

Condições *back to back* nos contratos de fornecimento a EPECISTAS

A epecista é uma empresa voltada para a realização de grandes obras. Sua principal característica é responsabilizar-se pela engenharia (*engineering*), pela compra de materiais e equipamentos (*procurement*) e pela construção (*construction*) de uma mesma obra. As iniciais das palavras *Engineering*, *Procurement* e *Construction* dão nome ao Contrato EPC.

Os contratos de compra e venda de equipamentos negociados pela área de *procurement* da epecista nada mais são do que subcontratos. Estes se verificam quando a epecista transfere a terceiros, sem se desvincular, a utilidade correspondente à sua posição contratual no Contrato EPC. Lembramos que a epecista firma o Contrato EPC com a sua cliente.

Para que a epecista subcontrate deverá constar no Contrato EPC uma cláusula específica autorizando a subcontratação, sendo que a epecista continuaria a ser a única e total responsável pelo cumprimento do objeto contratual perante sua cliente, inclusive no que diz respeito à parte subcontratada. O Contrato EPC determina que as suas cláusulas deverão estar incluídas nos subcontratos firmados com seus fornecedores.

Dentre os mais variados tipos de equipamento utilizados na construção de uma plataforma, os módulos (que são formados por um conjunto de equipