível parte contratante (administração pública).

⁹⁰ Resolução nº 665, de 1987 – Disposições aplicadas aos Contratos do BNDES (Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf). Acesso em: 24 jul. 2018.

⁹¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1996, p.87.

⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico** – Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-27.

Cabe tratar agora de duas qualificadoras jurídicas que impactam diretamente a percepção do direito aplicável no contexto dos contratos de construção de infraestrutura: o regime jurídico aplicável e a tipicidade.

1.4.1 Contratos públicos e contratos privados

Como visto no item 1.3.1, nos contratos de construção de infraestrutura é comum a presença da administração pública, seja na posição de dona da obra, seja como fomentadora do negócio ou do projeto por meio da concessão de serviço público que abarque em seu escopo, a construção de obras – usinas hidrelétricas, parques eólicos, estações de tratamento de esgoto, plataformas de exploração de petróleo etc.

Também como estudado, dessa presença decorrem riscos específicos. Os contratos celebrados diretamente com a administração receberão o *status* de contratos público, regidos por normas de direito público, que implicam a existência de cláusulas exorbitantes, limites para indenização, solidariedade para os consorciados, ainda que o instrumento de consórcio preveja diferentemente⁹³, há limites para o prazo de contratação⁹⁴ e regras claras sobre pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro⁹⁵. Não impera a liberdade contratual e sim o interesse público. O âmbito de negociação das cláusulas é adstrito às consultas públicas⁹⁶ ou procedimentos de manifestação de interesse, cabendo sempre à administração pública a palavra final.

Nos casos em que a administração não figura como dona da obra, apenas fomentadora do projeto, o contrato de construção em si será regido por direito privado. Evidentemente, esses

⁹³ Lei nº 8.666, de 1993. “Artigo 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato”.

⁹⁴ Lei nº 8.666, de 1993. “Artigo 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II. II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses. Lei nº 11.079, de 2004. Artigo 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no [artigo 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”.

⁹⁵ Lei nº 8666, de 1993. Artigo 57, § 1º. Lei nº 8.987, de 1995. Artigo 9º § 2º.

⁹⁶ Lei nº 11.079, de 2005. Artigo 10, VI. Lei nº 8.987, de 1885, artigo 21. Decreto nº 8.428, de 2015.

contratos são objeto desse trabalho. Aqui prevalece a livre iniciativa, o poder para estipular contratos atípicos⁹⁷, entre outros. Há normas gerais que guiam o quadro contratual, especialmente as que dispõem sobre abuso e ilícito contratual⁹⁸, mas, em regra, há mais liberdade que os contratos públicos.

É fato que a presença da administração pública como fomentadora do projeto implica também em riscos específicos e fiscalizações não esperadas para contratos regidos pelo direito privado. Esses fatores, contudo, não alteram o regime dessas contratações.

Quando se trata de normas e jurisprudência aplicadas a esses contratos, é relevante considerá-los contratos empresariais. Os contratos (que tem como partes empresários ou sociedades empresárias) pressupõem a aplicação do *pacta sunt servanda* e a ausência, *a priori*, de relação de hipossuficiência⁹⁹ na negociação. Tal entendimento é confirmado por uma jurisprudência contrária a pedidos de revisão desses contratos¹⁰⁰.

Esclarecido o regime aplicável aos contratos em estudo, cabe tecer considerações sobre a tipicidade e a atipicidade dessas contratações.

1.4.2 Tipicidade e atipicidade

Considerando a contextualização jurídica da espécie contratos de construção de obras de infraestrutura, seria de valoroso interesse questionar se há tipicidade jurídica nesses contratos. A tipicidade contratual decorre da esquematização legal, assim leciona Orlando Gomes¹⁰¹. São contratos com nome legal, regras e conceitos próprios¹⁰². A atipicidade decorre do princípio constitucional da livre iniciativa¹⁰³ e implica na atribuição de poderes contratuais aos sujeitos

⁹⁷ Código Civil, artigo 425.

⁹⁸ Código Civil – Título I – Capítulo IV: Defeitos do Negócio Jurídico. Título III – Dos atos ilícitos.

⁹⁹ A relação de vulnerabilidade é pressuposta, por exemplo, em contratos de consumo, aluguel. São campos restritivos da liberdade de contratar. Nesse sentido: FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, p. 83.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Paula Andrea Forgioni: “O desprestígio que atingiu a autonomia privada e a liberdade de contratar em outros ramos não se fez sentir de maneira tão aguda no direito mercantil, embora poucos se tenham dado conta disso. Para comprovar essa assertiva, basta deitar os olhos na moderna jurisprudência comercial brasileira, que reafirma intensamente esses princípios no mundo empresarial” (FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, p. 88).

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 102.

¹⁰² SZTAJN, R. **Contrato de Sociedade e Formas Societárias**. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 14.

¹⁰³ Eros Roberto Grau apresenta em seu livro *A Ordem econômica na Constituição de 1988*, dois desdobramentos

para inovarem no sistema jurídico. Mais que um direito, trata-se de um poder. Explicitamente, o Código Civil trata ao explicitar: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código*”.

Como visto anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, a lei trata da empreitada. Pelas razões já expostas, esse tipo não compreende a multiplicidade de objetos envolvidos nos contratos de infraestrutura, com suas cláusulas particulares de alocação de risco. Inexistente a definição legal de contrato de construção, pode-se concluir que se trata de contratos atípicos.

Há, entretanto, os chamados contratos socialmente típicos, que, embora não descritos em lei, são dotados de elementos definidores manifestados em sua prática recorrente e permanente no tempo. Sobre eles, Rachel Sztajn afirma¹⁰⁴:

Os tipos legais têm sua origem ligada ao tráfico econômico, vale dizer, aos usos e costumes, como formas de comportamento social. No campo obrigacional a atividade comercial é pródiga na criação de usos e costumes. A prática da inserção de cláusulas padronizadas nos contratos entre comerciantes, transformadas em cláusulas de uso, originando os usos comerciais, ganha conotação de comportamentos concretos e reiterados, padronizados, espraiando-se para outras praças e situações. Se ao final de certo tempo os usos e costumes ainda permanecem válidos, mantendo sua importância, terminam por refletir um “tipo social”. Os contratos socialmente típicos, nascidos da prática negocial, são apreendidos pelo ordenamento jurídico na sua caracterização, passando a integrá-lo como tipo legal.

Tendo em vista a lição acima exposta, cabe indagar se os contratos de construção de infraestrutura são socialmente típicos. Ora, esses contratos são encontrados na forma de diversas subespécies, a depender das prestações envolvidas. Há (i) contratos EPC (*Engineering Procurement and Construction*) – nos quais o contratado é responsável pelo projeto, construção e operação, contudo, a administração da obra não está a cargo do dono da obra, e sim de um terceiro, contratos de aliança – nos quais o empreiteiro é premiado pela redução do tempo da obra¹⁰⁵ –; (ii) DBO (*Design, Build and Operation*) – em que a contratada realiza o projeto e a operação da obra; (iii) contratos O&M (*Operation and Maintenance*) – nos quais o contratado realiza a operação e manutenção de equipamentos construídos; (iv) contratos *Engineering* – nos quais o contratado entrega um projeto de engenharia.

para a livre iniciativa: a livre concorrência e a liberdade de comércio e indústria.

¹⁰⁴ Idem, p. 11-12.

¹⁰⁵ O estudo da anatomia desses contratos foi proposto por Leonardo Toledo (TOLEDO, Leonardo. **Contrato de Aliança** – Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção. São Paulo: Almedina, 2017).

A doutrina tem procurado sistematizar os elementos das formas contratuais¹⁰⁶ em publicações recentes. Algumas delas possuem modelos clausulares padronizados – caso, como visto e que ainda será mais bem detalhado da *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC). Contudo, ainda não há que se falar, pela novidade do fenômeno, que todas essas formas de contratos de construção de infraestrutura são socialmente típicas.

Alguns autores sustentam que o EPC poderia ser visto como contrato socialmente típico. Trata-se de um modelo bastante difundido e, por essa razão, esse *status* lhe seria devido, ainda que escassa a literatura e as decisões a ele relacionadas¹⁰⁷.

Se são contratos atípicos, os contratos de construção de infraestrutura em suas cláusulas características, podem ser consideradas “socialmente” típicas em relação a eles. As cláusulas tratadas neste trabalho são, de fato, atípicas em relação as diretrizes legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro: não estão previstas no Código Civil e em seu texto, por vezes, vão de encontro a recomendações gerais nele contidas. Como descrito, disso deriva, inclusive, o interesse por seu estudo. Contudo, não que há se falar que são atípicas em relação aos contratos em que se inserem. As cláusulas de alocação de riscos, como aprofundar-se-á, foram criadas no âmbito dos contratos da indústria de infraestrutura sendo, inclusive, elementos particulares desses contratos.

¹⁰⁶ Nesse sentido, estão os trabalhos organizados por Fernando Marcondes e intitulados: MARCONDES, Fernando. **Temas de Direito da Construção**. São Paulo: Pini, 2015; e MARCONDES, Fernando. **Direito da Construção**. Estudo sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção. São Paulo: Pini, 2014; o trabalho de Lie Uema do Carmo, intitulado, *Contratos de Construção de Grandes Obras*.; e o trabalho de Leonardo Toledo da Silva intitulado *Contrato de Aliança – Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção*.

¹⁰⁷ Essa opinião é compartilhada, com ressalvas, por Lie Uema do Carmo e Leonardo Toledo da Silva. A ressalva da autora, é a de que, embora “embora se possa afirmar que ele [EPC] é celebrado com frequência, inexistem no país bases doutrinárias e jurisprudenciais suficientes para considerá-lo “consagrado” no que tange a uma disciplina normativa.” CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 49; e SILVA, Leonardo Toledo. **Contrato de Aliança – Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção**, p. 193.

1.5 Contratos de construção de infraestrutura: síntese dos conceitos e subespécies

Ao longo do capítulo, identificaram-se aspectos econômicos, características gerais e particularidades da aplicação dos contratos de construção de infraestrutura. Como visto, essa espécie sintetiza o panorama jurídico deste trabalho, na medida em que as cláusulas em estudo orbitam em sua função. Em função das definições apresentadas, resta claro que o contrato de construção é aquele que comporta não apenas em seu objeto, o desenvolvimento do projeto de engenharia, mas também a construção da obra em si, sua operação e sua manutenção.

No bojo dos contratos de construção identificaram-se, dessa maneira, duas figuras clássicas da indústria: os contratos EPC (*Engineering Procurement & Construction*) e os contratos O&M (*Operation & Maintenance*).

Outro aspecto do conceito de contratos de construção estudado diz respeito às partes envolvidas na negociação. Como explicitado, os serviços de construção são prestados por sociedade empresária especializada, organizada para tal fim. Quanto à parte contratante, ressalta-se a possibilidade de a administração figurar nessa posição, ou mesmo de a administração ser a fomentadora do projeto em si. Esse aspecto traz diversas implicações, entre elas alguns riscos ao projeto.

Para alguns autores, a presença da complexidade na identificação dos contratos de construção é de sumo interesse. Afinal, é a partir dela que se pode pressupor, da espécie em estudo, a existência de disposições abertas e desafios em face de inúmeros riscos envolvidos, bem como da duração em si da obra. Para este trabalho, consideram-se as obras de infraestrutura que, por sua natureza, pressupõe essa complexidade. Afinal, como apresentado, infraestrutura não apenas envolve diversas áreas centrais para o desenvolvimento da indústria da construção, mas cada uma delas representa inúmeros desafios técnicos e tecnológicos que não se confundem com as obras de construção de fins meramente particulares, como uma unidade isolada de residência.

Aliás, são essas particularidades técnicas e tecnológicas dos setores de infraestrutura, bem como as particularidades regulatórias, que tornam preferível a esse trabalho, o uso desse termo ao uso da expressão contratos de construção de grandes obras. Também se destaca que

foi no contexto da indústria de infraestrutura que se originaram as cláusulas de alocação de risco de interesse para esta pesquisa.

Identificada a espécie geral que constitui o panorama interpretativo da dissertação, cabe ponderar que dele decorrem algumas subespécies consagrados na experiência do setor. Destacase, no momento de estudo do objeto dos contratos de construção, os EPCs e os contratos de operação e manutenção. Esses termos, menos que modalidades da espécie contratual em estudo, representam identificadores de prestações usuais para os contratos.

Há, porém, instituições de caráter internacional, de autorregulação transnacional, formadas, em essência, por associações de engenheiros que parametrizam certas modalidades de contratação, com a divulgação de cláusulas-padrão. Esses modelos negociais funcionam como verdadeiras subespécies contratuais para a indústria da construção.

As privatizações que se iniciaram no país na década de 1990 e seguintes, o surgimento de agências e a disciplina dos contratos de concessão, pela Lei nº 8.987 de 1995, e a Lei nº 11.079 de 2004, criaram um ambiente propício à realização de contratos inteiramente privados de construção em diversos setores de infraestrutura: energia elétrica, rodovias, aeroportos, saneamento básico, portos, entre outros, no Brasil. Nesse contexto, os subespécies contratuais passaram a adentrar o ordenamento jurídico.

Dentre as subespécies, pode-se destacar aquelas criadas pela Federação Internacional de Consultores em Engenharia (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* – FIDIC)¹⁰⁸, por sua influência, composição e antiguidade. A Federação publicou, em 1999, série com quatro livros, identificados por cores, cada qual indicando cláusulas específicas para uma espécie contratual pautada em objetos e matriz de risco próprios. Duas dessas espécies ou subespécies (que compõe, como se verá adiante, os dois polos interpretativos, em termos de responsabilidade do empreiteiro) serão brevemente apresentadas e suas cláusulas padrão apresentadas nos Apêndices. Também comporão o panorama interpretativo das cláusulas em apreço na medida em que sugerem uma reflexão relevante sobre matriz de risco em função da forma de contrato e das responsabilidades das partes.

O Livro Vermelho (*Red Book*) representa modelo de contratação no qual o desenho do

108 Disponível em: <http://fidic.org/bookshop>. Acesso em: 18 mar. 2020.

projeto ou suas linhas gerais, está a cargo do dono da obra. Por essa razão, a matriz de risco é pensada com sua responsabilização pelo projeto, de modo que o construtor ou empreiteiro terá responsabilidade gerais reduzidas e maior margem de revisão dos preços. O Apêndice A apresenta sua matriz de riscos.

O Livro Amarelo (*Yellow Book*) é aquele em que projeto de engenharia, os suprimentos, a montagem e a construção são fornecidos pelo construtor. Contudo, as estipulações nessa espécie de contrato, são muito similares ao “*Red Book*”, compartilhando grande parte de suas cláusulas. Ou seja, apesar do fornecimento do projeto pelo construtor, o dono da obra ainda revisa todas as fases da construção; o contrato neste caso também é administrado pelo engenheiro; existe, assim, o mesmo tratamento na distribuição dos riscos que no modelo do “*Red Book*”¹⁰⁹.

O Livro Prata (*Silver Book*) é o que cria as condições padrão para o EPC/Turnkey. Ou seja, o contratado (empreiteiro) é responsável, não somente pelo projeto, mas também pela obra e por sua entrega com todas as condições de funcionamento. Daí decorrem diversos riscos, mas também maior remuneração que os compensará. O Apêndice B apresenta sua matriz de risco.

O Livro Verde (*Green Book*) representa um modelo para contratações de menor monta – reparos e pequenas construções –, por essa razão, sua matriz de risco não será analisada no trabalho.

Outras subespécies são conhecidas na indústria da construção. Destacam-se os modelos dos contratos de aliança¹¹⁰, bem como os chamados *EPCM (Engineering, Procurement Construction and Management)*¹¹¹. De igual modo, há modelos desenhados por outras instituições transnacionais¹¹². Para o estudo das cláusulas referenciadas nesse trabalho, contudo, as subespécies apresentadas trazem panorama adequado. Ademais, o *Red Book* é conhecido

109 VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. **A Distribuição dos riscos e a solução de controvérsias nos contratos FIDIC**. Disponível em: <http://schdc.cl/wp/a-distribucio-dos-riscos-e-a-solucao-de-controversias-nos-contratos-fidic/>. Acesso em: 23 jul. 2018.

110 Os contratos de aliança representam modelos sofisticados de contratação em que os riscos são distribuídos de maneira uniforme, *open book*, e incentivos ao contratante e contratado para o sucesso econômico da obra. SILVA, Leonardo Toledo. **Contrato de Aliança – Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção**, p. 58-59.

111 Análise desse modelo pode ser encontrado em: CARMO, Lie Uema, **Contratos de Construção de Grandes Obras**, p. 74-76.

112 Destaca-se os modelos da *International Chamber of Commerce* (Disponível em: <https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/>). Acesso em: 23 jul. 2018.

como o modelo padrão de contratação¹¹³ e o *Silver Book*, contrato recomendado por instituições financiadoras pela facilidade da identificação dos riscos distribuídos¹¹⁴. A isso, soma-se o pioneirismo e grande difusão dos contratos FIDIC.

Munidos dos conceitos gerais que guiarão a interpretação das cláusulas de alocação de risco em contratos de construção de infraestrutura, bem como das características fundamentais dos contratos em que se inserem, suas particularidades e padrões internacionalmente negociados, se passará ao estudo das cláusulas em si, seu contexto de criação e características e os limites à sua aplicação.

113 VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. **A Distribuição dos riscos e a solução de controvérsias nos contratos FIDIC**, 2019.

114 HOSIE, Jonathan. *Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get?* Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/hosie06.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

CAPÍTULO 2 – CLÁUSULAS DE *KNOCK-FOR-KNOCK* OU *MUTUAL HOLD HARMLESS*

2.1 Conceito

A chamada cláusula de *knock-for-knock*, ou cláusula de *mutual hold harmless*, surge em contexto de necessidade de redução de incertezas e custos no curso da execução de obras de infraestrutura. Em contratos para a construção de grandes obras ou exploração de atividades relacionadas a petróleo e gás natural, as partes, tanto o dono da obra ou contratante, quanto o fornecedor ou construtor, estão sujeitas a inúmeros riscos ao longo do desenvolvimento do projeto. Especialmente por se tratarem de contratos de execução continuada envolvendo alta complexidade, estão elas suscetíveis a explosões (em casos de operação de plataformas de petróleo), danos causados pelo maquinário fornecido (em casos de montagem de pás eólicas ou hidrelétricas), ausência de compatibilidade entre os diferentes fornecedores e subcontratados envolvidos na obra¹¹⁵.

Nos casos de exploração de atividades relacionadas à indústria de óleo e gás, pequenos acidentes já têm potencial para causar danos a equipamentos e ao pessoal trabalhando no sítio da obra. As dificuldades enfrentadas na determinação do responsável pelo dano causado em cada acidente, nessas circunstâncias, atrasariam sobremaneira a conclusão dos trabalhos ou a reposição de equipamentos.

Na tentativa de mitigar esse risco, foi desenvolvida uma espécie de cláusula que determina, de modo objetivo, a apuração da responsabilidade, ou, mais precisamente, a quem cabe o dever de indenizar, em eventos de danos na execução da obra, que, em tradução livre para o português, poderia ser descrita como cláusula para manter ambos os contratantes indenizados (*knock-for-knock* ou *mutual hold harmless*).

¹¹⁵ Considerações a respeito dos riscos envolvidos nessa espécie de contratação podem ser identificados na obra de Lie Uema do Carmo – “Contratos de Construção de Grande Obras” e em pequenos artigos, como o trabalho de Manoella M. Andrade intitulado “*Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issues*” e apresentado na Oil, Gas & Energy Law Intelligence (OGEL), vTudo bem.. 9, Issue 6, 2011.

Para entender o funcionamento dessa cláusula, basta pensar em uma situação em que duas partes, A (dono da obra) e B (empreiteiro) estabelecem uma relação contratual de longo prazo envolvendo a construção e manutenção de determinada obra. Nesse contexto, A opera a obra e B constrói uma de suas partes. Essa cláusula indicará que, quaisquer danos causados a funcionários de A ou a equipamentos de A deverão ser custeados por A e, de igual modo, quaisquer danos causados a funcionários de B ou a equipamentos de B, serão arcados por B.

Aparentemente contraditória, já que a regra geral da reparação presente no Código Civil brasileiro preceitua que aquele que causa dano a outrem é obrigado a reparar o dano¹¹⁶, a cláusula traz, porém, vantagens aos contratantes. Em primeiro lugar, a partir da instituição de uma regra clara de determinação do dever de reparar, estariam afastados os custos com a identificação do responsável no caso concreto, o que pode ser extremamente intrincado e dependente de perícia, já que estão envolvidas condutas de múltiplas partes sobre materiais complexos, coordenados entre si e que demandam técnicas de manipulação específicas.

Em segundo lugar, pode-se destacar a redução significativa dos custos com seguro para os empreiteiros ou subcontratos em determinada obra, o que, por consequência, reduz o preço da contratação e pode permitir maior concorrência entre prestadores de serviço de construção, já que um maior número estaria apto a arcar com as apólices necessárias. De fato, sem a regra do *knock-for-knock*, cada empreiteiro deveria procurar seguro contra danos a todos os materiais existentes no sítio de trabalho e para a proteção de todo o pessoal atuando no local¹¹⁷.

Em terceiro lugar, a cláusula permite a rápida reparação do dano e a existência de procedimentos céleres de mitigação do dano, já que se sabe, ao menos, a quem recorrer. Com isso, ao menos em tese, a partes podem se concentrar em suas funções de execução da obra ou operação do maquinário¹¹⁸, alocando menos esforços em perícia especializada na ocorrência de danos ou nos custos de advogados para conflitos arbitrais ou judiciais envolvidos nos processos de apuração de responsabilidade individual.

A cláusula de *knock-for-knock* é adotada em diversos modelos de contratação da

¹¹⁶ Interpretação conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

¹¹⁷ DAINITH, Terence; WILLOUGHBY, GDM; HILL, Adrian. *United Kingdom Oil and Gas Law*. 3rd ed. Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 1218.

¹¹⁸ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 6.

indústria¹¹⁹, embora concebida em operações em plataformas de exploração de petróleo e gás natural. Ela se apresenta, por exemplo, na construção e operação de parques eólicos. Nesse setor, o responsável pela prestação dos serviços de geração¹²⁰ contrata, usualmente, um empreiteiro responsável pelo fornecimento e montagem das turbinas geradoras. De outra ponta, com a interveniência desse empreiteiro, contrata um ente responsável pela operação e manutenção dos aerogeradores. A presença do empreiteiro no contrato justifica-se para a elaboração adequada de matriz de responsabilidades. Nesse contexto, é verificada a atribuição objetiva da responsabilidade por danos no modelo descrito de *knock-for-knock*.

Apesar de soar ilógico o sistema proposto por essas cláusulas, há vantagens relacionadas a custos de transação. Há ainda outra explicação econômica para apoiar sua existência. Parte-se da premissa que uma das partes aceitará indenizar seu próprio pessoal dos danos causados pela outra, porque, do mesmo modo, esse procedimento será adotado pela contraparte. A existência dos múltiplos danos também é dada como certa em indústrias que envolvem grandes riscos operacionais, como a indústria de óleo e gás¹²¹.

É importante ressaltar que, no esquema das cláusulas de *knock-for-knock*, em geral, mantem-se a regra geral da autoria para a indenização de danos causados a terceiros, não envolvidos na relação comercial, no qual acertou-se a cláusula. Assim, em caso de danos a funcionários de um prestador de serviços (terceiro envolvido no sítio da obra), procurar-se-á aquele responsável por causar o dano para reparar o dano¹²².

Sintetizando o conceito, pode-se afirmar que a cláusula de *knock-for-knock* ou cláusula de *mutual hold harmless*, precipuamente, aloca, em contratos de longo prazo cujo objeto envolve a construção e operação de obras e equipamentos de infraestrutura, a responsabilidade pelos danos a empregados ou a equipamentos sempre ao respectivo empregador ou dono do equipamento, ainda que o dano tenha sido causado pela outra parte. O objetivo da cláusula é

¹¹⁹ Idem, 2011, p. 3.

¹²⁰ No Brasil, os concessionários responsáveis pelo serviço de geração de energia elétrica são vencedores de leilões nos quais se comprometem a determinada capacidade geracional. São responsáveis pela construção e operação dos parques eólicos, integrados ao sistema nacional por meio de linhas de transmissão e distribuição. A regulação do setor está a cargo da Agência Nacional de Energia Elétrica da Secretaria de Minas e Energia.

¹²¹ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 5.

¹²² DAINTIH, Terence; WILLOUGHBY, G. D. M. *Manual of United Kingdom Oil and Gas Law*. London: Sweet & Maxwell, 1984, p. 171-172.

reduzir os custos do contrato por meio de uma definição clara e objetiva dos riscos. Desse modo, são reduzidos, especificamente os custos relativos a seguros de danos, que só serão contratados pelo empregador/dono de materiais em relação a seus empregados e seus materiais.

2.2 Função Econômica

A função econômica das cláusulas de *knock-for-knock* é respaldar a atribuição prévia de responsabilidade por eventos futuros que, embora possíveis, não tem concretização certa. Tais eventos futuros são configurados como riscos, ou seja, embora incertos, são mensuráveis.

Especificamente, a função econômica da cláusula é reduzir custos futuros de apuração de autoria da responsabilidade por danos a indivíduos e maquinário por meio da definição, de antemão, e, independentemente de qualquer perícia futura, de quem arcará com os custos de reparação de tais danos.

Como debatido, são altos os riscos compreendidos em projetos de infraestrutura. Em função desses riscos, procura-se determinar, o quanto antes, os responsáveis pelos custos no caso de sua verificação. A cláusula, desse modo, opera constituindo, antes do incidente, uma regra genérica atribuindo ao dono do equipamento futuramente danificado ou ao empregador de indivíduo eventualmente lesado, respectivamente, a própria responsabilidade pela integridade do equipamento e do indivíduo.

Constituindo a função econômica da cláusula a antecipação da atribuição da responsabilidade por danos futuros, também está em seu cerne definir os limites dessa responsabilização, a exemplo circunscrevendo-os à culpa das partes, sem atingir o dolo, ou abrangendo, propriamente, o dolo envolvido.

O impacto econômico da cláusula relaciona-se, substancialmente, à contratação de seguros pelas partes. Antevendo a alocação de responsabilidade por danos materiais e, eventualmente, morais, recaídos sobre determinados sujeitos, os seguros contratados por cada uma das partes cobrirão, automaticamente, quaisquer danos aos sujeitos empregados e maquinário em posse de cada uma das partes.

Em jogo, desde o início, essa dimensão securitária evita redundâncias de coberturas¹²³ e, de antemão, o impacto do risco em discussão poderá ser precificado no preço do contrato, na forma do pagamento, nas cláusulas de retenção, e no próprio escopo de uma eventual indenização. Ademais, aumenta a competição entre empreiteiros, pois à medida que não obriga a contratação de infinitos seguros, garante um custo de participação menor no projeto, viabilizando a contratação de empresas de portes diferentes no contexto da construção de uma obra de infraestrutura¹²⁴.

Como será analisado adiante, essas decisões podem impactar a seleção da legislação que alcança as discussões futuras sobre o contrato, a legitimidade da adoção de dispositivos arbitrais, bem como a eleição de foro¹²⁵.

Em síntese, como veste jurídico de fenômenos econômicos, as cláusulas contratuais contingenciam fenômenos de escassez e visam a redução de custos de transação¹²⁶. Considerando a necessidade de aproveitamento eficiente dos recursos em um projeto de infraestrutura, evitar a redundância de coberturas securitárias, bem como os custos envolvidos na perícia e apuração da responsabilidade por danos emergentes da execução do contrato consiste, efetivamente, o efeito e a consequência específica da criação da cláusula de *knock-for-knock* ou sua função econômica.

2.3 Origem e Recepção Inicial

Como visto, as cláusulas em estudo existem para tornar a alocação de riscos mais eficiente em contratos de grande risco, como os contratos de infraestrutura. O contexto de sua aplicação relaciona-se à indústria de óleo e gás, bem como de outras áreas de infraestrutura em geral¹²⁷.

¹²³ MOOMJAN JR. Cary A. *Contractual insurance and risk allocation in the offshore drilling industry*. IADC: Drilling Contractor. 1999. p. 19.

¹²⁴ DAINTIH, Terence; WILLOUGHBY, G. D. M. *Manual of United Kingdom Oil and Gas Law*. London: Sweet & Maxwell, 1984, p. 1218.

¹²⁵ Voltar-se-á a tratar desse tema no Capítulo 4, item 4.1 desta dissertação.

¹²⁶ COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 37.

¹²⁷ RAINEY GQ, Simon. *The Construction of Mutual Indemnities and Knock-For-Knock Clauses*. In: SOYER, Baris; TETTENBORN, Andrew, *Offshore Contracts and Liabilities*. Informa Law. Routledge. E-book, chapter 5.

Explicada sua função econômica, pode-se entender que, diante do avanço da indústria e dos desafios enfrentados na execução de projetos de offshore, em que os reparos e acidentes são constantes, diferentemente das construções de estaleiro mais comuns em que as etapas de construção e operação são segregadas e com menor impacto aos operadores, surgiu-se a demanda por cláusulas que antecipassem os riscos das novas tecnologias exploradas.

Esse novo contexto da indústria, desenvolvido especialmente na década de 1990¹²⁸, determinou o surgimento de modelos pela *International Association of Drilling Contractors* (IADC). Esses modelos, frequentemente usados na indústria de perfuração e exploração de petróleo, também são empregados na negociação e elaboração de contratos entre partes envolvidas na indústria de *offshore*.

A IADC trabalha no incentivo a reformulações legislativas em diversos locais do mundo espalhados por Europa, África, Ásia, Oriente Médio, América do Norte e América do Sul¹²⁹. Em um contexto em que diversas partes poderiam concorrer para danos, foi eficiente solicitar, clausularmente, que apenas uma das partes arcasse com certos riscos. Além do contexto da IADC, pode-se constatar que o surgimento dessas cláusulas ocorreu no ambiente regulatório em torno de explorações de óleo e gás em meio a plataformas marítimas. Disso não decorre a limitação de seu contexto de aplicação a esses setor.

Atualmente, é possível localizar essa cláusula em contratos celebrados nos Estados Unidos e Inglaterra, nos países nórdicos e no Brasil. Como se discutirá a seguir, a principal discussão sobre o surgimento e recepção dessas cláusulas diz respeito não propriamente à sua possibilidade, mas à sua extensão. De fato, as discussões acerca das possibilidades jurídicas de aplicação dessa cláusula no Brasil passam pela compreensão de diversos itens normativos e institutos doutrinários. De antemão, entretanto, pensando-se no caráter propedêutico da apresentação do material em estudo – já que a compreensão do alcance da cláusula de *knock-for-knock* nos Estados Unidos e na Inglaterra confunde-se com seu próprio surgimento, é necessário delinear um aspecto teórico que, desde logo, perpassa a análise da cláusula.

¹²⁸ MOOMJAN JR. Cary A. *Contractual insurance and risk allocation in the offshore drilling industry*. IADC: Drilling Contractor. 1999. p. 20.

¹²⁹ Vide: <http://www.iadc.org>.

Em suma, o aspecto relacionado ao surgimento e recepção da cláusula em comento, diz respeito à sua própria extensão, e não à possibilidade de sua existência. E para entender essa questão, é necessário pensar na capacidade de interferência social das regras de direito privado na vida e negócios dos indivíduos. De fato, quando do surgimento de cláusulas que passavam todo o risco de danos a materiais e pessoas não à parte causadora do dano, mas à parte detentora dos materiais ou empregadora das pessoas lesionadas, abriu-se espaço para um sério questionamento político¹³⁰.

2.3.1 Direito dos Contratos e intervenção socioeconômica

No campo do direito privado, ao pensar no direito contratual, é inegável que: (i) tanto as regras que organizam esse campo do direito; quanto (ii) propriamente as regras advindas das cláusulas pactuadas entre os contratantes, contribuem para organizar, de certa maneira, a distribuição econômica¹³¹ na sociedade.

Esse pensamento encontra amparo, especialmente, no debate teórico entre autores estadunidenses, a respeito da natureza do Direito Privado e dos critérios de justiça que seriam inerentes a esse campo do Direito, na segunda metade do século XX. Para a discussão, esses autores resgatam conceitos e definições estipulados por Aristóteles, reconhecendo dois modos distintos de se operar a justiça: de modo corretivo ou comutativo e de modo distributivo.

A justiça comutativa é aquela que propõe o reequilíbrio de uma situação injusta a partir de uma operação aritmética. Havendo partes envolvidas numa relação em que uma (A) causou dano a outra (B), ou dela tirou vantagens, cabe a comutação, ou seja, a restituição daquilo que foi perdido de (A) para (B). A justiça comutativa pressupõe que as partes estejam em relação de oposição e que trocas ou ajustes entre elas são suficientes para garantir o equilíbrio.

A justiça distributiva, contudo, opera de modo diferente. A distribuição deve ocorrer em situações tais em que, havendo pluralidade de partes, a destinação de uma parcela do bem a uma delas implicará perdas para todas as outras partes envolvidas. A justiça distributiva opera, assim,

¹³⁰ KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. Yale Law School Journal. Vol. 472, 1979-1980.

¹³¹ Idem, 1995, p. 472. WEINRIB, E. J. *The Idea of Private Law*. Oxford. 1995. p. 212.

de modo geométrico e, por isso, depende de um fator determinante da proporção em que deverá ser distribuído o bem envolvido. Havendo bens escassos atribuíveis a diversos entes ou indivíduos, é preciso estipular um fator de proporção ou um critério para a designação dos bens atinentes a cada um deles.

As situações que pedem o uso da distribuição como método para a justiça são, necessariamente, aquelas em que estão presentes bens comuns ou bens indivisos, porque só poderá haver a distribuição, havendo algo a ser dividido¹³². Os bens podem apresentar-se como comuns de diferentes modos. Podem ser comuns (i) por não terem sido produzidos por ninguém – por exemplo, coisas da natureza, como a água ou a terra; (ii) por terem sido produzidos por uma ação humana coletiva, não sendo possível atribuí-la a um indivíduo em particular – sendo a língua um exemplo; e (iii) por constituírem a finalidade de um grupo – como uma sociedade empresarial: ela só existe em função da persecução conjunta de alguma atividade econômica.^{133,134}

Embora as discussões envolvendo a justiça distributiva façam parte do universo dos juristas, é frequente que se esquivem de sua análise argumentando pertencer a justiça distributiva ao campo da política¹³⁵. A pertinência da justiça distributiva em âmbito do direito privado é, contudo, ainda mais controversa.

Ernest J. Weinrib¹³⁶, em seu livro *The Idea of Private Law*, procura demonstrar que a operação característica e exclusiva para a justiça no âmbito do direito privado é a operação corretiva ou comutativa. A opinião formalista do autor se justifica em nome de uma suposta necessidade de coerência para o sistema do direito privado. O direito privado, em oposição ao direito público, regularia as situações em que há, essencialmente, a bipolaridade de interesses,

¹³² LOPES, José Reinaldo de Lima. O Aspecto Distributivo do Direito do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil**, v. 123, 2001, p. 61

¹³³ As naturezas diferentes dos bens comuns são apresentadas por John Finnis (FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: University Press, 1980.

¹³⁴ Sobre a natureza das sociedades empresariais e sua existência em função de uma finalidade comum, exemplar é a obra de Tullio Ascarelli: O Contrato Plurilateral, publicado em no livro (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

¹³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Aspecto Distributivo do Direito do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil**, v. 123, 2001, p. 60.

¹³⁶ WEINRIB, Ernest. J. *The Idea of Private Law*. Oxford: 1995, p. 212.

devendo ser os conflitos desse campo direcionados a soluções restitutórias ou indenizatórias.

O debate acerca da justiça distributiva foi distanciado das preocupações dos juristas, em especial, devido à ascensão da estrutura de Estados liberais no século XIX¹³⁷. Como consequência, entendeu-se que o judiciário estaria responsável por questões de natureza corretiva ou comutativa, e que pertencia ao campo da política as discussões sobre a distribuição equitativa.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, as razões para o distanciamento da justiça distributiva do discurso do direito, encontram-se no ponto de separação entre o direito público e o direito privado¹³⁸. A procura de métodos próprios para cada uma das áreas acabou, com o tempo, por afastar as preocupações sobre a divisão dos bens da sociedade dos juristas. Segundo o mesmo autor, é possível perceber uma reaproximação do debate distributivo no direito, especialmente em países subdesenvolvidos em que o executivo e o legislativo apresentam falhas na promoção dos direitos sociais de suas populações. Entra em discussão o acesso a medicamentos, as demandas por reconhecimento de gênero, raça e orientação sexual etc.

Apesar de controverso, o reconhecimento da distribuição no campo do direito privado, o pensamento de autores como Antony Kronman, Ronald Coase e Iam Ramsay, caminha no sentido de sua possibilidade, tanto no campo legislativo, quanto no da regência contratual pactuada entre os privados. De fato, Kronman, em artigo intitulado *Contract Law and Distributive Justice*¹³⁹, demonstra que as regras que proíbem fraude, dolo, bem como aquelas que criam tributos para transações entre privados, constituem exemplos de regras de distribuição, imbuídas da mesma lógica jurídica. Assim, por meio delas, busca-se determinar não apenas a reparação, devolvendo-se um bem a outro lesado em sua posse, mas, considerando-se uma determinada diversidade de bens, determinar quais serão alocados para quais categorias de indivíduos.

No caso de formulações sobre fraude, por exemplo, cria-se condições para que um determinado bem circule, ou seja, de maneiras fraudulentárias, simplesmente não poderia circular,

¹³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Aspecto Distributivo do Direito do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil**, v. 123, XL, 2001, p 198.

¹³⁸ Idem, p. 202.

¹³⁹ KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. Yale Law School Journal. Vol. 472, 1979-1980, p. 474.

privilegiando-se, assim, determinadas condutas que diretamente impactam na circulação de riquezas.

Há uma razão, entretanto, para, ao pensar em negócios jurídicos amparados por contratos, perceber uma maior frequência na utilização de normas tributárias na busca por impactos distributivos. Essas razões ligam-se à percepção de intervencionismo estatal na conduta dos indivíduos, por exemplo, e no grau de coerção representado por cada tipo de formulação.

Com relação à indicação de que o direito contratual seria mais intrusivo à liberdade dos indivíduos, de fato, é possível argumentar que sua regulação presume uma interferência constante, já que geradora de uma aplicação normativa para todos os momentos em que um indivíduo deseja estabelecer contratos. De outro modo, o direito tributário atuaria apenas esporadicamente permitindo, *a priori*, a livre contratação. Kronman entende que esse argumento não é, todavia, convincente¹⁴⁰.

Com efeito, na prática, há diversos exemplos de impostos cuja cobrança é contínua. Impostos sobre a circulação de mercadorias, por exemplo. A cada operação comercial realizada por um indivíduo, ele é cobrado, já que está embutido no preço de mercadorias. Conseguimos imaginar o fato de que tributos são cobrados apenas periodicamente, ao associar sua cobrança a impostos sobre rendimentos, como o imposto de renda.

Contudo, nem todos os impostos funcionam como o Imposto de Renda. Há cobranças que podem incidir constantemente apenas sobre determinado produto. Imagine-se o exemplo da tributação de artigos de luxo¹⁴¹. Ainda assim, considerando os impostos que são cobrados periodicamente, como o imposto de renda, todas as transações que geram renda são por ele afetadas e determinam a necessidade de um planejamento tributário ou a escolha da alocação de transações comerciais de um determinado modo.

Outro argumento plausível, em favor de privilegiar-se regras sobre a tributação para distribuição, consiste na assunção de que o direito tributário atua apenas no constrangimento da

¹⁴⁰ KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. *Yale Law School Journal*, v. 472, 1979-1980, p. 503.

¹⁴¹ *Idem*, p. 504.

expressão pecuniária dos bens de um determinado indivíduo, nos frutos de suas atividades. O direito dos contratos, por sua vez, atua indicando quais operações podem ou não ser realizadas ou sob que circunstâncias, figurando como uma intervenção no agir individual.

Tal divisão, no entanto, é apenas aparente¹⁴². De fato, a existência de tributos que afetam determinadas operações atua diretamente nas escolhas comerciais. Impostos sobre a renda, por exemplo, determinam gastos sobre atividades que não são consideradas rendimentos. De igual modo opera o direito dos contratos. A determinação da realização de negócios sob certas condições, pode direcionar os investimentos para outras formas de negociação. É fato que, em geral, essa possibilidade de escolha é apenas aparente, dada a necessidade de busca de atividades rentáveis por comerciantes. Essa aparência de escolha, entretanto, apenas aproxima as duas formas de realização da justiça distributiva.

Ainda se pode pontuar que uma regulação parcial do direito dos contratos seria insuficiente para a persecução dos interesses de uma determinada operação distributiva visando garantir a alocação de bens dentro da sociedade. Isso, porque se uma determinada contratação é regulada para promover a distribuição, e essa regulação onera a contratação, é possível que os particulares optem pela realização de operações sem interferência do governo¹⁴³. A consequência é o esvaziamento da operação regulada e a não promoção da distribuição tal qual planejada inicialmente. Assim, é necessário garantir, por meio de uma regulação mais robusta, que esses escapes sejam evitados.

Isso vale igualmente para as tentativas de promoção de justiça distributiva por meio do direito tributário. De fato, os particulares poderão optar por soluções menos tributáveis ou não-tributáveis ao invés de se submeterem ao tributo cujos proventos determinariam um reequilíbrio dos bens da sociedade. Se não há modificação do *status quo*, ambas as ferramentas se mostraram insuficientes.

O dilema da necessidade de maior regulação demonstrado acima, revela o conflito com o princípio liberal de preservação das liberdades individuais. Esse problema subsiste na escolha de qualquer dos critérios de promoção da justiça distributiva. Isso porque é inerente a teorias da

¹⁴² KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. *Yale Law School Journal*, v. 472, 1979-1980, p. 505.

¹⁴³ *Idem*, p. 506.

justiça que buscam reestabelecer os parâmetros de divisão equânime dos bens sociais por meio de uma lógica que pressupõe certos merecimentos.

Sobre a neutralidade e a não-interferência, conclui¹⁴⁴ Kronman, que o uso da regulação contratual ou o uso do direito tributário mostrar-se-ão mais ou menos intrusivos segundo a empiria. Não há uma característica *a priori* de qualquer dos dois critérios que justifique seu uso antes da realização de um teste casuístico. Por essa razão, o direito privado, especialmente o direito dos contratos, não deveria ser afastado pelos liberais e, em razão do raciocínio desenvolvido até aqui, também não deveria ser afastado pelos libertários, como critério hábil à promoção da justiça distributiva. Por fim, a justificativa para o uso do direito tributário, em lugar do direito contratual, pode ser realizada com base no cálculo de eficiência ou de custos administrativos de cada um desses métodos.

Kronman primeiramente¹⁴⁵ mostra que o uso do direito contratual como método de promoção da justiça distributiva poderia ser afastado pela alegação de que, como consequência, a regulação contratual deixaria a situação dos indivíduos ainda pior do que antes da criação da regra distributiva. Por exemplo, pode-se vislumbrar um caso em que é estabelecido um limite ao valor dos alugueres a serem cobrados pelo locador. Diante dessa regra, o locador passa a realizar menores investimentos no imóvel, deixando o locatário em situação ainda mais crítica que aquela representada pelo alto preço contratual.

Não há razão para imaginar, conforme aponta o autor, que a situação acima não tenha comparação com a cobrança de impostos. Se for tributada a operação de locação de imóveis de modo especial, se observaria, provavelmente como consequência, justamente o aumento do preço dos alugueres, o que deixaria o inquilino novamente em uma posição de vulnerabilidade.

Tanto o direito tributário, quanto a regulação contratual podem provocar uma situação pior para aqueles que deveriam ser beneficiados pela edição de suas normas. A regra que vale em ambas situações é a de que uma situação pior deve ensejar o não uso do mecanismo de promoção da justiça distributiva. Sendo tanto o mecanismo de regulação contratual quanto o mecanismo de direito tributário igualmente eficientes ou restritivos da liberdade dos indivíduos,

¹⁴⁴ KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. *Yale Law School Journal*, v. 472, 1979-1980. p. 507.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 508.

ainda se poderia argumentar que o direito tributário é de fácil manipulação e, que, portanto, teria menos custos administrativos. Essa afirmação também não se sustenta empiricamente¹⁴⁶.

Observe o caso em que um determinado grupo étnico sofreu graves violações de direitos humanos ao longo do tempo e que, por causa dessa situação, não estejam inseridos adequadamente no mercado de trabalho. Uma solução para esse problema pautada pelo direito contratual, presumiria a criação de uma regra que vedasse a contratação discriminatória. O direito tributário, por sua vez, demandaria alguma regra que compensasse financeiramente aqueles que contratam pessoas pertencentes a essa etnia ou que tributassem os que não contratam. Os bens obtidos nesse processo de tributação poderiam ser usados para a criação de políticas inclusivas. Pelo que resta demonstrado dos dois exemplos, a resposta do direito contratual envolve menores custos administrativos e se revela uma operação mais simples, sem a necessidade de detalhamento de mais de um fato gerador tributário¹⁴⁷.

Outra explicação para a existência de maiores custos administrativos envolvidos no uso do critério tributário para a promoção da justiça distributiva está na sua própria operacionalização¹⁴⁸. No direito tributário o estado recolhe os bens de determinado grupo de indivíduos e depois os distribui. São dois momentos operativos. No direito contratual, a alocação de riquezas é promovida diretamente pelos particulares regulados pela norma.

É fato que existem ainda outros custos administrativos próprios à edição de normas sobre direito dos contratos. Por exemplo, os custos para promover a efetividade das postulações normativas. Contudo, não há razão para se imaginar que princípio, o processo de cobrança de um imposto seja menos oneroso que a fiscalização do cumprimento de determinada norma sobre alocação de recursos no contrato.

Assim, se o uso do direito dos contratos pode ser mais eficiente e neutro e menos intrusivo e custoso que o uso do direito tributário na promoção da justiça distributiva em determinados casos concretos, não há razão para não o considerar, seja sob uma perspectiva liberal, seja sob uma perspectiva libertária. O pensamento distributivo, desse modo, pode e deve

¹⁴⁶ KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. *Yale Law School Journal*, v. 472, 1979-1980, p. 508.

¹⁴⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, p. 307. Nessa página, o autor define o fato gerador tributário como a hipótese do mundo real sobre a qual incidirá o imposto.

¹⁴⁸ KRONMAN, op. cit., p. 509.

ser usado nas nossas escolhas relacionadas ao direito dos contratos.

Kronman conclui¹⁴⁹ seu pensamento voltando à questão da interferência da justiça distributiva sobre as liberdades individuais. De fato, o grande custo da realização da justiça distributiva por meio de normas jurídicas e de decisões judiciais está no fato delas comprometerem as liberdades de escolha dos indivíduos. Para este trabalho, o grande fruto da discussão apresentada por Kronman é vislumbrar, de um lado, a possibilidade do direito privado e contratual versar sobre matérias distributivas. De outro, entender se, nos casos em que há interferência distributiva em matéria contratual, quais são seus limites na liberdade de contratar, especialmente considerando que se trata neste trabalho de uma cláusula atípica.

Antes de voltar especificamente para o tema da ingerência das liberdades individuais no campo do direito privado, reforça-se o argumento do impacto distributivo do direito privado e suas normas lembrando-nos de R. Coase. O artigo de Ronald Coase, intitulado *The Problem of Social Costs*, procura sugerir um novo método de reflexão para os problemas derivados das ações de sociedades empresárias que provocam danos a outrem. Como exemplo dessa situação, o autor descreve o caso de uma companhia que, para desenvolver sua produção, causa poluição atmosférica, prejudicando os moradores da região local¹⁵⁰. É comum pensar como solução para um caso assim, a exigência de pagamento de compensação pelo poluidor em razão dos danos causados. Contudo, essa pode não ser a resposta mais adequada, pois não está pautada em uma visão geral que envolva também a análise dos ganhos sociais trazidos pela atividade do dono da fábrica.

Em uma situação de custo nulo de transação, decisões que designem um responsável por danos causados e determinem sua obrigação de arcar com o valor dos danos, não terão impacto na política produtiva local. Isso porque barganhas serão possíveis entre os envolvidos e, na medida em que os custos fixados nas barganhas sejam inferiores àqueles que serão arcados pela manutenção da situação original com pagamento de compensações, as barganhas serão efetivamente realizadas.

Como situação prática, pode-se apresentar o conflito entre um fazendeiro de gado de

¹⁴⁹ KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. *Yale Law School Journal*, v. 472, 1979-1980, p. 511.

¹⁵⁰ COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 95.

corde e um lavrador¹⁵¹. O lavrador é prejudicado pelo fazendeiro, na medida em que os animais destroem parte de sua lavoura. Se o fazendeiro é obrigado a pagar uma compensação, dependendo do valor da compensação, a melhor situação será pagar para o lavrador não produzir em determinado local. Assim, não há o custo de plantar e levar o prejuízo (obtendo-se depois uma compensação). Para o fazendeiro, a barganha funcionaria também porque o aumento de sua produção, proporcionalmente, geraria redução do valor a ser pago por compensações (se mantida a lógica da não produção).

No caso em que o fazendeiro não é obrigado a pagar qualquer compensação, ainda assim, barganhas seriam possíveis. O lavrador poderia pagar um prêmio ao fazendeiro por não produção, desde que esse prêmio corresponda a um valor inferior ao lucro que será obtido. Na perspectiva do fazendeiro, aumentar a produção de gado terá como consequência a perda de dividendos, além da geração de outros gastos. Desse modo, ele preferirá produzir menos. Em uma situação de custo nulo de transação, a determinação de um responsável para pagamentos de danos é indiferente para a política de produção de uma determinada localidade. Barganhas contornarão as dificuldades da produção e o resultado esperado pode ser exatamente o oposto: ao invés de se reduzir a produção do responsabilizado, este passará a produzir mais.

Os exemplos acima giram em torno da discussão dos custos sociais envolvidos nas normas e em como eles determinam comportamentos econômicos, reforçam todos os argumentos levantados acima sobre a relevância de se pensar o impacto de normas gerais sobre as relações contratuais entre particulares.

2.3.2 Custos sociais e existência de cláusulas de *knock-for-knock*

Voltando aos parágrafos anteriores em que tratávamos da existência de normas de direito privado capazes de impactar a distribuição de bens, assumindo a premissa de sua possibilidade no campo legislativo dessa área do direito, pode-se apresentar aqui uma das principais questões distributivas envolvidas em todo o debate acerca da própria existência da cláusula de *knock-for-*

¹⁵¹ COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 97.

knock.

Estando o direito preocupado em determinar os grupos sociais aos quais são destinados determinados bens, preocupou-se, especialmente, em evitar que o grupo que voluntariamente age, de modo torpe, possa se beneficiar dessa ação. Assim, busca-se que a riqueza circule num nível de simetria informacional, o que contribui para o desenvolvimento saudável do mercado e uma melhor distribuição das oportunidades¹⁵². Desse modo, por mais que as preocupações das cláusulas de *knock-for-knock* sejam genuínas no sentido de promover o desenvolvimento de obras de infraestrutura com custos menores de transação, pela determinação antecipada da responsabilidade pelos danos, há que se lidar com o fato de que restará sem imputação de alguma consequência jurídica aquele que causou danos a outrem.

Não é peremptório, contudo, que a existência, no mundo dos fatos¹⁵³, de danos a indivíduos e materiais deva repercutir, necessariamente, em alguma consequência jurídica. Tanto assim que o Código Civil prevê, como regra geral, que no caso de existência de casos fortuitos e de força maior, os impactos de custo não são atribuídos ao empreiteiro¹⁵⁴. Em matéria de Direito Penal, que muito se distancia do objeto deste trabalho, mas permite enxergar situações complexas de atribuição de responsabilidade, vê-se também situações jurídicas que não reagem de modo proporcional ou retributivo¹⁵⁵ a eventual dano ocorrente no mundo dos fatos. Assim, o ordenamento jurídico prevê situações excludentes de culpabilidade, em que, embora haja dano e nexo causal, não há responsabilização¹⁵⁶.

Voltando para a premissa geral de que o ordenamento procura evitar que haja benefício econômico em face da própria torpeza, é que se imaginar que a não responsabilização, com consequências pecuniárias, daquele que causou dano a um indivíduo, poderá incentivar práticas dolosas e culposas, já que, por força contratual, esses danos só são reparados pelo empregador ou proprietário do material em questão.

Talvez seja difícil imaginar situações voluntárias de dolo dentro do universo da

¹⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 81.

¹⁵³ MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 27.

¹⁵⁴ Artigo 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: I – por culpa do dono, ou por motivo de força maior;

¹⁵⁵ Por exemplo, na delimitação de limite indenizatório contratualmente para cobrir a totalidade dos danos futuros.

¹⁵⁶ Código Penal. Artigo 26 e seguintes.

construção civil, entretanto, poderão ser frequentes situações nas quais graves omissões podem provocar acidentes aos indivíduos e objetos envolvidos no sítio de trabalho. Assim, é possível que um operador de pás eólicas, trabalhando em um parque em construção, não zele diligentemente pela fiscalização dos materiais que manuseia, provocando, não intencionalmente, mas por consequência de ações facilmente antecipáveis, lesões aos trabalhadores ligados à outra companhia, por exemplo, daquela responsável pela própria construção e pavimentação do local.

Considerando os atributos distributivos do direito privado, é questionável pensar se a prática de cláusulas de atribuição de responsabilidade por danos poderá ser considerada moralmente aceitável para qualquer situação. De fato, essa permissão poderá criar um sistema de alocação de riquezas que privilegia, não a existência de danos não reparados, mas a própria existência de danos desnecessários. Nesse contexto, ao analisar, de forma propedêutica, a existência dessas cláusulas no ambiente da cultura Estadunidense e da cultura Inglesa, propriamente, percebe-se que no próprio cerne da possibilidade de existência dessa cláusula, há a discussão moral e distributiva acerca dos incentivos possíveis ao surgimento de ilícitos por dolo e falta grave, em um contexto que sai do foco a discussão sobre autoria.

Trazendo à frente algumas reflexões, é fato que a permissão da regra das cláusulas de *knock-for-knock* gera outros tipos de incentivos, ligados à redução de custos de transação e negociação efetiva dos contratos no momento anterior à construção. Há de se observar em que medida esses incentivos positivos superaram externalidades negativas e, de outro lado, se existiriam outras formas (fora do direito privado, por exemplo) capazes de evitar tais externalidades negativas.

2.3.3 Outras cláusulas de responsabilidade e *knock-for-knock*

Além das externalidades negativas materializadas em um possível incentivo à negligência e culpa grave, tendo em vista o fato de que a reparação pelo dano não ficaria a cargo daquele a quem foi imputada a conduta negligente ou culposa, há que se pensar também na dificuldade do alcance da cláusula de *knock-for-knock* em função de outras cláusulas de responsabilidade típicas de contratos de construção.

Uma primeira cláusula que merece atenção é aquela que atribui responsabilidade à parte que descumprir dispositivos contratuais. Cláusulas dessa natureza determinam que, caso uma das partes descumpra uma obrigação prevista no contrato, a outra parte terá direito de se ver indenizada. Dispositivos dessa natureza, entretanto, podem, por sua vez, trazer desafios à aplicação da cláusula de *knock-for-knock*, à medida que criam métricas de responsabilidade com resultados potencialmente diversos dos da última cláusula. Para entender essa questão, pode-se pensar em um exemplo típico. É comum, por exemplo, que em contratos de construção de infraestrutura existam dispositivos que preceituam que o empreiteiro não poderá utilizar material defeituoso no projeto. Caso se prove que determinado acidente, que causou danos a pessoas ou materiais, teve origem na qualidade do material fornecido, é possível a existência de duas normas concorrentes na atribuição de responsabilidade¹⁵⁷. Porque, caso haja lesão a funcionários do dono da obra, seria claro que se pensasse que ele seria obrigado a reparar o dano por arranjo contratual. Contudo, dentro do próprio contrato há norma que possibilita a interpretação em sentido contrário, já que, tendo o empreiteiro descumprido um arranjo contratual, atrairia para si a responsabilidade pelo dano. Evidentemente essa questão pode ser corrigida com redações contratuais claras que estipulam um determinado nível de hierarquia para regras de aferição de responsabilidade. De todo modo, tribunais ingleses já se viram diante do tema, trazendo soluções diferentes, que serão apresentadas no item subsequente.

Outra cláusula, socialmente típica nos contratos do setor e que pode trazer dificuldades à potencialidade de aplicação da cláusula de *knock-for-knock*, é aquela que determina um limite geral indenizatório no âmbito do contrato, geralmente para as indenizações devidas pelo empreiteiro, proporcionais ao valor do contrato. Essas cláusulas são conhecidas como *aggregate liability clauses*. Normalmente, cláusulas dessa natureza visam aumentar a participação de *players* no processo de contratação de empreiteiros, já que o *quantum* indenizatório pode inviabilizar a prática de determinados agentes com menor capacidade econômica. É claro, contudo, que essas cláusulas podem trazer desafios à aplicabilidade da cláusula em estudo.

De fato, se se determina que a responsabilidade e o dever de reparar estão restritos a um determinado valor, restarão situações em que, pela cláusula de *knock-for-knock* o empreiteiro

¹⁵⁷ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 7.

deveria levar a cabo a correção de um dano, contudo, tendo o valor excedido o limite estipulado, poderá recusar-se a completar o valor devido¹⁵⁸. Novamente, pode-se pensar que a solução para esse tipo de conflito perpassa por redações contratuais claras que anteveem a hierarquização das normas de responsabilidade e se há ou não exceções à sua aplicação. A questão também já foi identificada em tribunais estrangeiros, em especial Inglaterra e Estados Unidos, e será verificada no tópico subsequente.

De todo modo, é fácil pensar que o próprio sentido da existência das cláusulas de *knock-for-knock* depende de sua consideração como regra prioritária que excepciona determinações em outro sentido. Deve-se, entretanto, ter em mente os potenciais conflitos interpretativos que com ela podem surgir, para se evitar uma redação vazia e de limitado alcance.

2.3.4 Sistema Jurídico Inglês

No tratamento das questões ligadas ao direito privado, é costume pensar que o Direito Inglês (assim entendidos em conjunto os ordenamentos jurídicos da Inglaterra e do País de Gales), parte da premissa de uma menor intervenção do direito nas relações comerciais¹⁵⁹. Assim, caberia, como regra geral, o pensamento de que o direito privado deve-se furta da regulação dos arranjos realizados entre as partes contratualmente.

Como discutido no item 2.3.1 acima, de fato, a regulação do direito privado pode ser até menos invasiva à relação entre particulares do que a de direito público. Na ocasião, compara-se a regulação proposta pelo direito tributário, com dispositivos sobre contratos em geral.

Ainda assim, mesmo que se assuma que o direito privado (i) é capaz de interferir nas relações entre particulares e na distribuição das riquezas; e que (ii) pode realizar a promoção da justiça distributiva com menor intromissão que o direito público; é inegável que tradições que caminham no sentido do pensamento libertário tradicional¹⁶⁰, comum ao Direito Inglês, pensarão em um grau de intervencionismo significativamente menor do direito privado e do

¹⁵⁸ Idem, 2011, p. 14.

¹⁵⁹ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 18.

¹⁶⁰ Para outras discussões acerca do libertarianismo e do liberalismo, recomenda-se o artigo KRONMAN, Anthony T. *Contract Law and Distributive Justice*. Yale Law School Journal. Vol. 472, 1979-1980.

direito em geral na livre negociação. Quanto mais em que pese que, a relação contratual, foco deste trabalho, realiza-se entre empresários, em negócios vultuosos, que pressupõem grande porte econômico dos contratantes. Nessas situações seria difícil estabelecer relações assimétricas ou características de abuso de poder contratual¹⁶¹ entre as partes.

De fato, é difícil, mesmo na jurisdição pátria, reconhecer abusividade ou determinar-se a revisão contratual nos chamados contratos empresariais, por se partir da premissa de que as partes têm liberdade e condições suficientes de negociação simétrica¹⁶². Não se exclui, evidentemente, a possibilidade de existência de abuso de poder contratual entre empresários. Em alguns países, leis específicas regulam situações assimétricas específicas, como destaca-se o caso da Itália e sua chamada *Lei de Subfornitura*¹⁶³. O fato é que, (i) pela natureza das contratações de infraestrutura, (ii) pelo seu enquadramento na categoria de contratos empresariais, (iii) em razão da tradição pouco intervencionista do Direito Inglês, é de se esperar um comportamento permissivo desse direito no tratamento de cláusulas atípicas de alocação de risco, como é o caso da cláusula de *knock-for-knock*.

Em primeiro lugar, pode-se perscrutar de que modo o Direito Inglês trata a existência conjunta de cláusulas de *knock-for-knock* e cláusulas de atribuição de responsabilidade em caso de quebra de pacto contratual, situação levantada no item 2.3.3 acima. Antecipa-se que soluções diferentes têm sido dadas nessas ocasiões.

Para ilustrar debruça-se sobre o caso *Smedvig Ltd. vs. Elf Exploration UK Plc*¹⁶⁴. Nessa ocasião, *Smedvig Ltd.* (o empreiteiro) e *Elf Exploration Company UK PLC* (o dono da obra e operador do projeto) celebraram contrato no qual o empreiteiro concordava em fornecer materiais e operar uma unidade de offshore para o dono da obra. O dono da obra havia, previamente, contratado “*Super Scorpio II*”, um veículo de titularidade da *Submersible Television Ltd.* para operar nas instalações respectivas.

Quando *Super Scorpio II* estava sendo colocada na embarcação, foi atingida por um

¹⁶¹ TOMASETTI, Jr. Alcides, *Abuso de Poder econômico e Abuso de Poder Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 84, Maio de 1995, Vol. 715. [SEP]

¹⁶² FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, São Paulo: RT, 2009, p. 88.

¹⁶³ Legge 18 giugno 1998, n. 192 (in Gazz. Uff., 22 giugno 1998, n. 143).– Disciplina della subfornitura nelle attività produttive. [SEP]

¹⁶⁴ *Smedvig Ltd. v Elf Exploration UK Plc* [1998] 2 Lloyd’s Rep 659 (QBD Com Ct).

guindaste da unidade de perfuração do empreiteiro e, conseqüentemente, danificado. *Smedvig Ltd.* iniciou, então, os procedimentos para reaver o prejuízo decorrente da colisão contra o empreiteiro, alegando que uma conduta negligente de funcionários do empreiteiro havia gerado os danos mencionados. O empreiteiro, então, pediu indenização ao dono da obra, alegando uma previsão *knock-for-knock* do contrato, segundo o qual, o dono da obra deveria mantê-lo indene de quaisquer demandas relacionadas a danos a equipamentos da companhia, incluídos aqueles contratados pelo dono da obra em operações, como o *Super Scorpio II*. De outro lado, o dono da obra alegou que a cláusula de *knock-for-knock* não deveria ser aplicada nesse caso, haja vista que o dano em questão resultou de uma expressa quebra contratual por parte do empreiteiro. Isso porque havia previsão contratual no sentido de que o empreiteiro deveria zelar pelos equipamentos do sítio de trabalho.

Geoffrey Brice QC, juiz da Suprema Corte e responsável pelo caso, apontou que não haveria nenhuma razão para se limitar o escopo da cláusula de atribuição de responsabilidade (*knock-for-knock*). O seu conteúdo era claro, e não reconhecer seus efeitos seria o mesmo que negar a alocação de riscos pré-estabelecida pelas partes. Segundo o magistrado, essa interpretação não afasta a aplicabilidade da cláusula que determina que o empreiteiro zele pelos materiais no sítio da obra. O que se deve entender é que essa obrigação se relaciona ao correto acondicionamento dos materiais. Entretanto, havendo necessidade de indenização em decorrência de danos gerais, a responsabilidade pelo pagamento, conforme cláusula de alocação de riscos, será do dono da obra. Sintetizando o conceito expresso pelo magistrado, embora o empreiteiro permaneça obrigado a zelar pelos equipamentos no sítio da obra pertencentes ao dono da obra, por determinação contratual, as conseqüências financeiras de qualquer dano a tais itens recaem sobre o dono da obra, inclusive em casos de ausência de zelo da parte do empreiteiro¹⁶⁵.

Em um caso recente, entretanto, a Suprema Corte (*Court of Appeal*) chegou a conclusões diferentes, lidando com questões bastante semelhantes. No caso *Deepak Fertilisers And Petrochemicals Corporation vs. ICI Chemicals & Polymers*¹⁶⁶, um dos réus (*Davy McKee*

¹⁶⁵ GARDNER, David. *Basic Scheme of Knock for Knock*. *Mondaq Insurance*, 28 nov. 2009. Disponível em: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=83204>. Acesso em: 19 mar. 2020.

¹⁶⁶ [1999] Lloyd's Rep. 387 (CA).

London Ltd.) concordou em fornecer tecnologia e *know-how* para a construção da usina de metanol do autor na Índia. Essa tecnologia e *know-how*, por sua vez, fora fornecida ao autor, anteriormente, por outro réu (*ICI Chemicals*). A usina foi então construída e, mais tarde, *Deepak* e *Davy MacKee* assinaram o termo de aceite da obra, no qual *Deepak* apontou que o mal funcionamento de determinadas áreas estava afetando a performance da usina. Assim, apesar do aceite, o conversor de metanol criado a partir da tecnologia fornecida pelos réus explodiu, causando danos severos à usina e o fim da produção de metanol.

Deepak entrou então com ação de danos contra *ICI Chemicals* e *Day*, legando que a explosão ocorreu em razão: (i) das informações falsas prestadas por ambos os réus no sentido de que a tecnologia contratada era confiável e havia sido testada de modo satisfatório em outras ocasiões (o que não era verdade) e também; (ii) em vista da quebra contrato de *Davy*. Apesar de inúmeros detalhes estarem envolvidos nesse caso específico, para os propósitos da reflexão desse capítulo, eles não serão expostos. De relevo, deve ser primeiramente apontado que a Suprema Corte definiu de modo favorável à *Deepak*, estabelecendo que *Davy MacKee* era responsável pelos custos de reconstrução da usina de metanol.

No caso, cabe averiguar que tipo de resposta *Davy McKee* pode receber ao alegar a aplicação da cláusula de alocação de risco específica com relação aos equipamentos de propriedade de *Deepak*. Nesse sentido, a Corte entendeu que a cláusula de alocação de risco, com relação ao maquinário de *Deepak* não se aplicava, em razão da quebra contratual levada a cabo por *Davy MacKee*.

O que se pode lamentar da decisão de segundo grau, nesse caso, é a ausência da exposição de critérios sobre os limites da aplicação das cláusulas de *knock-for-knock* nos casos em que há manifesta quebra contratual¹⁶⁷. Contudo, o juiz de primeira instância, para tal caso, sugeriu alguns critérios para distinguir quais as quebras contratuais deveriam ser consideradas nos limites da aplicação da cláusula de indenização e quais não devem ser consideradas.

Essa construção foi pensada para os casos em que há lacuna contratual com relação à hierarquização dos critérios que prevalecem na atribuição de responsabilidade pela indenização

¹⁶⁷ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 10.

nos casos de verificação de danos, bem como para os casos que a lógica contratual caminha nesse sentido, cláusulas de indenização, tais quais as cláusulas de *knock-for-knock*, não podem ser aplicadas para afastar a responsabilidade por danos causados em função de quebras contratuais relacionadas a dispositivos com deveres da parte da inadimplente. Nesse sentido, cita-se:

A mim parece, contudo, ser estranho considerar que uma cláusula de indenização (alocação de risco) tal qual a cláusula 10.10 deva, por si mesmo, efetivamente excluir a responsabilidade de uma das partes, mesmo que essa tenha incorrido em alguma quebra contratual. Caso a responsabilidade por quebra contratual não tenha sido afastada por uma disposição específica do contrato, pareceria surpreendente achar uma cláusula de indenização posta nas disposições gerais ao fim do contrato cujo efeito é alterar o contrato em geral, no limite até atingir as responsabilidades por danos a pessoas e propriedades. ... a mim parece ainda mais sem razão, na ausência de uma disposição expressa que torne clara a prevalência da cláusula de indenização sobre outras previsões contratuais, porque as partes deveriam presumir estarem amparadas dos efeitos de quebras de disposições específicas do contrato, em relação ao seus deveres, valendo-se de disposições genéricas presentes no contrato.¹⁶⁸

Manoela lembra de outra decisão semelhante¹⁶⁹ no caso *Seadrill Management Services Ltd. vs. OAO Gazprom*¹⁷⁰. *Seadrill* (empreiteiro) e *OAO Gazprom* (operador do projeto) celebraram um contrato para realização de serviços de perfuração pelo empreiteiro. Quando o equipamento estava sendo manipulado, ocorreu um acidente que lhe resultou em danos severos. O equipamento foi conduzido para reparos em uma embarcação de Singapura, onde também passou por melhoramentos (para atender o próximo contrato do empreiteiro). Em seguida, o operador do projeto rescindiu o contrato alegando inadimplemento por parte do empreiteiro em razão de conduta negligente na manipulação do equipamento, bem como por ter realizado incrementos no equipamento durante os reparos na embarcação de Singapura. O empreiteiro contestou, negando as alegações e argumentando que o operador quem havia dado causa a

¹⁶⁸ Tradução livre de: “*It seems to me, however, to be odd indeed to think that an indemnity provision such as that in cl. 10.10 should by itself effectively exclude liability for breach of a strict contractual obligation. If liability for breach of a contractual obligation is not excluded by specific exemption clauses in the contract, it would seem surprising to find it in an indemnity clause tucked into a series of miscellaneous clauses at the end of the contract a provision whose effect is simply to stand the contract on its head, so far at any rate as liabilities for personal injury or damage to property are concerned. ... it seems to me even less reason, in the absence of express language which makes clear the paramountcy of the indemnity provisions over all other provisions in the contract, why the parties should be presumed to intend to protect against the consequences of breaching strict contractual duties otherwise undertaken elsewhere in the contract*” *Deepak Fertilisers And Corporation v ICI Chemicals & Polymers and Others* [1998] 2 Lloyd’s Rep. 139 (QBD Com Ct), 159 (emphasis added).

¹⁶⁹ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 10.

¹⁷⁰ [2009] EWHC 1530 (Comm); 126 (2009) Con. L.R. 130 (QBD Com Ct).

rescisão antecipada do contrato, haja vista sua manifestação no sentido do fim do contrato, e mesmo se assim não fosse entendido, o empreiteiro teria o direito à rescisão em razão da falha do operador em pagar pelos serviços contratados.

Na sequência, o empreiteiro iniciou processo contra o operador, cobrando os pagamentos faltantes e buscando pagamento por inúmeros danos relacionados aos reparos no equipamento. Na visão do empreiteiro, o pagamento desses reparos seria devido em função das condições precárias do sítio da obra providenciadas pelo operador, gerando, por consequências os referidos danos. O operador, por sua vez, alegou que o acidente com o equipamento fora causado pela conduta negligente do empreiteiro e não em razão das condições do sítio da obra. Essa conduta negligente resultou em quebra da obrigação contratual do empreiteiro de operar o equipamento com prudência, habilidade e cuidado, caso contrário arcaria com o pagamento de danos ao operador.

No curso do processo, o empreiteiro admitiu que o acidente com o equipamento fora, de fato, causado por negligência do funcionário responsável por manipular tal equipamento. Contudo, o empreiteiro argumentou nenhuma responsabilidade por danos resultaria dessa conduta de seu funcionário, em razão de uma cláusula contratual que afastava a responsabilidade do empreiteiro, até nos casos em que resultante de negligência ou inadimplemento contratual:

911 – Acordo Geral: As partes reconhecem que o desempenho das atividades de perfuração e demais associadas ao objeto do contrato já resultaram em danos físicos, mortes, perdas e danos em propriedades, poluição, danos de controle, reserva de danos e outras perdas e responsabilidades. É intenção das partes que as disposições deste Artigo IX e dos Parágrafos 606, 608 e 1310 devem reger exclusivamente a alocação de riscos e responsabilidades das partes não concernentes a causa (como melhor especificado no Parágrafo 910), sendo de conhecimento geral que a compensação paga ao empreiteiro, como aqui especificada, tem sido baseada no expresse entendimento de que riscos e responsabilidades devem ser determinados de acordo com as determinações deste Contrato¹⁷¹.

As disposições previstas no parágrafo 911 (artigo IX, parágrafos 606, 608 e 1310)

¹⁷¹ Tradução livre de: “911 – *General Intent: The parties recognise that the performance of well drilling, workover, and associated activities such as those to be performed under this Contract have resulted (sic) in bodily injury, death, damage or loss of property, well loss or damage, pollution, loss of well control, reservoir damage and other losses and liabilities. It is the intention of the parties hereto that the provisions of this Article IX and Paragraphs 606, 608 and 1310 shall exclusively govern the allocation of risks and liabilities of said parties without regard to cause (as more particularly specified in Paragraph 910) it being acknowledged that the compensation payable to Contractor as specified herein has been based on the express understanding that risks and liabilities shall be determined in accordance with the provisions of this Contract. Seadrill Ltd. (n 14) (emphasis added)*”.

mencionadas acima, incluem a conhecida cláusula de *knock-for-knock*, segundo no qual as partes concordam em indenizar-se reciprocamente em relação a danos cometidos contra seu próprio equipamento e seus empregados. A defesa do empreiteiro alegou que o efeito do parágrafo 911 era que apenas o conteúdo ali disciplinado deveria reger as responsabilidades das partes no âmbito do contrato. Assim, desde que o empreiteiro não havia assumido o risco de uma performance insatisfatória de sua obrigação de operar o equipamento com técnica e diligência, conforme determinação de cláusulas específicas, ele não deveria ser responsável por danos ao equipamento decorrentes de sua quebra contratual.

Os argumentos levantados pelo empreiteiro foram rejeitados pelo magistrado Flaux J. Segundo ele, uma escrita inequívoca é necessária para afastar direitos e garantias jurídicas que as partes tenham em decorrência do uso corrente do *common law*, como é o caso dos direitos decorrentes de danos causados pela outra parte em razão de descumprimento contratual. Na visão do magistrado, o parágrafo 911 não era claro o suficiente para afastar a responsabilidade do empreiteiro pela quebra contratual das obrigações no âmbito do contrato, incluindo a responsabilidade de diligentemente manusear o equipamento de trabalho. Flaux J. ainda acrescentou que o trecho: “É intenção das partes que as disposições deste Artigo IX e dos Parágrafos 606, 608 e 1310 devem reger exclusivamente a alocação de riscos e responsabilidades das partes não concernentes a causa¹⁷²”, deixa claro que, em assuntos abrangidos por tais cláusulas, elas devem exclusivamente governar a alocação de riscos entre as partes.

A redação, entretanto, não sugere que não emergirá responsabilidade para as partes no âmbito do contrato em outros assuntos não abrangidos pelo conteúdo do artigo IX e dos parágrafos 606, 608 e 1310. Dentre essas outras responsabilidades, poderia ser citada a responsabilidade por manusear com cuidado, técnica e diligência o equipamento de perfuração. Nessa linha de pensamento, caso as partes quisessem excluir o condão da responsabilização nos casos decorrentes do uso negligente do equipamento de perfuração, teriam tranquilamente posto essa exclusão por escrito no contrato.

¹⁷² Tradução livre de: “*It is the intention of the parties hereto that the provisions of this Article IX and Paragraphs 606, 608 and 1310 shall exclusively govern the allocation of risks and liabilities of said parties without regard to cause*”

Da observação dos comentários das autoridades citadas acima, apesar das conclusões em sentido diferente, chega-se a uma conclusão: cláusulas de indenização, no estilo *knock-for-knock* (ou outras formas contratuais, como aquela observável no caso *Seadrill*, que também envolvia cláusulas específicas de alocação de risco), somente serão suficientes para afastar a responsabilidade de uma das partes, em caso de danos decorrentes de inadimplemento contratual, se houver redação inequívoca no contrato sugerindo o afastamento da responsabilidade nesse caso específico.

Como aponta M. M. Andrade¹⁷³, no supracitado artigo, tal resposta é consistente com as normas do Direito Inglês que regulam a interpretação contratual. Como a consequência direta da prevalência da regra de *knock-for-knock* em relação a outras normas pode gerar como consequência o afastamento da responsabilidade da parte que gerou dano em função de seu descumprimento de alguma regra contratual, essa solução exótica e pouco usual só deverá ser aplicada no caso de as partes expressamente terem concordado nesse afastamento, não sendo suficiente uma regra genérica¹⁷⁴. A presença de uma mera regra genérica, nesses casos, como discutido a partir de exemplos acima citados, seria privada de eficácia e exequibilidade.

Entretanto, essa regra geral é insuficientemente precisa para diferenciar cláusulas de indenização (como cláusulas de *knock-for-knock*) muito genéricas de cláusulas de indenização, fortes suficientemente para cobrir os efeitos da responsabilização por quebra contratual. De fato, no caso envolvendo *Super Scorpio II* a regra de *knock-for-knock* foi considerada abrangente o suficiente. Nos casos envolvendo *Deepak* e *Seadrill*, contudo, prevaleceu a responsabilização da parte inadimplente contratualmente.

À primeira vista, é difícil conciliar a decisão no caso *Super Scorpio II* com a decisão presente no caso envolvendo *Deepak*. Em ambos, a regra de *knock-for-knock* alegada indicaria que a responsabilidade pelos danos a equipamentos do dono da obra/operador seria do próprio dono da obra/operador do equipamento. Enquanto no caso envolvendo *Super Scorpio II*, o juiz

¹⁷³ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 10.

¹⁷⁴ Leitura consistente com a interpretação levada a cabo por Ewan McKendrick na seguinte obra: *Contract Law*. 8th edn. Palgrave Macmillan, Houndmills, 2009, p. 311.

entendeu a prevalência da regra de indenização, no caso de *Deepak*, o entendimento foi em outro sentido: de que uma disposição *mutual hold harmless* seria insuficiente para afastar a responsabilidade de uma parte por dano decorrente de uma quebra contratual. O que é mais interessante na comparação é o fato de que, em nenhum dos casos, havia uma disposição contratual expressa, no sentido de que a responsabilidade decorrente de danos originários de inadimplemento contratual estaria afastada diante de outras cláusulas de indenização.

Como mencionado no item 2.3.3 acima, o conflito entre *knock-for-knock* e a regra de responsabilidade em razão de quebra contratual pode ser resolvido por uma redação contratual clara. Algumas das decisões analisadas acima caminham nesse sentido. É fato que resta dúvida sobre os elementos que determinará a clareza desse conteúdo. M.M. Andrade¹⁷⁵ questiona, por exemplo, se seria necessário, para cumprir os parâmetros de uma redação inequívoca, a expressa menção à quebra contratual e limitação de suas consequências.

No item 2.3.3 acima, também menciona a existência de outra espécie de cláusula de indenização que poderia minar os efeitos das cláusulas de *knock-for-knock*. São as cláusulas que limitam o *quantum* indenizatório a determinado valor, geralmente uma porcentagem do valor do contrato. Comenta que as grandes questões entorno da cláusula em estudo dizem respeito ao seu alcance (e não propriamente à sua existência). E que subjaz a essa percepção o fato do Direito Privado poder ser usado para promover a distribuição de maneira justa. Pode-se ver um pouco dessas premissas nos exemplos acima e se discutirá a seguir, na análise do conflito com cláusulas indicativas de limite de valor para indenização.

Como regra geral, no Direito Inglês, os contratos celebrados entre privados devem ser interpretados, em caso de contenda que demande análise judicial, de maneira que se busque encontrar o sentido e a finalidade buscados pelas partes durante a celebração¹⁷⁶. Nessa perspectiva, as cláusulas do contrato devem ser analisadas pelas cortes considerando-se o contrato como um todo. Esse modo interpretativo também é considerado na doutrina pátria,

¹⁷⁵ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 12.

¹⁷⁶ Nesse sentido o discurso de Lord Bingham no *Bank of Credit and Commerce International SA v Ali* [2002] 1 AC 251 (HL) [8] e, para uma descrição detalhada de todos os princípios contratuais vigente, observar o discurso de Lord Hoffmann no *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society* [1998] WLR 896 (HL) 912-913.

especialmente porque o núcleo essencial do contrato, como se ensina, é composto pela elemento “vontade das partes”,¹⁷⁷ o que impacta não só na própria interpretação do contrato, como na indicação de seus vícios (os vícios de nulidade estão diretamente ligados a vícios na formação da vontade negocial)¹⁷⁸.

Acompanhando essa linha interpretativa, Aikens J.¹⁷⁹ apontou, diante dos fatos do caso *Westergenco Ltd. v. APT Oil & Gas (UK) Ltd.*, que a responsabilidade do empreiteiro (*Westergenco Ltd.*) pelo pagamento de indenização por danos a terceiros não era limitada ao “cap” estabelecido na cláusula definidora do *quantum* indenizatório máximo que as partes se comprometem a pagar, de acordo com o contrato celebrado com o operador do projeto (no caso concreto *ATP Oil and Gas (UK) Ltd.*).

Contextualizando o caso, durante a execução do contrato e prestação dos serviços correspondentes, o equipamento do empreiteiro colidiu com uma boia marcadora localizada sobre um campo de petróleo explorado por um terceiro (*Total E&P UK PLC*), em razão de conduta negligente do próprio empreiteiro. A colisão gerou danos à instalação de cabeça de poço de titularidade da *Total*. Dessa feita, a *Total* iniciou o processo contra o empreiteiro no Texas para obter a compensação pelos danos sofridos. O empreiteiro, por sua vez, iniciou processo na Inglaterra contra o operador do projeto no sentido de obter declaração de que, nos termos do contrato celebrado entre empreiteiro e operador do projeto, era obrigado a reparar o empreiteiro pelos custos de indenização de terceiros (incluindo *Total*) que excedessem o preço recebido pelo empreiteiro pelos serviços por ele prestados.

O contrato continha uma cláusula típica de *knock-for-knock*, por meio do qual o empreiteiro concordou em ser responsável e indenizar o operador do projeto por danos causados aos seus próprios equipamentos, danos e mortes de seus próprios empregados e pessoal, além de danos à propriedade e empregados de terceiros, sendo que, no último caso, só haveria obrigação de reparar tais danos se fossem resultantes de conduta negligente ou inadimplemento do referido empreiteiro. De seu lado, o operador do projeto assumia os mesmos riscos possuindo

¹⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico* – Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

¹⁷⁸ MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 258

¹⁷⁹ [2006] 2 Lloyds Rep. 535 (QBD Com Ct).

as mesmas obrigações de reparação.

Como se pode deduzir da discussão supramencionada, havia ainda no contrato, um dispositivo que, tendo em vista todas as outras disposições presentes, limitava a responsabilidade do empreiteiro, no âmbito de suas obrigações contratuais até o valor correspondente a todos os pagamentos por ele recebidos em decorrência dos trabalhos prestados. Ademais, tal cláusula estabeleceu que o operador do projeto era obrigado a indenizar o empreiteiro por eventuais deveres e responsabilidades por esses incorridos, no que fosse referente ao excedente do preço global pago no âmbito do contrato¹⁸⁰.

O empreiteiro, por sua vez, argumentou que todos os valores os quais pudesse ser obrigado a pagar ao operador do projeto em razão da cláusula de indenização, no tocante a propriedade de terceiros, deveriam estar sujeitos ao valor máximo estipulado na cláusula do máximo *quantum* indenizatório. Nesse caso, o operador do projeto seria considerado responsável por indenizar o empreiteiro pela porção do valor exigido pela *Total* que excedesse o preço recebido pelo empreiteiro pelos seus serviços prestados até então.

O operador do projeto contra argumentou que a responsabilidade do empreiteiro de compensar terceiros por danos não poderia ser classificada como uma responsabilidade no âmbito do contrato para os propósitos da cláusula que estipulava o limite (ou *quantum*) indenizatório. Porque a responsabilidade do empreiteiro no âmbito do contrato, mencionada na cláusula estipuladora do máximo indenizatório, abrangeria apenas a responsabilidade do empreiteiro de pagar quantias ao próprio operador do projeto (não havendo extensão a terceiros).

O simples fato de que o contrato alocou ao empreiteiro a responsabilidade por danos contra terceiros resultantes de sua própria negligência não transforma essa responsabilidade no que o operador do projeto classificou como responsabilidade decorrentes do contrato. Apenas essa estaria então sujeita ao “*cap*” da cláusula limitadora do valor da indenização.

Aikens J., como apontado acima, decidiu no sentido de que a cláusula limitadora da indenização não se aplicaria para os danos cometidos pelo empreiteiro a terceiros, ocasionados

¹⁸⁰ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 14.

em razão de sua própria negligência. Também apontou que responsabilidade decorrente do contrato não poderia referir-se à responsabilidade em relação a alguém que não era parte, como um terceiro (caso da *Total*). Ainda observou que o empreiteiro concordou em sua responsabilidade por todos os danos à propriedade da *Total*, resultantes de sua própria negligência ou inadimplemento contratual. Dessa feita, não havia obrigação do empreiteiro de pagar qualquer quantia fora do pactuado ao operador do projeto em relação aos danos sofridos pela *Total*. Assim sendo, não há que se falar em responsabilidade do empreiteiro, nesse caso, em relação ao operador do projeto limitada pela cláusula determinadora do máximo indenizatório¹⁸¹.

O juiz ainda ponderou que, se a *Total* entrasse com ação de reparação contra o operador do projeto pelos danos ao equipamento, o empreiteiro ficaria obrigado, perante o operador do projeto, a devolver ou pagar o valor arguido, em razão da cláusula indenizatória que previa sua responsabilidade contra danos perante terceiros. Nesse caso, contudo, tal responsabilidade poderia ser qualificada como uma responsabilidade decorrente do contrato, e, por isso, estaria sujeita ao limite indenizatório estabelecido contratualmente¹⁸².

Como lembra M. M. Andrade¹⁸³, ao se debruçar sobre esse caso, de acordo com o racional desenvolvido, se uma parte assume ser diretamente responsável por danos ocasionados a terceiros, daí não se pode argumentar tratar-se de uma responsabilidade decorrente do contrato. Exatamente por isso, não haverá “cap” ou limite para o *quantum* indenizatório em questão. Entretanto, a tecnicidade do veredito prescrito pelo juiz no caso envolvendo *Westerngeco Ltd.* deixa aberta a questão sobre em que casos uma cláusula estipuladora de um valor máximo de indenização passível de ser cobrado de uma determinada parte interfere ou impacta a responsabilidade de reparação relativa ao seu próprio pessoal ou seu próprio equipamento. Pode-se perguntar se a responsabilidade de um empreiteiro num contexto de aplicação de uma cláusula de *knock-for-knock*, deve ou não ser limitada ao valor máximo estipulado em uma cláusula de indenização.

¹⁸¹ *Westerngeco Ltd v APT Oil & Gas (UK) Ltd* [2006] 2 Lloyds Rep. 535 (QBD Com Ct) (n 18). p. 540-541.

¹⁸² *Westerngeco Ltd v APT Oil & Gas (UK) Ltd* [2006] 2 Lloyds Rep. 535 (QBD Com Ct), p. 541.

¹⁸³ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 16.

Por exemplo, se o limite da indenização for de 80% do preço do contrato, caso haja dano contra seu próprio maquinário, levado a cabo pelo dono da obra, havendo regência de uma cláusula de *knock-for-knock*, ele repassaria o restante do valor do reparo ao dano da obra (no que excedesse o valor do contrato?). Nesse caso, claramente a relação de responsabilidade está amparada pelo contrato, e não se aplicam as lições válidas para o caso de terceiros (como o analisado mais acima).

Voltando à questão inicial, apresentada antes de analisar o caso específico, pode-se perguntar qual a intenção das partes nos casos de silêncio contratual ou de falta de clareza a respeito da prevalência da regra de *knock-for-knock*, em contraposição às cláusulas que estabelecem um limite para o pagamento de indenização (geralmente relativo ao preço do contrato), desde que o dano não abranja terceiros. Para esses casos a jurisprudência inglesa parece não possuir conclusões exatas¹⁸⁴.

No âmbito dos modelos contratuais, entretanto, criados por federações de engenheiros e que expressam entendimentos dos costumes mercantis sobre o tema, os contratantes tem-se valido de regras claras sobre o tema que afastam a incidência da limitação do valor de indenização que pode ser pago pelas partes nos casos de uso da regra de *mutual hold harmless*¹⁸⁵. Nada impede que a intenção das partes se manifeste em sentido oposto. Nesses casos, é relevante que a negociação contratual seja clara o suficiente para que a cláusula indicativa do *quantum* indenizatório máximo atribuído a cada uma das partes seja aplicada também no contexto de regência da cláusula de *knock-for-knock*.

Nos casos de negociação das cláusulas de alocação de riscos relacionadas a danos causados a terceiros, será importante que as partes estipulem uma redação clara o suficiente para abarcar ou não a indenização devida por danos a terceiros na cláusula indicativa do valor máximo de indenização a ser pago pelas partes. M. M. Andrade sugere, por exemplo, incluir-se a redação: “*all liabilities of the contractor however arising in connection with this contract*”, o que poderia ser traduzido por: “todas as obrigações do empreiteiro que possam vir a surgir em

¹⁸⁴ Idem, 2011, p. 14.

¹⁸⁵ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 15.

conexão com este contrato”¹⁸⁶ para se abranger os danos causados a terceiros no escopo da cláusula que indica “*cap*” para o valor indenizável pelo empreiteiro. De outra forma, a jurisprudência inglesa poderá entender tratar-se do caso de excluir os danos a terceiros de tal “*cap*” como observamos no caso acima analisado.

Como adiantado no item 2.3.3 acima, a cláusula que estipula um limite para o valor a ser pago a título de indenização por qualquer das partes pode, de fato, colidir com as regras das cláusulas de *knock-for-knock*. Também, as soluções passam necessariamente por redações claras, a fim de que se evitem disputas futuras. O ordenamento inglês sempre privilegiará a intenção original das partes no caso, analisando, para tanto, o contrato pactuado. Como visto, a consequência dessa análise é a inclusão ou exclusão de determinadas obrigações do conceito de “obrigações decorrentes do contrato”, a fim de que se insira ou não as obrigações perante terceiros. Esse conceito é relevante para se determinar também quais obrigações estariam ou não abrangidas pela cláusula de *knock-for-knock* em estudo neste trabalho.

Retomando a discussão levantada no item 2.3.2, de fato, o Direito Inglês preocupou-se na análise das chamadas cláusulas de *knock-for-knock* em avaliar se sua autorização não seria desinteressante do ponto de vista político e distributivo, haja vista que poderia significar um incentivo a condutas negligentes por parte de qualquer das partes no trato do equipamento da outra parte. Novamente, a chave encontrada na jurisdição desse país para lidar com a juridicidade desses mecanismos contratuais, foi avaliar a intenção das partes. Os casos que serão analisados a seguir retratam bem esse entendimento e ajudarão a compreender da *House of Lords* e da *Court of Appeal*.

O primeiro caso examinado será o *Caledonia North Sea Ltd v. London Bridge Engineering Ltd*¹⁸⁷. Em julho de 1988, houve uma séria explosão na plataforma de petróleo localizada no Mar do Norte, chamada *Piper Alpha*. O acidente, de largas proporções, fora bastante noticiado na época e as contendas jurídicas envolvidas arrastaram-se por anos, tornando esse um caso emblemático¹⁸⁸. Tal explosão causou uma série de outras explosões e os incêndios

¹⁸⁶ Idem, 2011, p. 15.

¹⁸⁷ [2002] 1 Lloyd's Rep. 553 (HL), o caso foi discutido no trabalho de Toby Hewitt ‘*Who is to Blame? Allocating Liability in Upstream Project Contracts*’ 26 *Journal of Energy and Natural Resources Law* 187, 2008.

¹⁸⁸ Disponível em: https://www.maritimejournal.com/news/101/industry-news/piper_alpha_landmark_final_judgement_in_the_house_of_lords. Acesso em: 31 dez. 2019.

delas decorrentes resultaram na morte de 167 pessoas, deixando mais de 60 feridas. Dentre essas pessoas, havia empregados do empreiteiro e do operador do projeto. Na ocasião, a plataforma era operada por *Caledonia North Sea Ltd.* que representava um consórcio com outras companhias.

O litígio envolvendo o caso do desastre de *Piper Alpha* foi resolvido em duas etapas. Em primeiro lugar, os dependentes das vítimas do acidente processaram o operador do projeto alegando negligência e quebra de suas obrigações contratuais e estatutárias. O operador do projeto deu fim às demandas de modo relativamente rápido e iniciou processo contra os empreiteiros que eram empregadores das vítimas do caso, buscando indenização, fundamentada no contrato, em relação a morte e ferimentos dessas vítimas, segundo a lógica da cláusula de *knock-for-knock*. O chamado então *London Bridge case*, agrupou as demandas do operador do projeto contra sete empreiteiros envolvidos nos trabalhos da plataforma de petróleo.

A cláusula de indenização existente no contrato previa que:

15 (1). Indenizações do Empreiteiro. O Empreiteiro deverá manter indene [...] o [Operador do Projeto] [...] de todas e quaisquer ações, reivindicações, procedimentos administrativos ou judiciais, reclamações, demandas, responsabilizações... e quaisquer despesas de qualquer tipo ou natureza [...] e, de toda forma, diretamente ou indiretamente causado, com contribuição total ou parcial, devido a omissão ou negligência ativa ou passiva do Empreiteiro, ou qualquer outro atuando sob responsabilidade do Empreiteiro ou em seu nome [...]. **Sem prejuízo do disposto de modo geral**, o Empreiteiro deverá manter indene [o Operador do Projeto] contra quais ações, demandas, contendas, danos, despesas ou responsabilizações decorrentes de [...] (c) Danos ou morte acometidos aos empregados do Empreiteiro ou danos e destruição a itens da propriedade do empreiteiro, independentemente de conduta negligente, quer com ação passiva ou ativa, da parte que deverá ser indenizada¹⁸⁹.

O empreiteiro, diante dessa cláusula, argumentou que apenas seria responsável ao pagamento de qualquer reparação ou indenização caso fosse legalmente responsável, dentro do escrutínio do *common law* ou em caso de descumprimento de algum mandamento estatutário ou

¹⁸⁹ Tradução livre de: “15 (1) *Contractor’s Indemnities. Contractor shall indemnify... The [Operator] ... against any and all suits, actions, legal or administrative proceedings, claims, demands, damages, liabilities... and expenses of whatsoever kind or nature... and in any manner directly or indirectly caused, occasioned or contributed to in whole or in part, by reason of the omission or negligence whether active or passive of Contractor or of anyone acting under Contractor’s direction control or on Contractor’s behalf... Without prejudice to the foregoing generality, the Contractor shall indemnify... [the operator] ... against any claim, demand, cause of action, loss, expense or liability... arising by reason of ... (c) Injury to or death of persons employed by or damage to or loss or destruction of property of the Contractor... irrespective of any contributory negligence, whether active or passive of the party to be indemnified. Caledonia North Sea Ltd. (n 22) [22] (emphasis added).*”

dever contratual diretamente responsável pelo morte ou pelos danos causados os empregados em questão, o que não seria o caso. Ademais, o empreiteiro pontuou que a frase “*without prejudice to the foregoing generality*” (sem prejuízo do disposto de modo geral)¹⁹⁰ tinha o efeito de fazer com que a subcláusula (c), que apareceria na sequência, e as outras subcláusulas – subcláusulas (a) a (e) – da cláusula 15.1 fossem consideradas exemplos particulares da prescrição contida no início da cláusula 15.1.

Nessa leitura, o empreiteiro estaria obrigado a manter indene o operador do projeto apenas se os casos de ocorrência de dano tivesse como origem “*in any manner directly or indirectly caused, occasioned or contributed to in whole or in part, by reason of omission or negligent*” (em tradução livre: responsabilizações e quaisquer despesas de qualquer tipo ou natureza [...] e, de toda forma, diretamente ou indiretamente causado, com contribuição total ou parcial, devido a omissão ou negligência ativa ou passiva) do Empreiteiro¹⁹¹.

A *House of Lords* decidiu em favor do operador do projeto rejeitando os argumentos do empreiteiro. Na ocasião, decidiu que a cláusula indenizatória contida no contrato não estabeleceu que o empreiteiro deveria manter o operador do projeto apenas se se lhe aplicasse responsabilização em razão do *common law* ou alguma obrigação estatutário ou contratual, no caso de lesão aos seus empregados, sendo essas condições para que levasse a cabo o cumprimento da reparação do dano.

Lord Bingham ainda pontuou que a frase “*withou prejudice to the foregoing generality*” (sem prejuízo do disposto de modo geral, em livre tradução – ver nota 192), de fato significava que, quaisquer das previsões contidas nas subcláusulas seguintes à dita frase não deveria limitar ou excluir, de qualquer maneira, a disposição contida antes da frase. Desse modo, tal texto contratual não poderia resultar nas consequências levantadas pelo empreiteiro, ou seja, que as subcláusulas seguintes seriam exemplos particularizados da previsão geral contida no *caput* da cláusula 15.1, quanto mais que algumas dessas subcláusulas dificilmente poderiam ser

¹⁹⁰ Tradução livre do trecho. *Caledonia North Sea Ltd. v London Bridge Engineering Ltd.* [2002] 1 Lloyd's Rep 553 (HL) 555. P. 22.

¹⁹¹ Tradução livre do trecho. *Caledonia North Sea Ltd. v London Bridge Engineering Ltd.* [2002] 1 Lloyd's Rep 553 (HL) 555. p. 22.

adaptadas e ser compreendidas se lidas a partir da sentença geral prevista no referido *caput*¹⁹².

Outro argumento apresentado, em adição aos acima expostos, foi o de que foi dada uma ênfase específica a seguinte parte do texto da cláusula: “*irrespective of contributory negligent [...] of the indemnified part*” (independentemente de conduta negligente [...] da parte que será indenizada¹⁹³). Essa ênfase torna evidente que as partes intencionavam que a aplicação dessa cláusula de indenização valesse inclusive se a parte beneficiada houvesse contribuído para a ocorrência do dano, em razão de sua negligência¹⁹⁴. Em síntese, a *House of Lords* sentenciou que o texto da cláusula de indenização 15.1 subcláusula (c) era suficientemente claro para justificar o pedido de indenização levado a cabo pelo operador do projeto.

Outro caso tratando de cláusula semelhante foi julgado na *Court of Appeal* e também traz luz sobre a recepção e alcance da cláusula de *knock-for-knock*. Trata-se do caso *Campbell v. Conoco (UK) Ltd.*¹⁹⁵. *Campbell*, um contratado da *Salamis* (que figurava como subcontratante) sofreu danos enquanto trabalhava em uma plataforma de petróleo ocupada pela *Conoco (UK) Ltd.*

O contexto contratual compreendia um contrato celebrado entre *Britannia Operator Ltd.* com *Amec Process and Energy Ltd.* (o empreiteiro) para o comissionamento e ativação da plataforma de petróleo no lugar da própria *Britannia*, *Conoco* e outros associados da *Britannia*. Todas as indenizações, excludentes de responsabilidades, alocações de risco, limitação de responsabilidades e imunidades dadas a *Britannia* por *Amec* no âmbito do contrato por elas celebrados era extensível a *Conoco* e as outras associadas da *Britannia*. O empreiteiro então subcontratou *Salamis* para realizar seu trabalho, dentro do escopo do comissionamento, com cláusulas *back-to-back*¹⁹⁶ em relação ao contrato principal celebrado dos operadores do projeto.

Conoco realizou os pagamentos compreendidos na demanda levada a cabo por *Campbell* e, na sequência, iniciou procedimentos contra o empreiteiro, buscando indenização por esses danos com fundamento na cláusula de indenização constante no contrato principal. Segundo a

¹⁹² *Caledonia North Sea Ltd. v London Bridge Engineering Ltd. [2002] 1 Lloyd's Rep 553 (HL) 555. p. 38.*

¹⁹³ Ver rodapé 191 acima.

¹⁹⁴ *Caledonia North Sea Ltd. v London Bridge Engineering Ltd. [2002] 1 Lloyd's Rep 553 (HL) 555. p. 88.*

¹⁹⁵ [2002] EWCA Civ 704.

¹⁹⁶ Essa expressão, já utilizada em outros momentos do trabalho, significa o repasse das obrigações e riscos de um determinado contratado para seu subcontratado.

cláusula, o empreiteiro havia concordado em indenizar o operador do projeto por perdas decorrentes de danos ao seu pessoal. O empreiteiro, então, entendeu ser responsável pelo pagamento ao operador, em razão da cláusula de indenização alegada (um modelo *knock-for-knock*) e depois exigiu uma compensação da mesma natureza ao subcontratado, com o fundamento na mesma cláusula, que havia sido espelhada no contrato envolvendo o comissionamento. O subcontratado, por sua vez, defendeu-se da demanda aventada pelo empreiteiro, arguindo que a cláusula de indenização em questão não se estenderia às circunstâncias em que a causa do dano não tivesse nenhuma conexão com o trabalho empenhada pelo subcontratado.

Para avaliar a questão, observa-se o que dizia a cláusula do subcontrato:

Cláusula 26 (a) (ii): [Salamis] por meio deste instrumento se obriga a indenizar e manter indene [Amec] contra todas as demandas, responsabilizações decorrentes de qualquer dano, morte, doença ou mal estado de saúde causados ou sofridos por [Salamis] e seus empregados, como resultado ou advindo ou em conexão com o cumprimento ou descumprimento do Contrato, independentemente da causa o razão e independentemente de negligência ou quebra de qualquer dever estatutário da [Amec], bem como contra todos os custos, cobranças, danos e procedimentos incorridos em relação com tais ações de reparação ou responsabilizações, independentemente da forma como forma postuladas¹⁹⁷.

De acordo com a defesa do subcontratado, as palavras “*as a resulto for arising out o for in connection with the performance or non-performance of the contract*”¹⁹⁸ (como resultado ou advindo ou em conexão com o cumprimento ou descumprimento do Contrato, em tradução livre) indicava que a cláusula de indenização deveria apenas ser aplicada caso houvesse algum grau de conexão, algum nexos causal, entre o dano sofrido pelo reclamante e a atuação do subcontrato em seu trabalho. Se as partes de fato quisessem extinguir qualquer nexos causal, o contrato diria “independentemente de qualquer conexão com o desempenho ou não-desempenho do subcontratado no âmbito de suas obrigações contratuais”.

Tanto o juiz de primeira instância quanto a *Court of Appeal* rejeitaram os argumentos do

¹⁹⁷ Tradução livre de: “*Clause 26 (a) (ii): [Salamis] hereby agrees to indemnify and hold harmless [Amec] against all liability for, and all claims arising in respect of any **injury**, death, sickness or ill health caused to or suffered by [Salamis] and any Personnel as a result of or arising out of or in connection with the performance or non-performance of the Contract regardless of the cause or reason therefor and regardless of the negligence or breach of statutory duty of [Amec] and against all costs, charges, expenses, damages and proceedings incurred in connection with such claims or liabilities howsoever arising*”. (Campbell, n. 26, v.705 (*emphasis added*)).

¹⁹⁸ Idem.

subcontratado. Pontuou-se, na ocasião, que, de fato, cláusulas de indenização e alocação de risco que cobrem atos de negligência do autor do dano, transferindo a outrem a responsabilidade pela indenização, requerem um escrutínio mais cuidadosa na avaliação. Caso, contudo, o texto do preceito indenizatório seja claro no contrato, como era o do caso analisado, não haveria nenhuma razão para se interpretar a expressão “como resultado advindo ou em conexão com” de modo restritivo a ponto de não sujeitar o subcontratado à indenização pretendida pelo empreiteiro.

Apensar de, geralmente, ser de conhecimento no sistema inglês que as disposições clausulares eximindo uma parte das consequências de sua própria negligência requeiram linguagem específica e clara, para que possam ser executáveis¹⁹⁹, há casos em que uma linguagem genérica também sobreviveu a testes de aplicação e foi executada. Para ilustrar, nomeia-se o caso *Nelson vs. Atlantic Power and Gas Ltd.* (caso da Escócia)²⁰⁰. Um empregado do empreiteiro lesionado em um acidente num sítio de perfuração de petróleo obteve compensação por seus danos diretamente de seus empregadores. Na sequência, os empregadores buscaram indenização contra os donos do sítio de perfuração, para que fossem indenizados de seus gastos.

A cláusula de *knock-for-knock* presente no contrato do caso em questão previa que os empreiteiros deveriam indenizar os donos do sítio de perfuração por: “*all causes of action in respect fo death or injury to personale provided by [the contractors] howsoever caused*” (todas as ações movidas em função de falecimento ou lesões ao pessoal alocado pelos [empreiteiros], qualquer que seja a causa, em tradução livre). Ficou decidido, nesse caso, que o conteúdo da cláusula de indenização (*knock-for-knock*) não era vago o suficiente a ponto de afastar de primeira a aplicação de algum dispositivo que demandasse a reparação dos danos causados em consequência da conduta negligente do dono do sítio de perfuração. A expressão “*howsoever caused*” (qualquer que seja a causa) foi considerada, no caso, abrangente o suficiente para cobrir a conduta negligência causadora de lesões e danos.

No caso envolvendo *Nelson Atlantic*, há um ponto interessante envolvendo o racional da

¹⁹⁹ Observar os três princípio de direito da construção desenvolvidos por Lord Morton. In: *Canada Steamship Lines Ltd. v. R.* All ER, 1952, p. 305.

²⁰⁰ S.L.T., 1995, p; 102.

cláusula de *knock-for-knock*, que também foi sublinhado por M. M. Andrade²⁰¹, que pode trazer luz para algumas reflexões:

Ainda deve ser considerado o argumento aventado por Amoco segundo o qual, quando as cláusulas 2.3 e 2.4 são lidas de maneira conjunta, elas podem ser vistas como complementares e recíprocas na apresentação de um arranjo que simplifica a responsabilidade de cada parte (a partir de uma lógica de *knock for knock*, de tal modo que responsabilidade integral por lesões e mortes de trabalhadores seja alocada para o empregador daquele trabalhador, independente de quem é culpado. Benefícios mútuos claramente surgem desse esquema, incluindo maior clareza nos riscos a serem cobertos pelos seguros e evita-se, no caso do surgimento de demandas em razão de lesões, questões complexas envolvendo determinação de causa e autoria entre as partes. Tais benefícios seriam seriamente minados se os atos negligentes no âmbito do *common law* fossem excetuados do alcance da cláusulas de *knock for knock* e demandas, como as do empreiteiro no caso, fossem autorizadas a gerar uma nova rodada de investigações até que se provasse se houve conduta negligente no âmbito do *common law*, bem como alguma quebra de obrigações estatutária de uma das partes, e que alguns desses fatores estaria ligado à causa do acidente²⁰².

Uma conclusão completamente diferente foi enunciada pela *Court of Appeal* em outro caso, relacionado ao litígio com *Piper Alpha*, e era relativo a fatos muito similares ao casos citados envolvendo *London Bridge*. No caso, *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Co. Europe*²⁰³ o operador (*E.E. Caledonia Ltd.*) buscou a aplicação de uma regra de indenização contra o réu (empreiteiro) em relação a demandas feitas por um empregado do empreiteiro em estado grave e que foram pagas pelo operador. A cláusula a que se faz menção, presente no contrato celebrado entre o operador e o empreiteiro prescrevia:

10 (b) Empregados e propriedades da Companhia e do Empreiteiro. Cada uma das partes, por meio deste instrumento, deverá indenizar, defender e manter indene a outra parte, nos casos em que a outra parte tiver agido de boa-fé ao lidar com quaisquer ações, demandas, acusações, perdas, danos (incluindo custas processuais) decorrentes de quaisquer lesões ou falecimentos de quaisquer empregados, ou dano, perda ou destruição de quaisquer propriedades, da parte indenizadora, que tenham resultado do, ou sejam de alguma forma conexos ao, desempenho das obrigações desse contrato²⁰⁴.

²⁰¹ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 21.

²⁰² Tradução livre de: “*There remains to be considered the argument advanced by Amoco that when cll 2.3 and 2.4 are read together they can be seen to be complementary and reciprocal in providing an arrangement simplifying the liability of each party (on a knock for knock basis) so that total liability for personal injury and death in respect of each workforce is allocated to that workforce’s employer regardless of fault. Mutual benefits clearly arise from such a scheme, including clarification of insurance risks and the avoidance, where personal injury claims are made, of complicated issues of causation and contribution as between defenders. The benefits it offers would be seriously undermined if common law negligence were excepted and claims like the pursuer’s were allowed to generate a new round of investigation at or after a proof into whether or not there was a common law negligence as well as statutory breach in the causation of the accident*”. (*Nelson Atlantic*, n. 29, p. 104).

²⁰³ WLR (CA), 1994, p. 1515.

²⁰⁴ Tradução livre de: “*10 (b) Company’s and contractor’s employees and property. Each party hereto shall*

A contenda deu origem a algumas questões na aplicação do direito em questão. Em primeiro lugar, cabe questionar se a cláusula acima transcrita concede ao operador do projeto o direito a uma indenização, mesmo que o evento que causador do dano, a que se refere a indenização, seja decorrente da negligência do operador ou de algum de seus empregados. Em segundo lugar, se a previsão contratual concede direito ao operador a indenização, mesmo que o evento causador do dano a que se refere a indenização seja decorrente de quebra contratual (ou quebra de obrigação estatutária) levada a cabo pelo operador ou algum de seus empregados.

A *Court of Appeal* sustentou que, apesar do texto da cláusula de indenização ser abrangente o suficiente para cobrir a responsabilidade decorrente da negligência do operador, ele não era explícito, em sua linguagem, para tal efeito. Além disso, de acordo com os princípios contratuais observados no direito da construção, no ordenamento jurídico inglês, uma parte não pode ter as consequências de sua própria negligência afastadas sem o uso de uma linguagem clara capaz de demonstrar ser essa a intenção das partes²⁰⁵.

Em princípio, a linguagem da cláusula de indenização em questão poderia também operar em benefício do operador, caso o empregado do empreiteiro tivesse falecido em razão da quebra de obrigação estatutária do operador, sem negligência. Na construção semântica da corte, entretanto, o operador haveria assumido o risco de sua própria negligência e, dessa feita, não poderia buscar evitar as consequências daí decorrentes, buscando afastamento da responsabilidade pelo pagamento, alegando tratar-se de caso de quebra de mandamento estatutário²⁰⁶.

Diante dos casos apresentados, poderíamos ser levados à conclusão de existência de inconsistência na jurisprudência inglesa. Contudo, essa impressão desaparece se nos atentamos ao valor da construção textual a partir dos termos empregados nas cláusulas. Como afirmado

indemnify, defend and hold harmless the other, provided that the other party has acted in good faith, from and against any claim, demand, cause of action, loss, expense of liability (including cost of litigation) arising by reason of any injury to or death of any employee, or damage, loss or destruction of any property, of the indemnifying party, resulting from or in any way connected with the performance of this order" (Orbit Valve Co., n. 31, p. 1518.

²⁰⁵ Como aponta M. M. Andrade, op. cit, p. 22, a mesma conclusão foi apresentada em outros casos como: *Shell UK Ltd v Total UK Ltd and Others*; *Total UK Ltd vs. Chevron Ltd* [2010] EWCA Civ 180; [2010] WLR (D) 67; em que o fato de uma cláusula de *knock for knock* não fazia expressa referência a negligência, implicava que as partes, de modo deliberado, não desejavam a aplicação da regra de *knock for knock* em casos de danos decorrentes de negligência de uma das partes.

²⁰⁶ Orbit Valve Co. (n 31) 1525.

anteriormente, cláusulas de *knock-for-knock* escritas e capazes de eximir uma parte de responsabilidade decorrente de sua própria negligência invertem a lógica a lógica legal aplicável na maioria dos ordenamentos jurídicos, incluindo o ordenamento jurídico inglês. É por essa razão que, mesmo em sistemas jurídicos calcados em visões liberais, como o inglês, veem com cautela tais mecanismos cujo objetivo é restringir a responsabilidade de uma das partes. É justamente nesse sentido que se lê o entendimento das cortes inglesas no sentido que a aplicabilidade das cláusulas de *knock-for-knock* dependem da existência de uma terminologia clara, qual seja, que objetivamente exclua e afaste as consequências da negligência de uma das partes no evento de danos. Só assim essas cláusulas terão o efeito pretendido²⁰⁷.

Essa formulação muito se alinha à própria formulação teórica do direito corrente, sobre os elementos de existência do negócio jurídico. De fato, Antônio Junqueira de Azevedo, ao assentar a vontade como elemento nuclear do negócio jurídico, e, por consequência do contrato – subcategoria desse gênero maior²⁰⁸, acentua que a vontade que se aufere, juridicamente, é a declarações manifesta da vontade. Isso porque não seria papel do direito, nessa ceara, alguma forma de introspecção psíquica para se avaliar intenções do ato negocial. Ao avaliar o plano dos fatos para discriminar o recorte jurídico aplicável, o direito vale-se de elementos próprios. Dessa feita, quando se avalia a vontade no contrato, dá-se atenção à declaração manifesta, exteriorizada pela formulação retórica, e, eventualmente, outros elementos laterais que possam compor o contrato²⁰⁹.

Quando se afirmou, logo de início, que o direito inglês privilegia, sobremaneira, a liberdade das partes, aproximando-se do libertarianismo²¹⁰, valendo-se pouco dos dispositivos de direito privado para promover a distribuição de bens, não poderíamos esperar resultado diferente da análise da jurisprudência inglesa. De fato, privilegia-se a manutenção da vontade das partes e só é possível agir nesse sentido considerando a vontade manifesta, qual seja, buscar-se a clareza contratual (em contraposição a eventuais normas existentes de disciplina geral no *Common Law*).

²⁰⁷ *Canada Steamship Lines Ltd.* (n 28) 8.

²⁰⁸ MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 173-174.

²⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico** – Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-27.

²¹⁰ KRONMAN, A.T. *Contract Law and Distributive Justice*. Yale Law School Journal. Vol. 472, 1979-1980, p. 473.

Nos casos envolvendo *London Bridge*, a *House of Lords* sustentou todo esse entendimento ao concluir que a cláusula de indenização era suficientemente clara no sentido de que o operador projeto deveria ver o dano reparado ainda que causado em razão de uma ação negligente. De fato, a frase “independentemente de conduta negligente [...] da parte que deverá ser indenizada” (“*irrespective of the contributory negligence... of the indemnified party*”), presente na cláusula não deixava muito espaço para uma interpretação diferente.

Da mesma maneira no caso *Campell vs. Conoco*, havia referência explícita à inclusão dos danos causados pela negligência do empreiteiro no escopo das indenizações a serem arcadas pelo subcontratado. No caso *Nelson Atlantic*, porém, uma interpretação menos intervencionista foi tomada, de modo que, uma escrita relativamente vaga foi considerada vasta o suficiente para cobrir a responsabilidade de uma das partes por atos lesivos originados de sua própria negligência. No caso *Orbit Valve Co.*, a cláusula de indenização presente no contrato não fazia referência expressa a situações de negligência, de modo que o operador não pode recuperar a indenização que buscava²¹¹.

Na indústria da construção, na busca de cobrir todas as possíveis situações futuras de riscos e responsabilizações das partes, os redatores de contratos tendem a produzir cláusulas cada vez mais abrangentes e capazes de alcançar diversas situações.

2.3.5 Sistema Jurídico Norte Americano

Assim como a Inglaterra, os Estados Unidos gozam de uma reputação de serem uma nação progressista no campo do direito contratual, assumindo valores liberais que determinam a política de alocação de riquezas e uso do direito privado na promoção de terminadas condutas. Contudo, poderá ser, de fato, um erro assumir que as cláusulas de *knock-for-knock* nesse país, especialmente no que se refere aos casos de evitar-se as consequências de condutas negligentes por uma das partes, são invariavelmente aceitas nas Cortes americanas²¹².

Alguns estados possuem determinações no sentido de proibir a existência de cláusulas

²¹¹ O mesmo resultado, aponta M.M. ANDRADE, op. cit. 2011, p. 23, foi obtido no caso *Colour Quest Ltd v Total Downstream (UK plc)* [2009] EWHC 540 (Comm) [2009] 2), Lloyd’s Rep.

²¹² ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 23.

que pressupõe que uma parte seja indenizadas por gastos em que tenha incorrido por lesões, morte e danos a propriedade, especialmente se esses gastos tiverem sido realizados em consequência da negligência da própria parte que estiver buscando a indenização²¹³.

A seguir, serão apresentadas algumas discussões correntes no país. Envolverão sobremaneira a legislação do Texas, pelo fato da região concentrar negócios ligados ao setor de óleo e gás, no qual é bastante recorrente a existência das cláusulas em estudo neste trabalho. Assim, há uma correlação entre casos envolvendo a cláusulas e o setor econômico desenvolvido na região. O que não significa que não seja o caso da existência dessa discussão em outras regiões²¹⁴.

No regime do Direito Texano, indenizações previstas em contratos apenas são executáveis caso estejam de acordo com o as chamadas regras de negligência expressa (“*express negligence and conspicuity rules*”), bem como no caso de as indenizações incluídas nos contratos de serviços da indústria de óleo e gás, consonância com o disposto no “*Texas Oilfield Anti-Indemnity Act*”.

O requisito da negligência expressa foi primeiramente elaborado pelo *Supreme Court* do Texas no caso *Ethyl Corpo. v. Daniel Construction Co*²¹⁵. No caso, um empregado do empreiteiro (*Daniel Construction*) foi seriamente queimado no sítio de trabalho em decorrência da negligência do empreiteiro e do dono da obra (*Ethyl*). A responsabilidade pela ocorrência desse dano foi dividida entre as partes e considerou-se que o dono da obra teria sido 90% responsável e o empreiteiro 10% responsável. A cláusula de indenização, em foco, no contrato celebrado entre empreiteiro e dono da obra prescrevia o seguinte:

O empreiteiro deve indenizar e manter o dono da obra indene de todas e quaisquer perdas e danos a pessoas ou bens decorrentes das operações realizadas em cumprimento desse contrato e causadas pela negligência ou ausência de cuidado do empreiteiro, dos empregados do empreiteiro, de seus subcontratados, dos agentes que atuam em seu nome e licenciados a atuar em seu nome²¹⁶.

²¹³ SMITH, Ernest Smith; et al. *International Petroleum Transactions*. 2nd edn. Denver: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2001, p. 570.

²¹⁴ Daniel Shilliday, Walter Mayer, John Michael and Andrew Slania, *Contractual Risk-Shifting in Offshore Energy Operation*. *Tulane Law Review*, 2006, p. 81.

²¹⁵ *Ethyl Corporation v Daniel Const. Co*. 725 S.W.2d 705. Tex., 1987.

²¹⁶ Tradução livre de: “*Contractor shall indemnify and hold Owner harmless against any loss or damage to persons or property as a result of operations growing out of the performance of this contract and caused by the*

A Suprema Corte (*Supreme Court*) pontuou, que, se as partes contratantes desejassem que uma delas devesse ser indenizada das consequências de sua própria negligência, então, essa intenção deveria ser explicitada no contrato. Desta feita, a corte sustentou que *Ethyl* não possuía o direito de receber a indenização, já que as expressões “*any loss*” (qualquer perda) e “*as a result of the operations growing ou of the performance of this contract*” (decorrentes das operações realizadas em cumprimento desse contrato, em tradução livre) não deixavam explícito que as partes desejavam que o empreiteiro indenizasse *Ethyl* contra as consequências de danos decorrentes de atos negligentes da própria *Ethyl*²¹⁷.

Em outros casos existentes, a Suprema Corte forneceu alguns dados para guiar quais textos seriam aptos a afastar a responsabilidade de uma das partes por sua própria negligência, tendo em vista alguma cláusula de indenização²¹⁸. No caso *Maxus Exploration Co. vs. Moran Bros. Inc.*²¹⁹, uma cláusulas que previa que o a parte indenizadora havia concordado em indenização a parte indenizada contra todas as demandas, sem qualquer limite e independentemente de causa, ou da existência de conduta negligente de qualquer das partes²²⁰, foi considerada, pela existência de todas essas informações no seu texto de formulação, como suficiente para preencher os requisitos de expressa negligência²²¹.

De outro lado, em contraste, no caso *Rickey vs. Houston Health Club, Inc.*²²², o considerado da cláusula analisada “*you hereby agree to waive any claims or rights you might otherwise have to sue the health club, its employees or agents for injury to you...*”²²³ (em tradução livre: “por meio deste instrumento, a parte concorda em livrar *health club*, seus empregados ou agentes de quaisquer demandas que tal parte possa vier a ter em função de lesões e derivadas de seu direito), foi considerado não satisfatório para atender os requisitos da

negligence or carelessness of Contractor, Contractor's employees, Subcontractors, and agents or licensees”. *Ethyl Corp.* (n 39) 707 (*emphasis added*).

²¹⁷ MAKAROV, Timur. *Indemnity in the International Oil and Gas Contracts: Key Features, Drafting and Interpretation*. University of Dundee, p. 12. Disponível em: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=CAR-12_5_757771054.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

²¹⁸ *Shilliday et all* (n 38) 1609.

²¹⁹ *Maxus Exploration Co. v. Moran Bros. Inc.*, 817 S.W.2d 50, 56 (Tex. 1991).

²²⁰ Tradução livre de: “*against all ... claims ... without limit and without regard to the cause or causes thereof or the negligence of any party or parties*”, o correto texto da cláusula.

²²¹ *Maxus Exploration Co.* (n 43) 52.

²²² *Rickey v. Houston Health Club, Inc.*, 863 S.W.2d 148, 150 (Tex. App. 1993).

²²³ *Idem*, 150.

expressa negligência, porque não havia menção explícita e específica à conduta negligente entre as causas das demandas as quais a parte indenizadora deveria manter o *Health Club* indene²²⁴.

Com o passar do tempo, a Suprema Corte do Texas acrescentou o requisito de “*conspicuity*”, ou discernibilidade, ao teste de expressa negligência. Para que seja atingido tal requisito, a parte que se encontra na posição de parte indenizadora no âmbito de um contrato e que possui a obrigação de indenizar a outra parte pelas consequências da negligência dessa outra parte, devem receber um comunicado claro sobre os riscos envolvidos nesse novo paradigma de alocação de responsabilidades.

O *standard* para o conceito de discernibilidade em uso corrente na jurisprudência estadunidense, em particular das cortes do Texas, encontra-se definido no parágrafo 1.201 (10) do Código Comercial do Texas (*Texas Uniform Commercial Code*). O texto diz o seguinte:

[...] um termo de uma cláusula é considerado discernível quando estiver escrito de tal maneira que qualquer indivíduo sensato, contra o qual o mecanismo do termo ou cláusula se opere, seja capaz de notá-lo. Uma grafia em letras maiúsculas, por exemplo, será considerada discernível. Uma linguagem presente no corpo de um documento é considerada discernível se estiver impressa em letra de maior dimensão ou em coloração diversa. Em telegrama, qualquer texto impresso é considerado discernível²²⁵.

A importância do requisito de discernibilidade tornou-se evidente no caso *Dresser Industries, Inc. vs. Pagem Peroleum, Inc.*²²⁶ Nesse caso, a cláusula de indenização discutida entre as partes no contrato celebrado entre *Dresser* (empreiteiro) e *Page* (operador do projeto) prescrevia que:

[Page] deverá indenizar [Dresser] e manter [Dresser] indene e desembaraçada de quaisquer demandas decorrentes de danos superficiais ou lesões a bens, incluindo demandas alegando que lesões ou danos tenham sido causados pela negligência [de Dresser], quer tenham sido essas demandas realizadas por [Page], por algum de seus funcionários ou por terceiros²²⁷.

²²⁴ *Idem*, 151.

²²⁵ Tradução livre de: “*A term or clause is conspicuous when it is so written that a reasonable person against whom it is to operate ought to have noticed it. A printed heading in capitals is conspicuous. Language in the body of a form is ‘conspicuous’ if it is in larger or other contrasting type of color. But in a telegram, any stated term is ‘conspicuous’*”

²²⁶ *Dresser Industries, Inc. v. Page Petroleum, Inc.* 853 S.W.2d 505 (Tex. 1993).

²²⁷ Tradução livre de: “[Page] shall indemnify [Dresser] and hold [Dresser] free and harmless from all claims for ... subsurface damage or injury to the well ... **including claims alleging that injuries or damages were caused by [Dresser's] negligence**, whether such claims are made by [Page], by [Page's] employees, or by third parties”. *Dresser Industries* (n 49) 506.

A intenção das partes de eximir *Dresser* das consequências de condutas praticadas com negligência era extremamente clara na redação da cláusula supracitada. Contudo, na aplicação do requisito de discernibilidade presente no Código Comercial do Texas para a cláusula em estudo, a Suprema Corte entendeu que a previsão falhava em cumprir adequadamente esse requisito, já que ele encontrava-se no verso de uma ordem de serviço, dentre um grande número de parágrafos, sem letras maiúsculas o contraste tipográfico²²⁸. A corte ainda acrescentou que o contrato não era tão pequeno, de modo que era fazia todo o sentido que alguns deles tivessem que ser considerados discerníveis.

As cortes do Texas também entraram e debate acerca da exequibilidade de cláusulas de indenização que escusavam uma das partes ou as partes, de responsabilidade por casos de grave negligência (culpa grave) e conduta dolosa. No artigo citado de M. M. Andrade²²⁹, e a partir de pesquisa pela jurisprudência do país, apresenta-se a tese de que o ordenamento jurídico do Texas ainda não é claro sobre o assunto, já que é possível ver argumentos das autoridades locais em ambos os sentidos.

No caso *Smith vs. Holley*²³⁰, por exemplo, a corte preceituou que, a depender das circunstâncias, uma parte pode consentir em determinadas ações que, de qualquer outra maneira, teriam sido entendidas como casos de dano. De maneira inversa, no caso *Solis vs. Evins*²³¹, uma cláusula que previa a exclusão da responsabilidade de uma das partes por condutas dolosas foi tida como cláusulas não executáveis, por atentar contra o interesse público.

Em relação a casos de culpa grave (ou grave negligência), também não é possível identificar uma posição clara e assertiva do direito do Texas acerca de sua exequibilidade. Contudo, nesse caso parece haver uma tendência mais consolidada das cortes no sentido de autorizar a exclusão da responsabilidade por culpa grave, se as partes contratantes entre si são sofisticadas o suficiente e tem poderes similares de barganha²³² (o que avaliaríamos no direito

²²⁸ *Dresser Industries* (n 49) 511.

²²⁹ ANDRADE, M.M. *Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue*. Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2011, p. 26.

²³⁰ *Smith v. Holley*, 827, S.W.2d 433, 436 (Tex. App. 1992).

²³¹ *Solis v. Evins*, 951 S.W.2d 44, 50 (Tex. App. 1997).

²³² D Shilliday, W Mayer, J Michael and A Slania, ‘Contractual Risk-Shifting in Offshore Energy Operations’ *Tulane Law Review* (2006) 81.

brasileiro, como poder contratual).

Quando uma cláusula de *knock-for-knock* prescrevendo a exclusão da responsabilidade de uma das partes por culpa e negligência é incluída num contrato de prestação de serviços no campo de óleo e gás, as restrições impostas pelo *Texas Oilfield Anti-Indemnity Act* (“TOAIA” ou “Ato Anti-Indenização do Setor de Óleo e Gás do Texas”) sempre alertarão aos potenciais riscos de inexecutabilidade da cláusulas, tais como listados acima. De acordo com a TOAIA, cláusulas de indenização existentes em contratos pertencentes o setor de óleo e gás ou ao setor de mineração, serão anuladas se elas autorizarem uma das partes a indenização causada pela própria negligência dessa partes, e decorrentes de lesões a pessoas, falecimentos, danos a propriedades e quaisquer outros danos resultantes de lesões a pessoas, falecimentos ou danos a propriedades²³³.

Algo, entretanto, que deve ser pontuado, é que o escopo de aplicação do TOAIA não incluir contratos relacionados à construção, operação e manutenção de gasodutos (e construções semelhantes da indústria de óleo e gás)²³⁴. Além disso, Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Quinto Circuito (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*) também delimitou o escopo das previsões gerais do TOAIA àqueles contratos de prestação de serviços com aqueles que possuem uma ligação próxima a um poço específico e cujo o propósito principal é a obtenção ou manutenção da produção a partir de um determinado poço²³⁵.

Anteriormente à publicação e promulgação do TOAIA, em 1973, operadores de bens com grande poder econômico e contratual celebraram contratos extremamente desiguais de prestação de serviços com pequenos contratados. A partir desses instrumentos, os contratados eram obrigados a indenizar o operador pelos danos decorrentes tanto da negligência do contratado quanto da negligência do operador. A assimetria intrínseca no poder de barganha dessas partes impedia que os contratos fossem capazes de negociar contratos justos, com aplicação adequada da disposição de *knock-for-knock*. Na intenção de eliminar esses desequilíbrios e abusos econômicos contra pequenos contratados prestadores de serviços, o

²³³ *Texas Civil Practice and Remedy Code Annotated* paragraph 127.003.

²³⁴ *Idem*, paragraph 127.001.

²³⁵ *John E. Graham & Sons v. Brewer* 210 F.3d 333, 343 (5th Cir 2000), and *Coastal Transportation Co. v. Crown Cent. Petroleum Corp.*, 20 S.W.3d 119, 127-28 (Tex. App. 2000).

sistema legislativo do Texas aprovou a TOAIA²³⁶.

No âmbito de aplicação da TOAIA (que compreende contratos de prestação de serviços que lidam com poços ou minas e sítios de mineração), uma parte não pode confiar em uma cláusulas de indenização que a exime das consequências de danos causados por sua própria negligência, inclusive se tal cláusulas atende os requisitos de expressa negligência e discernibilidade²³⁷.

Entretanto, uma ressalva prevista na TOAIA deve ser observada. Nos casos de contratos de prestação de serviços no campo petrolífero estarem cobertos por seguros, que atendem aos requisitos prescritos no TOAIA, cláusulas de indenização que, de outra maneira, seriam claramente proibidas pela TOAIA, poderão ser, nessas condições, exequíveis²³⁸. A partir dessa pontuação, fica claro que, em serviços relacionados a campos de petróleo e regidos pelas leis do Texas, uma cláusula típica do modelo de *knock-for-knock* será considerada inexecutável, a não ser que atenda determinados requisitos nos seguros e apólices contratados²³⁹.

Apesar das inegáveis semelhanças existentes entre os sistema jurídico inglês e o sistema jurídico norte americano, no tocante ao tratamento de questões contratuais, inclusive em relação à questão da análise da cláusula de *knock-for-knock*, do que se observou, ao menos no que tange os contratos de prestação de serviços no âmbito de campos de petróleo, o tratamento do direito inglês parece ser menos intervencionista.

As leis de ambos os ordenamentos requerem que a os dispositivos que eximem uma parte de sua responsabilidade pelas consequências de ações negligentes tenham uma redação clara e sem ambiguidades, independentemente da forma e do tipo contratual empregado. Entretanto, o fato de que o TOAIA veda as partes estipulem cláusulas de indenização tendo como escopo as

²³⁶ Makarov n (41) 14.

²³⁷ MURPHY, Sean. *The Contract You Thought You Made: The Express Negligence Doctrine, Part I*. **Thompson & Knight LLP**, 14 January 2010. Disponível em: <http://library.findlaw.com/2003/Feb/24/132505.html>. Acesso em: 19 mar. 2020.

²³⁸ Texas Civil Practice and Remedy Code Annotated paragraph 127.005.

²³⁹ KING, Randy; MOY, Jacqueline. *Oil Field Contracts: What You See May Not Be What You Get*. **Houston Business Journal**, 19 January 2010, 2002. Disponível em: http://66.102.9.132/search?q=cache:RYSaPo_wYYJ:www.porterhedges.com/Page.aspx%3FAbs_Doc_ID%3D09F8BF37-04DD-464D-A3FE-920E460EED40+Oil+Field+Contracts:+What+You+See+May+Not+Be+What+You+Get%E2%80%99&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=uk. Acesso em: 19 mar. 2020..

consequências da negligência de cada uma das partes, restringe, de modo significativo, a liberdade dessas partes em contratar²⁴⁰. No Direito Inglês não há uma regra equivalente para os contratos de prestação de serviços para atividades do campo petrolífero, ou para qualquer outro gênero de contrato.

Há que se pontuar, após a exposição dos casos acima, o fato que impede afirmações categóricas sobre as interpretações gerais jurisprudenciais. Apesar de termos insistido que a possibilidade de uma parte assumir os riscos de danos decorrentes de ações negligentes da outra parte só é efetiva se a cláusula que tratar do assunto expressamente fizer referência a tal negligência, existem casos em que se autorizou tal alocação de risco com previsões mais genéricas. Essas previsões valem-se de expressões como: “independentemente do responsável”, “quaisquer perdas e danos, independentemente da causa”, “decorrentes de qualquer causa”, “independentemente das circunstâncias”²⁴¹, e por vezes foram suficientes para autorizar que uma parte pudesse ser indenizada de danos causados por atos derivados de sua própria negligência. Uma interpretação mais restrita da jurisprudência, entretanto, assumiria que, embora esses casos existam, o risco dessas cláusulas não serem consideradas exequíveis é maior que o risco de cláusulas que expressamente mencionam a negligência da parte como causa também para que seja indenizada.

2.4 Exemplos de aplicação no Brasil

O mercado brasileiro não é inerte às inovações trazidas pela indústria, a despeito da legislação existente não acompanhar todas elas²⁴². De fato, alguns modelos FIDIC (em especial o *Silver Book*) são utilizados com recorrência no país²⁴³. A expressão *EPC-turn-key*, derivada desses modelos contratuais, é comum nos principais fóruns de discussão de direito da construção e infraestrutura e está presente também nos modelos de contratação estatal no país.²⁴⁴

²⁴⁰ ANDRANDE, M. M, op. cit., 2011, p. 28.

²⁴¹ No original: as “*no liability whatever*”, “*any and all losses, howsoever caused*”, “*arising from any cause whatsoever*” and “*under any and all circumstances*”

²⁴² Diversas pesquisas no âmbito do Direito Empresarial partem da localização de uma novidade no mundo do comércio e da identificação da forma como o ordenamento jurídico deve recepcionar tal inovação. Para citar exemplos, podemos pensar no trabalho de Juliana Krueger Pella sobre *golden shares*, à época de surgimento do fenômeno, ou o trabalho sobre Contratos de Aliança, desenvolvido por Leonardo Toledo da Silva.

²⁴³ CARMO, Lie Uema. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 101.

²⁴⁴ RICARDINO, Roberto. *Administração de contrato em projetos de construção pesada no Brasil: um estudo*

Exemplos de formulações contratuais com dispositivos semelhantes ao *knock-for-knock* podem ser vistos em áreas de infraestrutura no Brasil, especialmente para contratos ligados ao setor de energia. Nesse ponto, tanto podemos encontrar formulações no contexto de construções de geradores de energia elétrica (e sua operação e manutenção), como também na exploração de petróleo e demais energias colocadas sob o julgo do setor de óleo e gás.

No contexto da construção de geradores de energia elétrica (tanto em usinas hidrelétricas, quanto em sítios eólicos), as cláusulas aparecem especialmente em contratos de operação e manutenção (O&M), cujo escopo envolve o seguimento das atividades de comissionamento, realização de serviços de manutenção, inspeção de aerogeradores, fornecimento de peças sobressalentes, monitorização e controle das centrais, reposição de máquinas, operação das pás eólicas etc.²⁴⁵.

Nesses contratos, é provável que tanto o dono da obra quanto o contratado possuam materiais no sítio da obra, bem como funcionários trabalhando em seu respectivo interesse. Por essa razão, é possível vislumbrar uma cláusula preceituando que o operador será responsável pelas consequências dos danos sofridos pelos seus funcionários e empregados, bem como contra equipamentos em sua posse ou propriedade.

Também no setor de óleo e gás pode-se vislumbrar igualmente a aplicação dessas cláusulas. Como apresentado acima, trata-se de um setor em que acidentes são bastantes comuns, e soluções efetivas para a alocação de riscos são comumente buscadas. Podemos ilustrar essa preocupação analisando contratos levados a cabo pela Petrobras, para realização de serviços de operação e manutenção em plataformas de Petróleo (*offshore*).

De fato, extensamente as ressalvas do Capítulo 1, os contratos públicos não são objeto deste trabalho. Entretanto, como o setor de infraestrutura no Brasil é organizado a partir da delegação de serviços públicos, muitas vezes cláusulas existentes em seus negócios acabam sendo refletidas nos negócios celebrados entre particulares no momento da subcontratação, haja vista que o racional da alocação de riscos envolve a escrita de cláusulas *back-to-back*. Ademais,

da interface com o processo de análise do risco, Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Departamento de Engenharia de Construção Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 5.

²⁴⁵ O escopo de serviços dessa natureza pode ser encontrado no site de prestadores de serviço do setor. A título exemplificativo, podemos citar a página do grupo SOLVENTO ENERGY.

é interessante observar os modelos clausulares pactuados por órgãos públicos. Como seus contratos são regidos por leis específicas²⁴⁶, que lhe obrigam a dar publicidade, transparência às suas contratações, bem como estão submetidos ao controle de outros órgãos administrativos, funcionam como parâmetro de legalidade.

Em 2019, a Petrobras lançou edital de licitação para a contratação de serviços de manutenção de plataformas de *offshore*, que incluíam as unidades do campo de Búzios, na cessão onerosa, pré-sal da Bacia de Santos. O lote A previa serviços para os FPSOs P-74, P-75, P76 e P-77, todos próprios da Petrobras, com capacidade de produção de 150 mil barris/dia, em Búzios. O lote B, por sua vez, engloba serviços para as unidades sob gestão da unidade de operações de exploração e produção do Espírito Santo (UO-ES), incluindo grandes sistemas, como as plataformas de Roncador. Os contratos incluem o fornecimento de partes e peças para manutenção das plataformas.

Ao analisar a minuta de contrato disponibilizada entre os anexos do Edital de Contratação, nos deparamos com a seguinte redação, entre os itens da cláusula 2 “Responsabilidades da Contratada”:

2.2 – Quanto à execução dos serviços e responsabilidade técnica: [...]

2.2.6 – Responder por qualquer dano ou prejuízo causado à PETROBRAS ou a terceiros, em decorrência da execução dos serviços previstos neste instrumento contratual, observado o disposto na CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – RESPONSABILIDADE DAS PARTES²⁴⁷.

Na redação prevista na cláusula acima transcrita, observa-se que a contratada assume os riscos de quaisquer danos causados à Petrobras em decorrência da execução dos serviços previstos no contrato. Não há previsão de existência de dolo ou culpa para a obrigação de reparação, na medida em que também haverá funcionários da Petrobras operando na respectiva plataforma, é possível que algum dano tenha como causa verdadeira a própria conduta da Petrobrás, algum ato negligente que resultou em alguma explosão ou acidente durante a manutenção levada a cabo pela contratada, ou eventualmente talvez venha a se tratar de caso de

²⁴⁶ Lei nº 8.666, de 1993; Lei nº 8.987, de 1995; e Lei nº 11.079, de 2004.

²⁴⁷ Minutas obtidas a partir do site Petronect, que congrega todas as editais e oportunidades de contratação levados a cabo pela Petrobras (Disponível em: petronect.com.br/irj/portal/anonymous/pt. Acesso em: 19 mar. 2020).

autoria compartilhada do dano.

Em todas essas hipóteses, a Petrobras seria indenizada por danos gerados em razão de sua própria negligência. Em outra cláusula da mesma minuta do contrato, é determinado um limite para a responsabilidade das partes por danos diretos (trata-se de um exemplo das cláusulas limitadoras do valor máximo a ser indenizado).

17.4 – A responsabilidade das Partes por Danos Diretos não excederá 10% (dez por cento) do Valor Contratual Reajustado.

Essa cláusula permite que identifiquemos uma separação do conceito de danos, para o de danos diretos (estipulado no próprio contrato). Mas não exclui o fato de haver outros tipos de danos cuja consequência é a responsabilização da contratada pela reparação. Por fim, outro dispositivo interessante é o que prevê que as responsabilidades por indenização seguirão o previsto na legislação aplicável, mas faz-se essa ressalva após referência direta às cláusulas do próprio contrato.

17.2 – Observado o disposto nos itens abaixo, a responsabilidade por perdas e danos decorrentes do Contrato será determinada de acordo com as Leis aplicáveis.

Em outro modelo de contratação da Petrobras, as disposições sobre alocação de responsabilidade eram mais assertivas no sentido de eximir a Petrobras por danos a que ela pudesse dar causa. Trata-se de contrato celebrado em 17 de setembro de 2013 com consórcio encabeçado pela Queiroz Galvão para o fornecimento de bens e prestação de serviços relativos às unidades auxiliares (URE) para a refinaria TREM 1 do COMPERJ²⁴⁸.

Nesse caso, os dispositivos indicavam que os contratados deveriam manter a Petrobras indene das consequências de quaisquer danos ocorridos nas plataformas de petróleo. Tanto nesse caso como no outro, o contrato é celebrado com uma sociedade de economia mista e, portanto, possui características de contratos públicos, dentre os quais, a presença de cláusulas exorbitantes, não havendo possibilidade de negociação entre as partes.

Apesar de não se tratar de exemplos de negociações privadas, esses dispositivos revelam

²⁴⁸ Informações obtidas no sistema de transparência da Petrobras (Disponível em: <http://transparencia.petrobras.com.br/licitacoes-contratos/contratos>. Acesso em: 20 mar. 2020). O caso foi relatado pelo Doutor Fernando Marcondes, autor responsável por diversas publicações no setor do Direito da Construção, em reunião realizada no dia 28 de junho de 2019.

que a alocação de responsabilidade contratual (e sua limitação) é uma realidade corrente, ao menos em algumas situações, no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse caso, a disponibilidade dos artigos que tratam sobre dano e reparação (do Código Civil) é posta à prova em nome do interesse público da Petrobras.

Nota-se, entretanto, não se trata de um mecanismo completo de *knock-for-knock*, que dependeria de ambas as partes assumissem os riscos totais contra seus próprios equipamentos e funcionários, independentemente da causa. Nesse caso, apenas a Petrobras beneficia-se da cláusula de indenização. Esse benefício ainda é extraído dentro de um ambiente competitivo (edital de licitação/carta convite) que acaba forçando o preço dos contratos a situações impeditivas de uma realidade realmente condizente com os riscos adicionais assumidos, o que pode gerar revisões contratuais. De todo modo, uma alocação de riscos dessa natureza pode estar refletida em subcontratos celebrados pelo contratado e ser um indicativo de dispositivos dessa natureza em contratos correlatos, derivados do processo administrativo iniciado pela Petrobrás.

CAPÍTULO 3 – PROBLEMAS INTERPRETATIVOS RELACIONADOS A CLÁUSULAS DE *KNOCK-FOR- KNOCK*

Em face da exposição das características da cláusula de alocação de risco objeto desse trabalho, é relevante pontuar os problemas interpretativos que podem surgir em razão de seu uso ou em razão de disputas judiciais envolvendo-as. Para isso, traçar-se-á o panorama legislativo afeto a aplicação dessas cláusulas. Na sequência elas serão confrontadas com a literatura jurídica pertinente e, posteriormente, a eventuais decisões judiciais.

Sabe-se que, de fato, no Brasil, os privados possuem liberdade de contratar. Essa prerrogativa é dada pela Constituição Federal ao instituir a liberdade de comércio e indústria e a livre concorrência²⁴⁹ também implica na atribuição de poderes contratuais aos sujeitos para inovarem no sistema jurídico. Mais que um direito, trata-se de um poder. Explicitamente, o código civil dele trata ao explicitar: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código”²⁵⁰.

Como visto, a cláusula de *knock-for-knock* (ou *mutual hold harmless*) é uma cláusula atípica, e contra isso não há nenhuma vedação. A compreensão sobre sua recepção, alcances e limitações, entretanto, passa inicialmente por compreender se há respeito às normas gerais fixadas no Código Civil ou fundamento para sua aplicação independentemente das chamadas cláusulas típicas.

Muito contribui para encontrar um caminho interpretativo para a recepção dessas cláusulas, a análise de seu funcionamento no sistema jurídico inglês e estadunidense, delineado no Capítulo 2 acima. Isso porque, não havendo farta literatura sobre o tema no Brasil²⁵¹, é relevante compreender de que forma vem sendo interpretado e quais os institutos que o rodeiam

²⁴⁹ Eros Roberto Grau apresenta em seu livro *A Ordem econômica na Constituição de 1988*, dois desdobramentos para a livre iniciativa: a livre concorrência e a liberdade de comércio e indústria.

²⁵⁰ Artigo 425 do Código Civil Brasileiro.

²⁵¹ Recentemente foi publicada uma obra, fruto de uma produção de doutorado, intitulada *A Cláusula de Knock for Knock – administrabilidade à luz do direito brasileiro.*, de autoria de Alexandre Sales de Cabral Arlota. Rio de Janeiro: Lume Juriz, 2019.

em jurisdição estrangeira, a fim de que tenham pistas para localizar o arsenal interpretativo, existente no direito pátrio, capaz de lidar eficazmente com a recepção da cláusula em estudo.

3.1 Disposições legais relacionadas ao tema

Para tratar do tema, é relevante pensar de que modo as cláusulas de *knock-for-knock* dialogam com os artigos 186 e 927 do Código Civil. Esses são os principais dispositivos que regulam a responsabilidade no Direito Brasileiro. Na sequência, podemos vislumbrar se o próprio ordenamento jurídico traz indicativos da possibilidade de se restringir a responsabilidade das partes diante de um dano (ou, ao menos, de afastar-se parte de suas possíveis consequências).

O artigo 186 do Código Civil prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Aqui, já encontramos o primeiro alerta à aferição do alcance da cláusula de *knock-for-knock*: a parte que causa dano a um funcionário, mesmo que seja funcionário da outra parte, comete ato ilícito. Essa aferição não pode ser evitada.

As consequências para o ato ilícito são determinadas pelo próprio Código Civil, em seu artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ora, trata-se justamente do que o dispositivo de *knock-for-knock* procura evitar. Por meio desse, não é o nexo de causalidade entre ato ilícito e seu autor que gera a obrigação de reparação. Cria-se outra regra que, no entanto, mantém o dano reparável.

É interessante notar como o Código Civil se posiciona a respeito da criação de condições para se evitar a existência de danos irreparados. De fato, a combinação entre os artigos 186 e 927 nos leva ao que pode ser chamado responsabilidade subjetiva. Contudo, o parágrafo único do artigo 927 permite identificar a existência de uma situação de responsabilidade, independente da aferição de nexo causal: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Para a doutrina trata-se de um caso de codificação da chamada responsabilidade objetiva²⁵².

²⁵² AVELAR Leticia Marquez. *A cláusula de não indenizar*. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 22.

Com essa determinação, o Código Civil busca assegurar que não restem consequências não reparadas de danos eventualmente causados, pontuando assim que, quem cria a atividade causadora de riscos, por essa razão deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício²⁵³.

Pode-se afirmar, em função dessa postura do Código, que o ordenamento brasileiro não restringe a obrigação de reparar aos responsáveis objetivos pelo dano, ou àqueles que um nexo causal lhes direciona a ocorrência do dano. Fundamenta-se, de outra maneira, na reparação ou a obrigação de indenizar no risco²⁵⁴.

A lei nº 9.605, de 1998, também traz elementos para observarmos a preocupação do ordenamento brasileiro em preservar a reparação do dano, independentemente do nexo de causalidade. Nesse sentido, ao atribuir culpa e responsabilidade por danos ambientais, os atribui à pessoa jurídica, cumulativamente com autores e coautores, bem como partícipes.

Ao pensarmos em disposições legislativas que podem impactar a leitura sobre a aplicação da cláusula de *knock-for-knock* no Direito Brasileiro, também podemos lembrar da Lei nº 9.615, de 1998, que trata das condições do exercício das atividades do chamado atleta profissional. Em seu artigo 45, *caput*, vemos que há necessidade específica de indenização para o atleta profissional que sofrer danos decorrentes de suas atividades²⁵⁵. Desse modo, fixa-se um entendimento da impossibilidade de alocação do risco de dano ao atleta pelas entidades de prática desportiva.

Nesse caso estamos longe do conceito da cláusula de *mutual hold harmless*, mas próximos a uma figura doutrinária que pode nos ajudar a compreendê-la: a chamada cláusula de não indenizar, que teria seu uso restringido no caso acima. Isso também indica que há casos relevantes em que o legislador explicitou a indisponibilidade da alocação do dever de reparar, o que traz indícios para pensarmos que em outras situações não deveríamos imaginar ilegal alguma regra que, embora mantenha o dano irreparável, atribui responsabilidade a outro.

Restrição semelhante encontramos em contratos de transporte. O Código Civil em seu

²⁵³ VENOSA, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 36.

²⁵⁴ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12.

²⁵⁵ Lei nº 9.615, de 1998, Artigo 45. As entidades de prática desportiva são obrigadas a contratar seguro de vida e de acidentes pessoais, vinculado à atividade desportiva, para os atletas profissionais, com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos.

artigo 734, prevê a nulidade da estipulação que exclua a responsabilidade do transportador por eventuais danos causados a seus passageiros e as respectivas bagagens²⁵⁶. Apesar dessa restrição, ainda é possível que as partes negociem acerca dessa responsabilização a partir da fixação de um limite indenizatório. Desse modo, poderá haver danos de fato ocorridos, entretanto não reparados, em razão de tal limite, ou *cap*.

Ao entrarmos nessa seara caímos no campo da possibilidade legal da limitação da responsabilidade, que chama a atenção do legislador em outras fontes, como o Decreto Legislativo nº 2.681, de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Seu artigo 12 dispõe que “[a] clausula da não garantia das mercadorias, bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria, não poderão ser estabelecidas pelas estradas de ferro senão de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição de tarifa. Serão nulas quaisquer outras clausulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei”.

Vê-se aí a possibilidade de transigir-se sobre a obrigação de reparar, desde que atendidos alguns requisitos, tais quais a facultatividade e o a necessidade de oferecimento de uma contraprestação, diminuição de preço²⁵⁷.

O Código de Defesa do Consumidor²⁵⁸, embora trate de matéria não compatível com o objeto desse trabalho, por não se inserir no escopo do direito comercial, preconiza uma das manifestações legais sobre a cláusula de não indenizar (cláusula que tem princípio semelhantes ao do *knock-for-knock*). Do que se depreende da leitura dos artigos 25 e 51, I do Código, pode-se concluir que as cláusulas de não indenizar são absolutamente vedadas nas relações de consumo em que o consumidor seja pessoa física²⁵⁹. Ao afirmar que é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores, percebemos que não há espaço nem para sua utilização, nem para

²⁵⁶ Código Civil. Artigo 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

²⁵⁷ LEITE, Fernando Rudge. Da cláusula de não responsabilidade no transporte ferroviário de mercadorias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 468, mar. 1947; PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*; São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 154; BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 137.

²⁵⁸ Lei nº 8.078, 1990, conforme alterada.

²⁵⁹ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 140.

sua limitação.

Quando tratamos de pessoas jurídicas, porém, o artigo 51⁶⁰ I, do mesmo código parece estipular um regime diferente. Pois se afirma que a limitação da indenização é expressamente admitida diante de situações justificáveis²⁶⁰.

Ainda sobre o ponto de vista legislativa, cabe comentar algumas figuras afins da cláusula de *knock-for-knock*, com o intuito de identificarmos critérios para sua eventual aceitação no ordenamento jurídico brasileiro. Luiz Octávio Villela de Vianna Bandeira, em obra sobre a cláusula de não indenizar, dá atenção a alguma dessas figuras. Por exemplo, a cláusula penal, prevista no artigo 408 e seguintes do Código Civil.

Assim como a cláusula de não indenizar, a cláusula penal indica uma projeção, pelos contratantes, de uma definição antecipada da inexecução de uma obrigação²⁶¹. Com diferenças, evidentemente: enquanto a cláusula penal implica em indenização, com valor estipulado de antemão e não é obrigatório ao credor – que pode preferir a indenização cabal, a convenção de não indenizar implica no oposto, ou seja, ausência de indenização sem opção do devedor²⁶². A comparação dessas cláusulas indica que legislativamente existe um ambiente em que escolhas prévias para a solução de eventos futuros, independentes de aferições causais, são possíveis e já amparadas.

Uma discussão natural quando se questiona acerca da possibilidade da alocação de responsabilidade é aquela que envolve o seguro de responsabilidade civil. Previsto expressamente no artigo 787, como um tipo de seguro de dano, garante o pagamento das perdas e danos decorrentes de algum inadimplemento contratual. Comparando com um modelo de cláusula de *knock-for-knock*, ele também suspende a necessidade de desembolso de pagamento daquele que causou o dano àquele que foi lesado. Contudo as naturezas são completamente distintas.

No contrato de seguro de dano, não é figura essencial o inadimplemento contratual. Sendo um contrato de garantia, a prestação do segurado é identificada pelo dever de prestar

²⁶⁰ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 141.

²⁶¹ *Idem*, p. 237.

²⁶² VIANNA, Ragner Limongeli. *Excludentes da obrigação de reparação de danos*. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 133.

segurança²⁶³. O causador do dano transfere seu dever de indenizar a um terceiro. Na cláusula de *knock-for-knock* o funcionamento é diferente especialmente pelo fato de que sua celebração supõe para sua execução apenas duas partes contratantes e a divisão de risco entre elas.

Cabe destacar outro aspecto da diferença entre os dois institutos: qual seja o fato de que, para algumas situações, permanece a responsabilidade civil da parte causadora do dano, ainda que exista do contrato de seguro, por exemplo, em caso de insolvência da seguradora (artigo 787, § 4º, do Código Civil). Também, o artigo 781 do Código Civil prevê que, de nenhuma forma, a indenização paga pela seguradora ultrapassa o valor da apólice, o que indicar que podem restar valores a serem reparados. De fato, não se transfere a responsabilidade para a seguradora, apenas traz o fato de que uma coletividade (e não uma individualidade) suporta o peso da lesão. Pode-se dizer que há socialização da responsabilidade²⁶⁴.

Por fim, e terminamos nossa análise de determinadas disposições legais capazes de impactar a interpretação existente acerca da aplicação das cláusulas de *knock-for-knock*, é interessante destacar suas semelhanças com o instituto da transação, previsto no artigo 840 e seguintes do Código Civil. A semelhança entre esse instituto e o *knock-for-knock* vem da aproximação feita por Antônio Junqueira de Azevedo, no sentido de que uma cláusula que pactua a não indenização constitui uma transação sobre riscos²⁶⁵. De modo semelhante, Aguiar Dias vê a transação como gênero do qual a “cláusula de não indenizar” seria espécie²⁶⁶.

Contudo, evidentemente, no *knock-for-knock* o objeto direto não é evitar o litígio, embora isso se vislumbre no longo prazo antecipadamente, mas sua obrigação. De maneira concreta, previne-se que uma das partes sofra as consequências de determinadas efeitos pelos quais ela seria responsabilizada.

3.2 Em relação à doutrina

²⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 136.

²⁶⁴ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 60.

²⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross waiver liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiros. In: *Estudos e Pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

²⁶⁶ DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 30.

Doutrinariamente, aspecto relevante a ser considerado para entender-se a interpretação da cláusula do *knock-for-knock* no ordenamento pátrio, é o estudo da chamada Cláusula de Não indenizar. José Aguar Dias, no final dos anos 1940, produziu a obra “Cláusula de Não Indenizar”, avaliando os efeitos e os contornos jurídicos dos fenômenos de pactuação do dever de indenizar a outrem, que não aquele que seria o responsável na ocorrência do dano.

Nesse trabalho, como destacamos acima, tal autor defende que o cláusula de não indenizar é uma espécie da transação, porém, ao invés de discorrer sobre o litígio propriamente dito, versa sobre obrigações advindas da eventos incertos.

Ao longo de toda a exposição, José Aguiar Dias procura mostrar que, com o avanço da economia e das situações negociais, por vezes o desenvolvimento econômico compelia ao surgimento de critérios que evitassem que todo e qualquer dano cometido, em qualquer circunstância, desse causa à reparação²⁶⁷.

O que era posto à prova, na época, era especialmente o surgimento dos chamados contratos de adesão, em que contratantes beneficiários dos serviços poderiam dar causa a incontáveis pleitos decorrentes do serviço prestado, o que tornaria, muitas vezes, prejudicada a atividade do contratante²⁶⁸.

As situações que eram então aventadas passam por muitas das disposições legais analisadas no item acima. Eram exemplos de cláusulas de não indenizar (ou de irresponsabilidade, como chamadas nesse trabalho), as cláusulas que restringiam o pagamento de indenização por danos à bagagem do usuário de serviços de transporte, cláusulas de isenção da responsabilidade por furto em estacionamentos de um determinado lojista, e outras situações semelhantes.

Excluídas as vedações explícitas do Código, baseando-se na liberdade de contratação e celebração de contratos atípicos, bem como na integridade da celebração do contrato, respeitadas as vontades das partes, era possível sustentar, à época, a legalidade e validade das disposições nesse sentido²⁶⁹.

Além dos requisitos de validade necessários a todo o contrato, e que também são aqueles

²⁶⁷ DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 19.

²⁶⁸ Idem, 1976, p. 18.

²⁶⁹ Idem, 1976, p. 247.

exigidos para a cláusula de não indenizar (como a ausência de vício de vontade), outro aspecto analisado para se sustentar sua aplicabilidade teria relação com o próprio dano perpetrado e ensejador da obrigação futura de indenizar. De fato, para o ordenamento jurídico, inclusive no campo do direito privado, é relevante associar determinadas condutas à circulação livre de bens e a distribuição da riqueza, bem como evitar outros comportamentos (como aqueles decorrentes de fraude).

Ora, nesse aspecto, questiona-se se, em caso de dano decorrente de dolo, vale a sustentação da cláusula de não indenizar, ou mesmo em casos de culpa grave, ou negligência grosseira. Exigências de ordem pública são invocadas para interferirem na autonomia da vontade e na liberdade negocial.

José Aguiar Dias sustenta a posição de que, além do que é de ordem pública, por definição de lei, não pode ser objeto da cláusula de não indenizar nada do que se considere fora do comércio. Estaria ao abrigo das convenções privadas, dessa maneira, tudo o que se refere à dignidade, à honra, à reputação, campos em que não seria importante a opinião do lesionado. Os danos causados à coisas do patrimônio sim, podem ser objeto de renúncia²⁷⁰.

Retomando a expressão “de ordem pública”, os danos decorrentes de dolo, segundo o mesmo autor, deveriam ser excluídos do rol de validade da cláusula. Em sentido semelhante vimos diversas discussões sobre a validade da cláusula de *knock-for-knock* no direito inglês e norte americano. Enquanto, entretanto, nessas jurisdições, em poucos casos a culpa grave era considerada evento válido de aplicação do dispositivo do *mutual hold harmless*, para Aguiar Dias, a falta involuntária, por mais grave que seja, é de outra essência jurídica e moral, em relação ao dolo. “A negligência, a incúria e a estupidez não se equiparam à malignidade²⁷¹”.

Segundo tal autor, a culpa grave não seria erro de consentimento, bastando-se, para sustentar essa negativa, a indicação de que a gravidade do erro não prejudica a boa-fé no caso de usucapião, enquanto no dolo sim, bem como não prejudica no caso do casamento putativo²⁷².

Outros trabalhos contemporâneos enfrentaram as cláusulas de alocação de responsabilidade sob a alcunha de cláusulas de não indenizar, considerando, em essência,

²⁷⁰ DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 248.

²⁷¹ Idem, 1976, p. 248.

²⁷² O autor fazer essa leitura interpretando os textos de JOSSERAND, Cours. n° 479, p. 285. DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 248.

diversos pontos levantados por Aguiar Dias, porém atualizando-os para as situações contemporâneas enfrentadas pelos juristas, e as modificações no ordenamento jurídico como um todo.

Nessa perspectiva, o trabalho de Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira, aponto, por exemplo, que não há de se confundir cláusulas de não indenizar com cláusulas de irresponsabilidade. A responsabilidade civil, segundo o autor, apresenta um tratamento polissêmico dentro do direito positivo vigente, não podendo ser reduzida ao mero surgimento do dever de indenizar. Caso houvesse essa confusão terminológica, desconsideraríamos outras consequências jurídicas da responsabilidade, além do dever reparatório, tais como a possibilidade do pleito específico de execução de obrigações, resolução do contrato, oposições de exceções, etc²⁷³.

No mesmo texto, o autor afirma que a cláusula de não indenizar trata-se de uma avença que interfere tão somente em uma das consequências jurídicas da responsabilidade civil, qual seja, o dever de indenizar, não sendo adequado entender que ela evita a responsabilidade civil como um todo.

Nesse sentido, já autores que avaliam a cláusula de não indenizar, o que pode-se aplicar inclusive ao caso da cláusula de *knock-for-knock*, como uma cláusula excludente do dever de indenizar²⁷⁴. Assumindo-se que ela apenas afasta um elemento contido na responsabilidade, evita-se o desconforto de imagina que ela afasta um elemento cogente do Código Civil, qual seja, a responsabilidade pelo dano.

Para se sustentar a possibilidade de as posições jurídicas subjetivas²⁷⁵ existentes no direito se subdividirem em diferentes feixes, pode-se levantar a existência do debate acerca da teoria dualista das obrigações²⁷⁶. Ao identificar a separação entre os conceitos de dever e responsabilidade, para alguns autores que analisam cláusulas de não indenizar, a teoria dualista trouxe um arsenal técnico para a compreensão de como múltiplos nexos de imputação permeiam

²⁷³ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 289.

²⁷⁴ Nesse sentido, ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

²⁷⁵ Nomenclatura utilizada em HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Trad. REGO, Margarida Lima, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

²⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*, Revista dos Tribunais, 386/26, 1967.

todo o processo obrigacional²⁷⁷.

Outro aspecto que corrobora para o fato de que a cláusula de não indenizar não se afaste da regra de responsabilidade prevista no Código Civil (artigo 186 e 927) é o fato de a cláusula não impedir a utilização de outros instrumentos para a garantia da posição jurídica do credor²⁷⁸. Transpondo essa realidade para o contexto específico das cláusulas de *knock-for-knock*, especialmente ao observarmos a jurisprudência estrangeira apresentada nesse trabalho, vemos como se trata de um entendimento assertivo.

De fato, a cláusula de *knock-for-knock* não procura deixar sem reparação qualquer dano que seja. Ela procura, outrossim, regular de antemão determinados riscos, atribuindo o dever de uma parte manter a outra indene diante da ocorrência de determinados danos. Tanto é assim que não é incomum que a parte mantida indene, diante da ocorrência de um dano, pague imediatamente a indenização ao funcionário lesado da outra parte (que deveria indenizar) e depois efetue a cobrança do regresso conforme a regra de *mutual hold harmless* prevista no contrato. Analisando a recepção da cláusula nos Estados Unidos e na Inglaterra, nos deparamos com jurisprudências nesse sentido.

Como se vê, ao indicar que uma parte diversa daquela que cometeu o dano é obrigada a indenizar a outra parte, caso aconteça, não se está a afastar de todo a existência de instrumentos para a garantia da posição jurídica da parte lesada.

Mesmo após as lições de Aguiar Dias, continuou-se a discussão sobre circunstâncias em que não seria válida a aplicação da cláusula de não indenizar. Verifica-se que não é possível encontrar uma vedação geral e expressa a essa cláusula, como não se pode encontrar para a cláusula de *knock-for-knock*²⁷⁹. Existem alguns dispositivos esparsos, analisados no item anterior, que enxergam restrições à aplicação da cláusula em contratos de transporte, bem como em relações de consumo.

O que, porém, substancialmente, interfere na interpretação da aplicabilidade da cláusula

²⁷⁷ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 290.

²⁷⁸ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 293.

²⁷⁹ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 294. Também nesse sentido: Nesse sentido, ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

é sua sustentação diante da ocorrência de danos levados e cabo em função de dolo da parte indene. No sentido de Aguiar Dias, Bandeira afirma que doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em afirmar que o “devedor não poderá se beneficiar da cláusula de não indenizar quando dolosamente inadimplir a prestação”²⁸⁰. Para esse autor, contudo, a análise do dolo deve levar em conta o momento em que se manifesta. Se na formação do contrato, haverá anulabilidade, se na execução, ineficácia, se o cláusula indicar expressamente que o devedor não responde por dolo, nulidade²⁸¹.

Já quanto às conclusões em relação à culpa grave, há divergência substancial entre o pensamento defendido por Aguiar Dias e o preponderante atualmente na doutrina. Embora seja possível identificar diferenças entre os dois elementos, expostas especialmente em razão da existência da intencionalidade no dolo, o ordenamento jurídico autoriza que intérpretes da lei e operadores do direito imputem as mesmas consequências jurídicas no caso da cláusula de não indenizar, por exemplo²⁸².

O condão que permite essa aproximação nas consequências existentes para a ocorrência de danos derivados de condutas diversas, é o mesmo que privilegia, por exemplo, a necessidade de observância da boa-fé contratual e a vedação do abuso de direito, já positivados no nosso Código Civil²⁸³.

Em outros termos, pode-se sustentar que a cláusula de *knock-for-knock* não poderá afastar a obrigação de indenizar decorrente de inadimplemento voluntário. Trata-se de uma vedação moral, de ordem pública, ao alcance do dolo à exoneração do dever de indenizar²⁸⁴. Essa conclusão pode ser extraída também de julgados (STJ, 3ª T., REsp 8.787/RJ. Rel. Min. Cláudio Santos, j. 13.10.1992).

Ainda sobre a culpa grave, vale registrar o posicionamento de Junqueira de Azevedo. Segundo o autor, justifica-se a equiparação entre os dois institutos nas cláusulas exoneratórias

²⁸⁰ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 296.

²⁸¹ Contribui para esse entendimento as conclusões da obra: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸² BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 297. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

²⁸³ Artigos 50 e 422 do Código Civil.

²⁸⁴ Nesse sentido: ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 170.

e limitativas de responsabilidade, hipótese em que se encontra a cláusula de *knock-for-knock*, em razão de uma certa tendência à abusividade dessas cláusulas, que, se admitidas sem restrição, poderiam levar a um comportamento antissocial²⁸⁵.

A interpretação desse autor no artigo em comento também nos leva a refletirmos sobre a validade da cláusula de *knock-for-knock* em situações que envolvam ferimentos e mortes. Seria admissível alocar o risco de indenização por esses danos à luz do direito brasileiro? Tal artigo leva à interpretação negativa dessa possibilidade. Uma cláusula exoneratória de responsabilidade não poderia alcançar danos à vida humana, o que não seria conciliável com a ordem pública²⁸⁶.

A doutrina aponta outro fator que pode determinar a restrição da aplicação da cláusula de não indenizar. Trata-se do caso em que tenha por objeto obrigações essenciais do contrato. Caso a indenização seja o único instrumento disponível ao credor para tutela de sua posição creditícia, ela deve ser considerada inválida²⁸⁷.

3.3 Em relação à jurisprudência existente

Ao se tratar de cláusulas de *knock-for-knock* em contratos de infraestrutura, é insuficiente partirmos de uma análise jurisprudencial para entendermos sua receptividade no ordenamento pátrio. Isso porque a maioria desses contratos elegem a arbitragem para a resolução de suas disputas principais²⁸⁸.

Há contudo, jurisprudência em torno do tema, se pensarmos nos julgados que tratam do alcance da cláusula de não indenizar, que, assim como a cláusula de *knock-for-knock*, é uma

²⁸⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross waiver liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiros. In: *Estudos e Pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 206.

²⁸⁶ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 195.

²⁸⁷ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 297. Analisando cláusulas de *knock for knock*, com conclusões semelhantes: ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

²⁸⁸ Quando falamos nos contratos de construção de infraestrutura, compêndios doutrinários sempre evocam métodos alternativos de resolução de controvérsias, em razão da presença constante dessas formas na indústria. MARCONDES, *Temas de Direito da Construção*. São Paulo: Pini, 2015; e *Direito da Construção. Estudo sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: Pini, 2014.

cláusula exoneratória de responsabilidade. Exemplifica, por exemplo, a existência de entendimentos sobre o assunto, o julgado STJ, 3ª T., REsp 8.787/RJ. Rel. Min. Cláudio Santos, j. 13.10.1992, que trata da não aplicação dessa cláusula em caso de ocorrência de conduta dolosa. Nesse caso, repara quem é o responsável por tal conduta, o que seria uma exceção dentro da regra geral da qual participa o *mutual hold harmless*.

Também há posicionamento dos tribunais brasileiros acerca da autonomia da vontade e do poder de estipular novos contratos e cláusulas atípicas²⁸⁹. Manifestando-se no sentido da livre negociação, apoia um sustentáculo do fenômeno em estudo.

Por fim, há decisões que tratam da validade da estipulação de cláusulas que limitam a responsabilidades das partes ao fixar um limite máximo de indenização (*CAP*) ao qual estaria sujeita diante da ocorrência de um dano. Embora sendo cláusulas de outra natureza, já amplamente conhecidas e aceitas, seu reconhecimento nos tribunais aproxima a criação de entendimentos no sentido da possibilidade de algumas indenizações não serem pagas necessariamente pelo agente que causou o dano²⁹⁰.

Em sede arbitral, é difícil construir uma jurisprudência que sirva para se avaliar o enfrentamento da novidade da cláusula de *knock-for-knock* tendo em vista as cláusulas de sigilo compreendidas no bojo dessas discussões. Entretanto, sabemos que alguns entendimentos, presentes nesses painéis, trazem luzes interpretativas à aplicação desses novos institutos. Algo que cabe ressaltar é a existência de decisões que autorizam, na escolha das leis regentes sobre o contrato, o uso da chamada *lex petrolea*.

O conceito por trás da expressão *lex petrolea* apresenta-se no julgamento arbitral do caso ARAMCO vs. Arábia Saudita em 1958. Ali se sustenta que, para a resolução dos conflitos, era relevante atentar-se para os princípios gerais de direito, bem como os costumes e boas práticas da indústria petrolífera²⁹¹.

O conceito da *Lex Petrolea* e sua aplicação como fonte do direito na resolução de conflitos arbitrais espelha o que já se consolidou no âmbito do direito internacional com a

²⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp 39.082/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Ministro Fontes de Alencar, Segunda Seção, julgado em 09/11/1994, DJ 20/03/1995.

²⁹⁰ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1076465/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJ 08/10/2013, DP 25/11/2013).

²⁹¹ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 104.

aplicação da *Lex Mercatoria*. Com aplicação corrente, trata-se do conglomerado de normas de comércio internacional baseado nos usos e costumes, bem como boas práticas dos negócios internacionais, sem que seja levada em consideração uma lei de país específico²⁹².

Sendo a cláusula de *knock-for-knock* típica, por exemplo, em contratos da indústria de petróleo, que estão abarcados nos contratos de construção de infraestrutura, a alternativa de reconhecer-se o uso da *lex petrolea* facilita uma compreensão acurada do tratamento a ser dado à cláusula, evitando-se que seu sentido seja deturpado pela existência de dispositivos legais aparentemente conflitantes, mas decorrentes de outros contextos econômicos.

3.4 Mercado de seguros e entraves à aplicação da cláusula

Tal qual avaliamos ao estudarmos o conceito da cláusula de *knock-for-knock*, bem como sua racionalidade, uma de suas vantagens está na redução dos custos securitários envolvidos. Isso porque, com uma alocação clara de riscos em momento prévio, evitam-se as contratações simultâneas de apólices para um mesmo risco²⁹³.

Assim, em um contexto comum contratual, em que as indenizações são baseadas em culpa e negligência, o tomador do serviço e seu prestador assumem o risco de quebra de um mesmo equipamento, já que todos podem dar causa a esse evento. Como *knock-for-knock*, essa o seguro para essa apólice seria contratado apenas pelo possuidor do equipamento, pois ele estaria responsável previamente por esse risco²⁹⁴.

Do que se lê acima, depreende-se que, para que o arranjo proposto pela cláusula de *knock-for-knock* funcione de maneira eficiente, é necessário que as seguradoras aceitem a cobertura proposta. Essa é uma questão especialmente sensível em vista da existência de normas de controle às seguradoras, editadas no Brasil especialmente pela Superintendência de Seguros

²⁹² GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos Internacionais Comerciais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 20.

²⁹³ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 132 e MATTOS, Nilton. Mutual Indemnity and hold harmless regime in oil and gas upstream servisse contracts. Is the ‘hold harmless’ wording really necessary? (Dissertation). London: LLM Kings College London, 2017, p. 23.

²⁹⁴ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 132.

Privados, autarquia vinculada à Administração Pública Federal. Assim, por vezes o seguro emitido por seguradoras brasileiras tem aplicação apenas relativa para coberturas envolvendo contratos de infraestrutura internacionais.

Algo que poderá ser positivo para a negociação de seguros no mercado de infraestrutura seria a possibilidade de a seguradora assumir o projeto em caso de encampação. Ou seja, em uma PPP, o dono da obra (vencedor da licitação), caso perca, por qualquer razão o direito de executá-la, já pode ser substituído por financiadores (*step in rights*)²⁹⁵. Considerando-se a necessidade de posturas colaborativas das seguradoras, no texto de reforma da lei de licitações espera-se a inclusão do direito de *step in rights* também e elas²⁹⁶.

Soma-se às observações acima, a necessidade de a seguradora abrir mão do regresso contra o causador do dano, caso negocie apólices no bojo da cláusula de *knock-for-knock*. De outra feita, estaria prejudicando todo o desenho econômico imaginado e do qual faz parte.

Na indústria de petróleo, ao menos internacionalmente, é possível identificar seguradoras que preferem o esquema de *knock-for-knock*, por considerá-lo mais eficiente e pressuporem que a obrigação de reparar é do possuidor do equipamento e não necessariamente de quem causou o dano²⁹⁷. Na prática, é possível afirmar que as seguradoras estariam menos expostas, ao não assumirem o risco de dano a um mesmo equipamento tanto em favor do tomador quanto do contratado²⁹⁸.

No ordenamento pátrio, o Decreto Lei 2.063, de 1940, em seu artigo 186²⁹⁹, traz restrições a contratações de seguros internacionais, que são o cerne de algumas atividades de infraestrutura, como aquelas ligadas à indústria de óleo e gás, interferindo na eficácia das coberturas a serem adquiridas no contexto do *knock-for-knock*.

²⁹⁵ Lei 11.079, artigo 5º, § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

²⁹⁶ Projeto de Lei nº 1292 de 1995.

²⁹⁷ CAMERON, Peter. Liability for Catastrophic Risk in the Oil and Gas Industry. *International Energy Law Review*, Issue 6, 2012. Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributor. p. 11.

²⁹⁸ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 133.

²⁹⁹ Artigo 186 Serão feitos no país, salvo o disposto nos artigos 77 e 106, além dos contratos de seguros a que se refere o artigo anterior, os de seguros facultativos garantindo coisas ou bens situados no território nacional e os de seguros sobre a vida de pessoas residentes no País.

CAPÍTULO 4 – SUGESTÕES INTERPRETATIVAS À APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE ALOCAÇÃO DE RISCOS

Tendo em vista os empecilhos conceituais existentes no ordenamento jurídico brasileiro e na literatura acerca da responsabilidade civil e da cláusula de não indenizar, pode-se alcançar algumas conclusões sobre o limite e o alcance da cláusula de *knock-for-knock* no ordenamento jurídico pátrio.

Especialmente, consideraremos neste capítulo alguns elementos que contribuem para a eficácia de um modelo contratual importado da experiência internacional (como vimos, advindo de práticas no âmbito do direito marítimo e da indústria de óleo e gás). Apresentaremos, inicialmente, o caso de recepção de outro modelo clausular para levantarmos algumas dúvidas e expectativas de suas soluções na comparação com a cláusula em estudo.

Na sequência, retomaremos uma ideia levantada, de como é possível entender a cláusula de *knock-for-knock* dentro de uma estrutura de contratos de infraestrutura internacionais, e quais as implicações interpretativas que essa acepção traria para sua análise, inclusive considerando a possibilidade vigência de cláusulas arbitrais e cláusulas de eleição de foro que privilegiam jurisdições nos quais é sedimentado o entendimento a respeito de cláusulas de *knock-for-knock*.

Por fim, serão apresentadas algumas considerações sobre os limites da aplicação da cláusula de *knock-for-knock* no direito brasileiro. Nesse aspecto, abordaremos como parte doutrina avalia os efeitos dessa cláusula, tendo em vista capacidade de o direito privado interferir na distribuição de bens e de que forma a cláusula de *knock-for-knock* em si poderá ou não contribuir para determinados interesses públicos tutelados. Consideraremos, para isso, qual instituto jurídico mais próximo da cláusula em estudo para avaliarmos sua extensão.

De fato, como pontuou-se, antes de serem consideradas cláusulas de irresponsabilidade, essas cláusulas são cláusulas excludentes do dever de indenizar, que é apenas uma das consequências possíveis da responsabilização³⁰⁰. De todo modo, há que se pensar quais

³⁰⁰ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016, p. 289. No mesmo sentido: ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. *A cláusula knock-for-knock e sua*

condutas o direito autorizaria que não tivessem a consequência causal do dever de indenizar em que circunstâncias elas seriam possíveis.

4.1 Cláusulas modelo e prática: exemplo do *Silver Book*

No tratamento dos modelos clausulares decorrentes de práticas internacionais (tais como os modelos do FIDIC), por vezes fica-se a pergunta sobre a viabilidade de estruturas concebidas fora do ordenamento jurídico brasileiro num contexto de execução de um contrato no país (ainda que as partes sejam subsidiárias de empresas estrangeiras e o contrato tenha elegido como foro outro país).

Isso, porque apesar de esses modelos indicarem disposições gerais (a fim de que condições particulares sejam ameáveis entre as partes), é possível defrontar-se com situações de imputação de risco e responsabilidade, para os quais o direito nacional já tenha uma resposta, causando dúvidas interpretativas, que, se não invalidam o contrato, ao menos o tornam inviável economicamente, na medida em que diversos pleitos dele podem derivar.

Acima de tudo, para compreendermos a aplicabilidade ou exequibilidade de algum novo modelo, precisamos entender se há, de fato, condições para que sejam levados a cabo, do ponto de vista econômico e considerando todas as regulamentações que interferem no andamento da prática de infraestrutura considerada. Esse aspecto é particularmente importante no país, onde os setores de infraestrutura são regulados e, portanto, sujeitos a diversos regramentos públicos e inderrogáveis, aumentando as responsabilidades das partes envolvidas e restringido o conteúdo disponível em matéria contratual.

Um caso que ilustra bem a percepção acima exposta é o caso da revisão do conteúdo do *Silver Book*. Assim chamado o modelo contratual cujas características encontram-se expostas no Apêndice B, esse modelo busca atribuir ao empreiteiro grande maioria dos riscos decorrentes da obra, já que o empreiteiro também é o responsável pela elaboração do projeto, tendo mais condições de mapear o risco envolvido³⁰¹.

admissibilidade à luz do direito brasileiro. 2019. Lumen. p. 109.

³⁰¹ FIDIC. *Silver Book*. Último acesso em 7 de janeiro de 2020. <http://fidic.org/books/epcturnkey-contract-2nd-ed-2017-silver-book>

A lógica econômica desse tipo de contrato parte do pressuposto de que o dono da obra, abrindo mão de apurar a causa de danos futuros decorrentes do contrato, ou de lidar com casos fortuitos e força maior, simplesmente aloca esse risco ao empreiteiro disposto a pagar mais, em vista de riscos não materializados. De outro lado, o empreiteiro concorda em assumir riscos, inclusive aqueles decorrentes de caso fortuito e força maior, assumindo tal risco em cima de um preço previamente calculado.

De toda forma, a lógica nos leva sempre a alocar o risco à parte que terá melhor condição de prevê-lo ou arcá-lo. E, nesse caso, quem é melhor que o próprio empreiteiro, dono do projeto, para fazê-lo? Nesse contexto, o *Silver Book*, em seu modelo publicado em 1999, alocou ao empreiteiro o chamado risco geológico do contrato.

Nesse sentido, a prática demonstrou que, para que o empreiteiro arcasse efetivamente com o risco geológico, deveria receber condições do contratante para tanto. Ou seja, permitindo-lhe tempo hábil para estudar esse risco e incluí-lo durante os estudos do projeto básico, bem como oferecer-lhe condições de contratação capazes de abranger tal risco. A crítica nesse sentido foi levada a cabo por Pierre Genton e gerou modelos mais flexíveis para a realização dos FIDCs³⁰².

Um dos reflexos da crítica, que considera a real capacidade de as partes terem condições para arcar com os riscos que lhe são atribuídos, é o disposto 4.12 das Condições Gerais do *Yellow Book*, que relativiza consequências do risco geológico (*Unforeseeable Physical Conditions*).

Quando se pensa também na aplicação da cláusula de alocação de risco geológico no Brasil, há que se considerar a existência de norma em sentido antagônico nas disposições geris sobre empreitada. O artigo 625 preceitua que:

Poderá o empreiteiro suspender a obra:

I – por culpa do dono, ou por motivo de força maior;

II – quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços”[...]

³⁰² Capper, Genton, Vermeille. Report on the new FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects: test edition 1998 (*Silver Book*).

Determinações nesse sentido podem causar entrave ao se pensar na possibilidade dessa cláusula. Entretanto, parece não haver dificuldade em entender-se o dispositivo do artigo 625 como de conteúdo dispositivo, podendo as partes pactuarem em sentido contrário. Essa afirmação especialmente se sustenta pelo princípio do *Pacta Sunt Servanda*, que mantém a vontade das partes durante a contratação desde que não haja vício ou desequilíbrio. Como já citamos, a própria jurisprudência não costuma revisar contratos empresariais, valorizando o que foi inicialmente pactuado, tendo em vista a liberdade de contratar e a inexistência de assimetria relevante nesses tipos de contratos³⁰³.

Também ocorre que, no Brasil, a prática da indústria de infraestrutura não se sustenta com estudos relevantes prévios ao início das obras. Isso, porque o contratante está sujeito a prazos e preços impostos por contratos públicos, decorrentes de processos competitivos globais (o que se apresentou no Capítulo 1, acima). Assim, em obras de construção de projetos hidrelétricas³⁰⁴, está-se sujeito às regras que regulam a concessão desse tipo de serviço, de igual modo, em contratos para operação de plataformas *offshore* (que dependem de regulamentação da ANP³⁰⁵ e editais aprovados segundo os manuais da Petrobras³⁰⁶).

Diante desses fatos ligados à realidade das contratações no setor de infraestrutura no Brasil, é razoável pensar que, embora sejam válidas disposições típicas do *Silver Book*, que alocam o risco geológico (ainda que fortuito) ao contratado, ou empreiteiro, e, mais que isso, embora cláusulas dessa natureza possam ser consideradas exequíveis do ponto de vista jurídico, é inegável que, na prática, podem muitas vezes refletir uma solução artificial que, se não compreendida, trará prejuízos não só a empreiteiros no geral, como à viabilidade dessa forma de contratação.

Com as condições existentes para que empreiteiros desenhem o projeto e calculem seus riscos, não há possibilidade que estejam no controle ou no conhecimento do que vão enfrentar. Ademais, em muitos casos, os preços são irrealistas, reflexo de licitações realizadas pelo menor preço. O pleito por revisão irá, de fato ocorrer, e negá-lo é ser insensível a uma realidade fática

³⁰³ FORGIONI, Paula. A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, São Paulo, RT, 2009, p. 88.

³⁰⁴ Lei n° 9.427, 1996.

³⁰⁵ Lei n° 9.478, de 1997.

³⁰⁶ Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras.

https://canalfornecedor.petrobras.com.br/media/filer_public/fc/62/fc62e81b-7a2a-44da-9dba-bd5463d2d7db/cartilha-rlcp_rev01.pdf Acesso em 15.03.2020.

que se sobrepõe à possibilidade jurídica³⁰⁷.

Esse tipo de análise é extremamente relevante para considerarmos também a recepção das cláusulas de *knock-for-knock*. Ainda que válidas e eficazes, capazes de produzirem efeitos no mundo jurídico, podemos considerar, em todo caso, que serão observadas sem que haja revisão, ou sem que existam pleitos particulares de empregados que sofreram danos, e demandam indenização de quem cometeu o dano (sem que esse esteja obrigado a reparar por força contratual).

Será sempre possível o regresso àquele responsável contratualmente, considerando tantas vezes a insuficiência de apólices de seguro no mercado brasileiro? Todos os pontos merecem ser levantados e balizados em vista das consequências igualmente danosas se autorizar cláusulas inexequíveis ou passíveis de constante revisão.

4.2 Contratos de natureza internacional e cláusulas arbitrais

Como vimos, ao tratarmos da jurisprudência afeta ao tema, na negociação de muitos contratos de infraestrutura, especialmente contratos complexos e de longo prazo, bem como em contratos do setor de óleo e gás, é comum a existência de partes com sedes em diferentes países, bem como a eleição da cláusula arbitral.

Não havendo tanta disponibilidade no Direito Brasileiro de os particulares, em sede de jurisdição nacional, escolherem a lei de regência de suas obrigações, conforme os preceitos do Decreto –Lei 4.657, de 1942, procurou o legislador, no instituto da arbitragem, possibilitar que as partes, em contratos, dispusessem acerca da lei aplicável.

Abriu espaço, nesses termos, a aplicação dos princípio de *Lex Mercatoria* e, como vimos, suas subdivisões, que envolvem àquelas afetas às práticas de infraestrutura ao redor do mundo, como a *Lex Petrolea*. A disposição sobre a lei aplicável deve ser instituída por meio de uma cláusula compromissória, prevista na Lei de Arbitragem. Deve ser clara no sentido de que ambas as partes concordam com a sua execução³⁰⁸.

³⁰⁷ MARCONDES, Fernando. Apontamentos da entrevista realizada em 28 de junho de 2019, na sede do Escritório L.O. Baptista Advogados.

³⁰⁸ Lei nº9.307, de 1996. Artigo 4º.

Como vimos, esse regramento traz algumas possibilidades de solução para a aplicabilidade da cláusula de *knock-for-knock* diante de regramentos jurídicos que desconhecem seu mecanismo, na medida em que são comuns na prática internacional e nas negociações de algumas indústrias. Assim, caso os riscos alocados envolvam maior ou menor gradação de culpa de uma das partes, será mais ou menos desejada, inclusive, a escolha de uma determinada jurisdição. Como vimos, há diferenças interpretativas no uso da cláusula e sua extensão nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Ainda poderá permanecer o risco de o indivíduo que sofreu o dano acionar o judiciário em face do causador do dano, ainda que o contrato preveja que seu empregador é obrigado a reparar e ainda que tenha o empregador já proporcionado a reparação. Isso, porque as regras explícitas do Código Civil autorizam a possibilidade de ajuizamento de ações de danos. Essa é uma questão sensível ao ordenamento brasileiro. Muitas práticas inovadoras de alocação de risco perdem o sentido em razão da oportunidade de litigar, bem como do fato de as incertezas compreendidas nos riscos negociados poderem variar sobremaneira, gerando novas estratégias para as partes no sentido de reaver perdas.

Como previamente mencionado, por vezes, no país, os preços negociados em contratos de construção são extremamente justos, porque decorrentes de processos de concessão ou parcerias público privadas assumidas via procedimento licitatório. Quaisquer ajustes necessários à execução do contrato ao longo do tempo são, dessa maneira, acionados. Nesses casos pode-se vislumbrar o uso da cláusula de *knock-for-knock*, mas também a busca de reparações na esteira da culpa, a fim de que se persigam ajustes que foram tornando-se necessários ao longo da execução do contrato.

De todo modo, a possibilidade da redação da cláusula compromissória, tal como previsto na supracitada lei de arbitragem, pode trazer um horizonte de segurança inicial e, ainda que a parte causadora do dano venha a ser acionada a indenizar um terceiro ou indivíduo, ela terá pleito para ser indenizada pela parte possuidora do equipamento ou empregadora.

4.3 Compreensão da cláusula como cláusula excludente do dever de indenizar e modulação de efeitos

Neste item, serão retomadas e sistematizadas algumas conclusões realizadas ao longo dos últimos dois capítulos, especialmente considerando as vias interpretativas doutrinárias que nos auxiliam a traçar os contornos da aplicação da cláusula de *knock-for-knock* no ordenamento jurídico brasileiro.

Como pudemos depreender do estudo realizado sobre as disposições legais aplicadas ao tema, não há vedação expressa à cláusula de não indenizar³⁰⁹, assim como não há vedação à cláusula de *knock-for-knock*. Também como vimos, existem algumas restrições em leis específicas, o que, *per se*, constitui um indicativo de que, se a vedação fosse geral, estaria explicitada.

Essas vedações dizem respeito a contratos de transporte, envolvendo bens e passageiros, contratos de adesão e contratos de consumo. Pelo que pudemos analisar, não há de fato vedação à cláusula que estudamos nesse trabalho, chamada *knock-for-knock*. Observamos não se trata de definição precisa enquadrá-la como cláusula de irresponsabilidade. De fato, como abordado, ela afasta uma das consequências da responsabilidade, qual seja, o dever de indenizar. Essa conclusão é tanto possível para a cláusula de não indenizar quanto para a cláusula de *knock-for-knock*.

A cláusula em estudo possui semelhança com o instituto da transação, o que traz elementos para a enxergarmos dentro de uma possibilidade legislativa positivada. Entendendo-a como cláusula excludente do dever de indenizar, o que de fato o é, porque outras obrigações seguem mantidas, podemos encontrar registros para sua aceitação no ordenamento pátrio. Uma das provas de que sua estrutura não afasta toda a obrigação é a análise da aplicação da cláusula nos Estados Unidos e na Inglaterra. Foram vistos casos em que uma das partes, protegida pela cláusula de *knock-for-knock*, era acionada por um indivíduo, em razão da atribuição da culpa pelo dano e prontamente o reparou, exigindo posterior compensação da parte responsável segundo o contrato.

Pois bem, como cláusula excludente do dever de indenizar, pode-se vislumbrar aceitação doutrinária para sua aplicação. Resta saber sob quais contornos poderia ser

³⁰⁹ Tais conclusões estão, por exemplo, nas obras BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana; *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*; São Paulo: Almedina, 2016; e DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

considerada válida. A doutrina mostra, contundentemente, a necessidade de sua vedação em caso de exclusão de dever de indenizar por dano decorrente de dolo. Argumenta-se que se afrontaria princípios morais do ordenamento ao se permitir que uma parte se beneficiasse da própria torpeza.

Sabe-se que na cláusula de *knock-for-knock* procura-se resguardar a exequibilidade e eficiência do contrato, não significando que outros aspectos da responsabilidade não permanecem, como a possibilidade de identificação do colaborador que especificamente agiu dolosamente, ou administrador, entre outros. Ainda assim, a posição que veda a aplicação da cláusula de não indenizar ao dolo encontra eco nas análises modernas do estudo do *knock-for-knock*³¹⁰ bem como na aplicação do direito estrangeiro (no espectro desse trabalho, o inglês e o norte americano).

Em relação à culpa grave, a doutrina internacional possui algumas divergências sobre a possibilidade de suas consequências serem afastadas com a cláusula de *knock-for-knock* (como nos casos analisados). A tendência, entretanto, é considerar também vedada essa hipótese. No Brasil, apesar de considerações em sentido contrário ao trabalho de Dias Aguiar, acerca da cláusula de não indenizar³¹¹, majoritariamente a doutrina entende que os efeitos da culpa grave e do dolo devem ser semelhantes, de modo que uma cláusula de não indenizar não poderia ser aplicada para afastá-los³¹². Os mesmos efeitos podem ser compreendidos no tratamento da cláusula de *knock-for-knock*, inclusive em opiniões que afastam sua aplicação para casos de dano à vida e morte³¹³.

Uma importante consideração trazida da experiência estrangeira na aplicação da cláusula é que, de toda forma, sua exequibilidade depende de sua clareza. Para que possa ser invocada em momento futuro, o contrato precisa descrever claramente que as partes não serão indenizadas pela outra parte em caso de dano aos seus equipamentos por exemplo. Pode-se

³¹⁰ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³¹¹ DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

³¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross waiver liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiros. In: *Estudos e Pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 206.

³¹³ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, *A Cláusula Knock for Knock – admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 195.

considerar que, no Brasil, trata-se de um requisito essencial do contrato a presença da declaração manifesta da vontade³¹⁴.

Sendo essencial, é importante regular com clareza se o *knock-for-knock* está presente e, principalmente, a sua extensão. Por exemplo, assumindo-se a existência da gradação da culpa – o que nos leva a conclusão da existência da culpa grave, é importante que os contratantes determinem até que extensão da culpa admitem o afastamento da responsabilidade pelo dano e sua substituição por uma regra de *mutual hold harmless*.

³¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-27.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo localizar um determinado fenômeno novo dentro do Direito Comercial brasileiro e estabelecer seu alcance, suas limitações, bem como sua exequibilidade, a partir de considerações sobre sua finalidade econômico, afinal, contratos são, de fato, a veste jurídica de fenômenos econômicos³¹⁵.

Para atingir tal intento, iniciou-se a pesquisa delineando-se um panorama jurídico-conceitual acerca dos contratos em que se inserem as cláusulas de *knock-for-knock*. Os contratos de construção de infraestrutura, de fato, independentemente das normas que regulam a empreitada, são contratos atípicos, dotados, muitas vezes de incompletude contratual, capital intensivo, indivisibilidade das prestações e integrante de uma rede de contratos.

Em tal espécie de contrato, muitas vezes, a administração figura como ente contratante ou ente fomentador do projeto que dá origem ao respectivo contrato de construção de infraestrutura. Essa característica acarreta diversos impactos à eficácia dos contratos posteriormente celebrados entre os particulares, pois haverá limitação do preço a ser pago ao contratado ou empreiteiro, em função do preço fixo muitas vezes do contrato de concessão que demandou a contratação da obra de infraestrutura. O preço é fixo justamente por ter sido instituído num processo público e competitivo de licitação.

Ademais, os prazos para a execução do contrato não serão flexíveis, o custo do desenvolvimento do projeto não será mensurável, e alguns riscos que facilmente seriam alocáveis ao empreiteiro (como riscos geológicos) terão sua viabilidade de livre pactuação comprometida, já que há limitações financeiras à contratação. Pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro são possíveis no escopo das concessões, ainda assim, em razão das motivações inerentes às decisões administrativas, os pontos levantados merecem atenção. Também na análise dessa espécie contratual, verificaram-se os riscos que normalmente lhe estão atrelados e que justificam a necessidade do desenvolvimento e aprimoramento de cláusulas de alocação de risco.

Além disso, verificou-se a presença de um elemento comum a esses contratos, capaz de

³¹⁵ Como já supracitado, ROPPO, Enzo. O Contrato. Almedina. p 11.

trazer questões relevante para riscos e precificação: a presença de financiadores de curto e longo prazo, dentro da estrutura de *Project Finance*, que atuam, muitas vezes, quase como sócios da obra e, em razão disso, impõem uma série de restrições e obrigações a cada uma das partes, o que aumenta a complexidade desses contratos.

Estudou-se a tipicidade e atipicidade desses contratos de construção de infraestrutura e, diante dos itens pesquisados, levantou-se o panorama a partir do qual se podem estudar as cláusulas de *knock-for-knock*, afim de compreender quais problemas circundam sua aplicação, quais são as experiências estrangeiras relevantes nesse contexto, quais confrontos legislativos e doutrinários da cláusula no Brasil, bem como algumas questões a serem levantadas no tratamento de eventuais soluções para se verificar a aplicação da cláusula no país.

Após haverem sido delineados o conceito, a função econômica e a origem da cláusula em estudo, sua abordagem inicial no direito marítimo, seguido pelo seu estabelecimento na indústria de óleo e gás na década de 1980, passou-se à reflexão teórica que subjaz não a existência da cláusula, mas toda a compreensão acerca de sua potencialidade: a capacidade de o direito privado interferir na regulação da circulação de bens; e, chegando-se a uma resposta afirmativa: quais condutas seriam incentivadas dentro desse ambiente distributivo com a autorização irrestrita da aplicação da cláusula.

É fato que se discutiu longamente sobre a possibilidade de o direito dos contratos funcionar como instrumento de realização da justiça distributiva, não apenas da justiça comutativa. Assumir que jurisdições mais libertárias não utilizariam esse campo do direito com essa finalidade é uma tendência falaciosa, pois, de fato, as regras de direito contratual podem ser menos intrusivas à liberdade individual e contratual do que constrições de natureza tributária, por exemplo. Se o direito privado promove eficazmente a distribuição, é justo sustentar uma cláusula que deixa impune ou, ao menos, minado de consequências econômicas, uma parte que causou danos a outrem?

Com essa pergunta em mente, analisamos a exequibilidade da cláusula de *knock-for-knock* no Reino Unido e nos Estados Unidos, ambas jurisdições em que o tema encontrou grande desenvolvimento e com jurisprudência relevante para análise. Ao analisar o surgimento da cláusula nesses países, pôde-se apurar que o elemento central para sua eficácia estaria no dever de as vontades das partes estarem alinhadas no sentido da finalidade da cláusula, ou seja,

que uma parte fosse indenizada até mesmo de danos causados por sua própria negligência.

A solução encontrada para determinar se havia clareza na intenção das partes no momento da celebração do contrato, em ambos os casos, foi observar a literalidade do texto em análise, demandando-se menções específicas em detrimento de soluções genéricas. Outro ponto relevante, advindo da análise da cláusula nessas jurisdições, é que, propriamente, a cláusula de *knock-for-knock* é uma cláusula de indenização que, embora torne uma parte responsável pelo valor do dano, não arrasta consigo todas as consequências possíveis. Por tal razão, é extremamente comum que, no funcionamento dessa cláusula, o indivíduo que sofreu o dano acione seu causador e esse, por sua vez, após acordar a reparação do dano, demande da outra parte o valor da indenização por um pagamento que havia sido afastado de sua alçada contratualmente. A responsabilidade da parte pelo dano cometido contra seu pessoal ou sua propriedade significa a capacidade da parte de manter indene a outra parte desses respectivos danos.

Elencam-se, em sequência, alguns casos incipientes de utilização da cláusula no Brasil, considerando contratos levados a cabo pela Petrobras. Todavia, na prática da indústria do Petróleo, onde os contratos são internacionais e há modelos contratuais que incluem essas cláusulas, é possível vislumbrar a existência já corrente desses dispositivos.

De posse das informações elencadas sobre a cláusula em estudo, passou-se ao entendimento dos problemas interpretativos a que pode estar sujeita tendo em vista a legislação, a doutrina (especialmente no concernente a cláusulas de não indenizar), bem como à possível jurisprudência. Tratando-se do caso de levantar os problemas interpretativos, pudemos observar como a teor da doutrina da Cláusula de Não Indenizar, traz elementos para pensarmos na validade das cláusulas de *knock-for-knock*.

Assim ocorre porque se considera a responsabilidade como conceito dotado de diversos feixes jurídicos. Ora, caso se afaste contratualmente uma de suas consequências, cria-se para a outra parte a responsabilidade de reparar, o que não faz, entretanto, com que a outra parte esteja minada de toda e qualquer outra consequência decorrente de sua conduta. Quanto mais não era de se esperar outra conduta, haja vista a regulação da responsabilidade das partes apenas entre si mesmas, não se atingindo terceiros.

Identificou-se a existência de vedações expressas à Cláusula de Não Indenizar (em

direito dos transportes, bem como direito do consumidor). Nenhuma delas impactando de fato a aplicação da cláusula de *knock-for-knock* no Brasil. Pelo contrário, demonstrou-se a abertura de espaço para se entender que existem casos não vedados e permitidos legalmente. Identificamos alguns institutos semelhantes, como o da cláusula penal, transação, e limitação do montante indenizatório (*Cap*). A cláusula penal também prevê a antecipação da estipulação de um pagamento, em face de evento futuro. A transação trata da modulação, entre particulares, de efeitos do litígio. O *Cap*, previsto na jurisprudência, dá elementos para se vislumbrar a ocorrência da limitação do dever de indenizar em função de um valor acordado previamente entre as partes, o que traz elementos para sustentar a cláusula de *knock-for-knock* como causa excludente do dever de indenizar, válida dentro de um contexto de autorizações semelhantes no ordenamento.

Seguiu-se com a avaliação das limitações para a aplicação da cláusula de *knock-for-knock* em função da regulamentação do mercado securitário brasileiro. De fato, embora o mercado de seguros internacional já conviva com a modalidade de *knock-for-knock*, por entende-la eficiente, no Brasil, para que funcione, necessita da anuência dos segurados em relação ao afastamento do regresso contrato o causador do dano. Ademais, as regras de SUSEP não permitem quaisquer apólices e quaisquer coberturas, especialmente no que tange a contratos internacionais, o que pode restringir, em certa medida, o alcance, a eficácia e a eficiência da cláusula estudada de *mutual hold harmless*.

Seguiu-se, então, a elaboração de algumas sugestões interpretativas à aplicação da cláusula no Brasil, considerando elementos avaliados no trabalho como um todo. Em primeiro lugar, a dificuldade fática de se impor alguns riscos a algumas partes em função da realidade do setor de construção no Brasil (independentemente da perfeição da vontade das partes no momento da negociação). Apresentou-se o caso da flexibilização das regras relacionadas à alocação de risco geológico nos primeiros textos do *Silver Book* (um modelo FIDIC).

Apresentou-se, também, como argumento a necessidade de se encarar como internacionais alguns dos contratos que contém a cláusula de *knock-for-knock*, o que demandaria que fossem julgados, em caso de litígio, segundo parâmetros internacionais de contratação. Nesse ensejo comentou-se sobre a possibilidade de eleição da legislação aplicável em contendas arbitrais, por meio da celebração de cláusula compromissória.

Por fim, avaliou-se que, no Brasil, há elementos para se sustentar que a cláusula de *knock-for-knock* não seria válida para casos de danos decorrentes de dolo e mesmo culpa grave (que tem, por vezes, os efeitos de sua verificação equiparados ao do dolo). Pois tanto o princípio da boa-fé quanto os princípios morais que regem o ordenamento, não permitiriam o afastamento das consequências de atos intencionalmente destinados a danificar um bem. Há quem sustente que quaisquer danos à integridade física ou mesmo mortes não poderiam também ser amparadas pela cláusula de *knock-for-knock*, pelas mesmas razões morais expressas. Ainda que se sustente opinião diversa, no tratamento das cláusulas de não indenizar há diversos entendimentos nesse sentido. Deve-se atentar, portanto, no momento da redação contratual na celebração de um documento c, para a extensão da culpa coberta pelo dispositivo de *mutual hold harmless*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – Introdução. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do Contrato**. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Da comercialidade da empreitada de construção. **Revista dos Tribunais**, v. 79, n. 625, p. 7-13, fev. 1990.
- ANDRADE, M.M. **Knock for Knock Indemnities: Contract Practices and Enforceability Issue**. *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, 2011.
- ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. *A cláusula knock-for-knock e sua admissibilidade à luz do direito brasileiro*. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico** – Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiros. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BANDEIRA, LUIZ OTÁVIO DE VILLELA VIANA. **As cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2016.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida. **Construção civil e direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- BRUNER, Philip L. *Construction Law: the historical emergence of construction law*. **William and Mitchell Law Review**, v. 34, 2007.
- CARMO, Lie Uema. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.
- CLOUGH, Richard H.; SEARS, Glenn A.; SEARS, S. Keoki. **Construction Contracting**. 7. ed. Hoboken: Wiley & Sons, 2005.
- COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- COLLINS, Hugh. *The Law of Contracts*. *East Killbride* (Scotland): Lexis Nexis Butterworths, 4a ed., 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, v. 26, n. 386, 1967.
- _____. *Essai D'analyse Dualiste de L'obligation en Droit Prive*. Paris: Librairie Dalloz, 1964.

DAL POZZO; VALIM; AURÉLIO; FREIRE **Parcerias Público Privadas – Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de Não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

. **Da Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 2 volumes.

DAINTIH, T.; WILLOUGHBY, G. D. M. *Manual of United Kingdom Oil and Gas Law*. London: Sweet & Maxwell, 1984.

DAINTIH, T.; WILLOUGHBY, G. D. M.; HILL, Adrian. *United Kingdom Oil and Gas Law*. 3rd. ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.

MCKENDRICK, E. *Contract Law*. 8th. Edn. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2009.

_____. *Contract Law/ Text, Cases and Materials*. 3rd. edn. Oxford: Oxford University Press, 2008).

EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard J. *The design and interpretation of contracts: why complexity matters*. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, 2000.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. 325 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial). – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

FEDERAÇÃO das Indústrias de São Paulo. **Construbusiness 2015**, Relatório produzido pelo Departamento da Indústria e Construção da FIESP. Disponível em: <http://hotsite.fiesp.com.br/construbusiness/2015/docs/Caderno-Tecnico.pdf>. Acesso em: 15 fev.2018.

FLETCHER, George P. *Corrective Justice for Moderns*. **Book review: Risks and Wrongs by Jules Coleman**, *New York*, v. 106, p. 1658, 1993.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Contrato de Distribuição**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

FURST, Stephen et al. *Keating on construction contracts*. 8th. ed. London: Sweet and Maxwell, 2006.

GARDNER, D. *Basic Scheme of Knock for Knock*. *Mondaq Insurance*, 26 November 2009. Disponível em: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=83204>. Acesso em: 19 mar. 2020.

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 151 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOLDBERG, Victor. *Regulation and administered contract*. *The Bell Journal of Economics*, v. 7, n. 2, p. 2

GOMES, Orlando. **Contratos**. 16. ed. Notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Empreitada e subempreitada. In: _____. **Novas questões de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 39-52.

_____. Empreitada: responsabilidade do dono da obra. In: _____. **Novas questões de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 419-435.

_____. Interpretação de cláusula de reajustamento de preço de obra. In:

_____. **Novas questões de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 195-203.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HEWITT, T. Who is to Blame? Allocating Liability in Upstream Project Contracts. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 26, n. 187, 2008.

HART, Oliver; MOORE, John. *Incomplete contracts and renegotiation*. *Econometrica*, v. 56, n. 4, 1988.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

INTERNATIONAL Chamber of Commerce. *ICC Model Turnkey Contract for Major Projects*. **ICC Publication**, n. 659, Paris, 2007.

KING, T.; MOY, J. *Oil Field Contracts: What You See May Not Be What You Get*. **Houston Business Journal**, Houston, 3 March 2002. Disponível em:

[http://www.porterhedges.com/Page.aspx%3FAbs_Doc_ID%3D09F8BF37-04DD-464D-A3FE-](http://www.porterhedges.com/Page.aspx%3FAbs_Doc_ID%3D09F8BF37-04DD-464D-A3FE-920E460EED40+Oil+Field+Contracts:+What+You+See+May+Not+Be+What+You+Get%E2%80%99&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=uk)

[920E460EED40+Oil+Field+Contracts:+What+You+See+May+Not+Be+What+You+Get%E2%80%99&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=uk](http://www.porterhedges.com/Page.aspx%3FAbs_Doc_ID%3D09F8BF37-04DD-464D-A3FE-920E460EED40+Oil+Field+Contracts:+What+You+See+May+Not+Be+What+You+Get%E2%80%99&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=uk) accessed 22nd January 2010. Acesso em: 19 mar. 2020.

LONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, 1988.

_____. **O Novo Contrato Social**. Tradução de Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAKAROV, T. *Indemnity in the International Oil and Gas Contracts: Key Features, Drafting and Interpretation*. *University of Dundee*, 11 January 2010. Disponível em: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=CAR-12_5_757771054.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

MARCONDES, Fernando. **Temas de Direito da Construção**. São Paulo: Pini, 2015.

- MARINO, Fracisco P. C. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O Regime de Controle e Fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, 2013.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **O Subcontrato**. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano de Validade**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Teoria do Fato Jurídico – Plano de Eficácia (1ª Parte)**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENEZES CORDENIRO, Antônio. **Manual de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2007.
- MILLER, Roger; LESSARD, Donald R. *Mapping and the landscape of risks*. In: _____. (Orgs.) *The strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks and governance*. Hong Kong: MIT, 2000.
- MOOMJJAN JR. Cary A. **Contractual insurance and risk allocation in the offshore drilling industry**. IADC: Drilling Contractor. 1999.
- MONTEIRO DE BARROS, Cecília Vidigal. *PPPs in Brazil*. **The International Construction Law Review**, v. 26, parte 2, 2009, p. 181.
- MORAES, Renato José de. **Cláusula Rebus sic stantibus no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. Contrato de empreitada. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 42-49, out./dez. 1989.
- _____. **Lesão nos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- _____. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- POLKINGHORNE, Michael; ROSENBERG, Charles. *Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause*. **Business Law Review**, v. 16, n. 1, 2015. p. 49-64.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. tomo 44. Rio de Janeiro: RT, 1982.
- _____. Parecer sobre contrato de empreitada, cumprido pelos figurantes, sem relações dentro do prazo fixado no contrato e sem atendimento de outras exigências, e inexistência de cláusula *rebus sic stantibus*. In: _____. **Dez anos de pareceres**, Rio de Janeiro, v. 10, 1977, p. 192-202.

- _____. Parecer sobre não ser responsável por danos resultantes de execução do projeto. 6 dez. 1972. In: _____. **Dez anos de pareceres**, Rio de Janeiro, v. 10, 1977, p. 181-191.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Integração de contratos incompletos**. 2013. Tese (Livro Docência em Direito privado e Processo civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Lisboa: Almedina, 2009.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- _____. Contrato de *engineering*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 685, p. 29-40, 1992.
- SILVA, Leonardo Toledo. **Contrato de Aliança** – Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção. São Paulo: Almedina, 2017.
- SOYER, Baris; Tettenborn, ANDREW. **Offshore Contracts and Liabilities** (*Maritime and Transport Law Library*). 1st. ed. Informa Law from Routledge, 2014.
- STIPANOWICH, Thomas J. *Reconstructing construction law: reality and reform in a transactional system*. **Wisconsin Law Review**, v. 620, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SWEET, Justin. **Legal aspects of architecture, engineering and the construction process**. 3rd. ed. Saint Paul: West, 1986.
- TADE, J. Brock. *The Texas and Louisiana Indemnity Statutes as Applied to Oil and Gas Industry Offshore Contracts*. **Houston Law Review**, v. 665, n. 24, 1987.
- VARELA, Antunes. Contratos Mistos. In: **Estudios en honor de Castan Tobenas**, v. VI. Navarra: 1968.
- VERÇOSA, Haroldo M. D. **Contratos mercantis e teoria geral dos contratos: o Código Civil e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- WILLIAMSON, Oliver E. *Opportunism and its critics*. In: **Managerial and Decision Economics**, v. 14, 1993.
- ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada** – Risco e incerteza. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

APÊNDICE A – QUADRO DA MATRIX DE RISCOS SEGUNDO O *RED BOOK*

<i>RED BOOK</i>	
Objeto	Construção, pelo contratado, de projeto desenhado pelo dono da obra ou por engenheiro contratado para esse fim.
Direitos e obrigações do dono da obra	<ul style="list-style-type: none"> • Acesso ao sítio da obra: o dono da obra deverá garantir ao empreiteiro acesso completo ao sítio da obra, a não ser que suas condições de segurança estejam prejudicadas. • Licenças e autorizações: o dono da obra deverá auxiliar o empreiteiro na obtenção de licenças e autorizações relacionadas ao projeto, suas obras correlatas e informações sobre legislação aplicável. • Empregados: o dono da obra é responsável por assegurar que seus empregados e outros contratados cooperem com o empreiteiro no sítio da obra, possibilitando um ambiente tranquilo e seguro. • Financiamento: o dono da obra deverá comunicar ao empreiteiro (em até 28 dias após o recebimento de qualquer questionamento pelo empreiteiro) informação sobre o financiamento da obra, que impacta diretamente a remuneração do empreiteiro. • O dono da obra é responsável pelas especificações previstas no contrato com relação ao projeto, sendo o contratado apenas responsável pelo cumprimento exato dos termos pactuados.
Direitos e obrigações do Empreiteiro	<ul style="list-style-type: none"> • Obrigações gerais: (i) o empreiteiro deve realizar a obra de acordo com o contrato e as especificações de engenharia; (ii) o empreiteiro deve arcar com os custos de seu pessoal e providenciar os documentos a ele atribuídos no contrato, bem como bens necessários ao desenvolvimento de suas obrigações; (iii) o empreiteiro é responsável pela adequação, estabilidade e segurança do sítio de operações e pelos métodos de construção; (iv) ser responsável pelo projeto de trabalhos de natureza temporário e não pelo projeto fim; (v) informar o responsável pelo projeto, sempre que solicitado, dos meios usados para a execução do contrato. • Projeto final: se o contrato prever que o empreiteiro será responsável por alguma parte do projeto final, o empreiteiro deverá encaminhar os documentos dessa parte do projeto ao dono da obra e ser responsável por essa parte. Também deverá providenciar manuais de operação dessa parte ao dono da obra. • Seguro de Performance: O empreiteiro deverá fornecer um seguro de performance ao dono da obra válido até o fim das obras. O dono da obra manterá indene o empreiteiro de demandas surgidas no âmbito do seguro performance que não forem de culpa do empreiteiro. • O empreiteiro não poderá subcontratar todo o trabalho e será responsável pelos atos e falhas do subcontratado. Exceto os fornecedores de materiais previstos no contrato, os demais deverão ser contratados com autorização do dono da obra ou engenheiro responsável pelo projeto.

	<ul style="list-style-type: none">• O empreiteiro deve possibilitar o acesso do dono da obra e seus empregados ao sítio de trabalho.• Sempre que o empreiteiro tiver que receber alguma estrutura do dono da obra, deverá indicar ao engenheiro responsável pelo projeto, os documentos que justificam esse recebimento.• O empreiteiro é responsável por posicionar de maneira correta todos os elementos da obra, segundo as especificações do contrato, devendo corrigir qualquer construção ou montagem em desacordo com as especificações previstas.• O empreiteiro será responsável pelo cumprimento dos procedimentos de segurança na obra.• O empreiteiro será responsável pela criação de um sistema de verificação de cumprimento de cronograma e especificações do contrato, embora resultados positivos desse sistema não o eximam de responsabilidade.• Embora seja obrigação do dono da obra providenciar licenças e acesso ao sítio da obra, o empreiteiro será responsável por estudar as condições climáticas do local, a natureza do local da obra, as regras trabalhistas do país em que a obra será executada, os bens necessários à acomodação de pessoal e realização da obra.• O contratado terá direito aos valores determinados em caso de satisfação de suas obrigações contratuais.• O contratado poderá ter direito a reequilíbrio do contrato em caso de obstruções físicas encontradas no local. Não terá esse direito em caso de novidades climáticas.• O empreiteiro deverá arcar com todos os custos relacionados ao acesso de vias públicas necessários à execução da obra.• O empreiteiro deverá evitar a ocupação de vias públicas ou áreas do dono da obra. Deverá manter o dono da obra indene de quaisquer danos causados por sua interferência nessas áreas.• O empreiteiro será responsável pela manutenção da situação favorável de pontes e acessos ao sítio da obra, devendo repará-los sempre que ocasionar-lhes danos.• O empreiteiro deverá informar o engenheiro responsável pela obra da entrada dos materiais necessários à construção no sítio da obra.• O empreiteiro será responsável pelos equipamentos que trazer para a consecução de suas obrigações.• O empreiteiro deverá tomar todas as medidas razoáveis para evitar danos às pessoas e ao ambiente da obra.• O empreiteiro será responsável pelos custos relacionados ao fornecimento de água, energia e outros serviços que possa necessitar. Providenciará o ligamento desses serviços e realizará os pagamentos respectivos mediante aprovação do engenheiro responsável pela obra.• O empreiteiro será responsável por equipamentos do dono da obra, sempre que seus empregados forem usá-los.• O empreiteiro deverá enviar relatórios periódicos de acompanhamento da execução do contrato.• O empreiteiro deverá restringir a entrada de pessoas ao sítio da obra, mantendo limitada a empregados seus e do dono da obra.
--	--

	<ul style="list-style-type: none"> • O empreiteiro deverá limitar sua atuação ao sítio da obra. Com a conclusão de suas obrigações, deverá mantê-lo livre para vistoria. • Quaisquer itens de valor geológico ou arqueológico deverão ser mantidos pelo dono da obra e tratados com cuidado pelo empreiteiro.
Responsabilidade por atrasos	<ul style="list-style-type: none"> • O empreiteiro não será penalizado por atrasos relacionados à dificuldade de acesso ao sítio da obra. • Atrasos ocasionados por erros no projeto não ensejarão responsabilidade ao empreiteiro. • No caso de obstruções físicas imprevistas, o empreiteiro não será responsável por atrasos, mas poderá o ser caso essas obstruções sejam relacionadas ao clima da região. • O empreiteiro não será responsável por atrasos na obra caso (i) haja aumento substancial do escopo dos trabalhos, (ii) mudanças climáticas extremamente adversas, (iii) restrição ao acesso de materiais da obra causados por epidemias ou ações governamentais, (iv) atrasos causados por fato atribuído ao dono da obra. • Atrasos causados por autoridades, desde que o empreiteiro tenha tomado ações diligentes de cumprimento de prazos e medidas expedidas e, desde que esse atraso seja imprevisto, não serão atribuídos ao empreiteiro. • Para os casos em que o empreiteiro deu causa ao atraso ou assumiu sua responsabilidade, quaisquer danos decorrentes do atraso serão devidos ao dono da obra.
Risco Geológico	O contrato prevê que é responsabilidade do empreiteiro o conhecimento do clima e das condições geológicas da região. Contudo, há obstruções físicas imprevistas (poluentes, sistemas não previstos no projeto) que, dependendo da aprovação do engenheiro responsável pela obra e do dono da obra, eximir de culpa por atraso o empreiteiro e ensejar revisão contratual.
<i>Mutual hold harmless</i>	O empreiteiro deverá tomar as medidas ao seu alcance para evitar danos a terceiros e a empregados do empreiteiro. Não há a cláusula específica de <i>mutual hold harmless</i> .
Eventos de Revisão	<ul style="list-style-type: none"> • Obstruções físicas imprevistas no sítio da obra. • Alteração legislativa que impacta a tributação. • Aumento ou redução do custo dos empregados. • Aumento ou redução do valor dos materiais necessários à obra.
Hipóteses de rescisão contratual	<p>Dono da obra poderá rescindir o contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Caso o empreiteiro não mantenha o seguro performance. • Caso o empreiteiro abandone a obra ou manifeste interesse em não continuá-la. • Caso o empreiteiro, sem justificativa razoável, não cumpra com as obrigações nos prazos determinados. • Caso o empreiteiro subcontrate totalmente os serviços que lhe eram destinados. • Em caso de falência do empreiteiro, insolvência ou recebimento de ações de cobrança de grande monta. • Em caso de corrupção do empreiteiro. <p>O empreiteiro poderá rescindir o contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Caso o empreiteiro não receba, de acordo com as condições estabelecidas, informações sobre o financiamento da obra.

	<ul style="list-style-type: none">• Caso não receba o pagamento no prazo pactuado, considerado um período de atraso (posterior ao envio do relatório de conclusão de parte da obra).• Caso o dono da obra substancialmente falhe no cumprimento de suas obrigações contratuais.• Caso haja uma suspensão prolongada dos trabalhos.• Em caso de falência, insolvência ou processos de cobrança insustentáveis contra o dono da obra.
--	--

APÊNDICE B – QUADRO DA MATRIX DE RISCOS SEGUNDO O *SILVER BOOK*

<i>SILVER BOOK</i>	
Objeto	Construção, desenvolvimento do projeto de engenharia, realização de testes e entrega da obra em funcionamento pelo empreiteiro ao dono da obra (EPC/Turnkey) mediante uma remuneração fixa final.
Direitos e obrigações do dono da obra	<ul style="list-style-type: none"> • Acesso ao sítio da obra: o dono da obra deverá garantir o acesso ao sítio de trabalhos ao empreiteiro, inclusive o acesso a qualquer fundação, estrutura. Só terá direito de impedir esse acesso em caso de não recebimento do seguro performance pelo empreiteiro. • O dono da obra auxiliará o empreiteiro na obtenção de licenças e autorizações sempre que solicitado pelo empreiteiro. • O dono da obra realizará esforços para que seus empregados e colaboradores cooperem com o empreiteiro. • O dono da obra deverá enviar informações sobre o financiamento da obra ao empreiteiro no prazo estipulado, bem como avisar de quaisquer alterações em razão do financiamento. • O dono da obra poderá deduzir do valor devido ao empreiteiro reivindicações que possua em face da conduta deste. • O dono da obra poderá nomear um responsável para agir em seu nome.
Direitos e Obrigações do Empreiteiro	<ul style="list-style-type: none"> • O empreiteiro deverá realizar o projeto da obra, executá-lo e finalizá-lo de acordo com o contrato, bem como reparar qualquer defeito na obra. • O trabalho do empreiteiro incluirá quaisquer outros necessários ao atingimento da finalidade da obra. • O empreiteiro será responsável pela estabilidade, segurança e adequação das operações no sítio da obra, por todos os métodos de construção e todos os trabalhos. • O empreiteiro deverá indicar, sempre que solicitado, os métodos utilizados para a execução da obra. Nenhuma alteração significativa nesses métodos deve ser feita pelo empreiteiro, exceto se solicitado formalmente pelo dono da obra. • O empreiteiro deverá providenciar um seguro performance para obra, às suas próprias custas. Deverá garantir a validade e eficácia desse seguro até o fim das obras e a realização de reparos necessários. • O empreiteiro deverá nomear um representante com autoridade para falar em seu nome. • O empreiteiro não poderá subcontratar a totalidade da obra. Seus subcontratados deverão possuir experiência e a subcontratação será informada ao dono da obra. • O dono da obra poderá indicar subcontratados para o empreiteiro. Este não terá nenhuma responsabilidade sobre eles, caso se oponha, de maneira justificada, a essa subcontratação. • O empreiteiro deverá coordenar a participação de funcionários do dono da obra no local.

	<ul style="list-style-type: none"> • O empreiteiro deverá posicionar corretamente todos os trabalhos, sendo responsável por completar o projeto de acordo com suas especificações, devendo reposicionar o que for necessário. • O empreiteiro deverá seguir todas as regras aplicáveis sobre segurança da obra, se responsabilizar pela segurança de todos que se encontram no sítio da obra, e providenciar todas as obras necessárias à proteção do público (estradas, pontes). • O empreiteiro deverá desenvolver sistema que indique o cumprimento em etapas de suas obrigações, de acordo com o contrato. O dono da obra poderá auditar qualquer aspecto desse sistema. • O dono da obra fornecerá toda informação que possuir em relação ao sítio da obra ao empreiteiro, que, por sua vez, será responsável pela interpretação desses dados. • O empreiteiro considera suficiente o valor do contrato para o cumprimento de todas as suas obrigações. • Exceto se, de outra forma disposto no contrato, o empreiteiro deverá ser capaz de obter todas as informações sobre os riscos referentes ao seu trabalho, aceitando, com a assinatura do contrato, quaisquer situações adversas e a não variação do preço do contrato. • O empreiteiro custeará todas as ações de acesso ao sítio da obra. • O empreiteiro não deverá interferir na comodidade de terceiros e na ocupação de vias públicas. Deverá manter o dono da obra indene de quaisquer transtornos contra terceiros causados por sua atuação. • O empreiteiro é responsável pela integridade das vias que dão acesso ao sítio da obra, sua manutenção e correta sinalização. • O empreiteiro deverá informar o dono da obra da chegada de materiais ao sítio da obra e manter o dono da obra indene de quaisquer danos causados pelo transporte desses materiais. • O empreiteiro será responsável por seu maquinário. • O empreiteiro será responsável pela preservação ambiental no local da obra e fora dele (em termos de redução de poluição, por exemplo). • O empreiteiro será responsável pelo pagamento de contas de energia, água e gás na execução da obra. • O dono da obra poderá fornecer equipamentos ao empreiteiro. O dono da obra será então responsável pela integridade prévia do equipamento e o empreiteiro por sua integridade pós-operação. • O empreiteiro deverá enviar relatórios mensais do progresso da obra de acordo com o contrato. • O empreiteiro deverá manter afastado do local da obra pessoal não autorizado. • O empreiteiro deverá restringir sua atuação ao sítio da obra e quaisquer outros locais necessários à operação devem ser acordados pelo dono da obra. • Quaisquer itens de valor geológico ou arqueológico devem ser enviados ao dono da obra que será responsável por eles.
Responsabilidade por atrasos	<ul style="list-style-type: none"> • O empreiteiro não se responsabiliza por atrasos decorrentes de sua impossibilidade de acessar o sítio da obra por culpa do dono da obra. Deverá produzir todos os documentos relacionados à construção e apresentá-los.

	<ul style="list-style-type: none"> • O empreiteiro não será responsabilizado por atrasos decorrentes de fato atribuível ao dono da obra. • Caso o atraso ocorra em razão de condutas de autoridades que não possam ser esperadas e tendo o empreiteiro agido diligentemente, os atrasos não serão computados como de responsabilidade do empreiteiro. • Como regra geral, o empreiteiro será responsável por atrasos e pagará os pleitos do dono da obra decorrentes desses atrasos. • Alterações legislativas podem eximir a responsabilidade do empreiteiro por atrasos.
Risco Geológico	Os riscos geológicos serão suportados pelo empreiteiro, a não ser casos de contaminação radioativa ou catástrofes naturais (furacões, terremotos, tífões, erupções vulcânicas).
<i>Mutual hold harmless</i>	Nesse contrato, o empreiteiro é inteiramente responsável pela segurança dos indivíduos no sítio da obra e manterá indene o dono da obra e seus empregados por riscos decorrentes da obra ou do projeto. O dono da obra manterá indene o empreiteiro e seus empregados das consequências de seu próprio descumprimento contratual.
Eventos de revisão	<ul style="list-style-type: none"> • Atrasos ocasionados em razão da impossibilidade de acesso ao sítio da obra por culpa do dono da obra. • O dono da obra terá pleitos contra o empreiteiro sempre que esse não renovar ou não manter válido o seguro performance. • O preço do contrato poderá ser alterado em razão de mudanças legislativas que impactem significativamente os valores envolvidos. • O preço do contrato poderá ser alterado por variações do custo de mão de obra e materiais, na forma estipulada no contrato.
Hipóteses de rescisão contratual	<p>O dono da obra poderá rescindir o contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Caso o empreiteiro não forneça o seguro performance. • Caso o empreiteiro abandone a obra ou demonstre interesse em abandoná-la. • Caso o empreiteiro, sem causa, se recuse a realizar os trabalhos. • Caso o empreiteiro subcontrate integralmente a obra. • Caso o empreiteiro se torne insolvente ou sofra falência. • Caso o empreiteiro haja de modo corrupto. • Sempre que solicitar, realizando os pagamentos devidos, de acordo com o rito do contrato. <p>O empreiteiro poderá rescindir o contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Caso não receba, do dono da obra, comunicação a respeito do financiamento da obra, sem que haja justificativa ao não recebimento. • Caso não receba os pagamentos devidos no prazo estipulado no contrato, considerando a extensões. • Caso haja uma suspensão prolongada das obras. • Caso o dono da obra se torne insolvente ou sofra processo de falência.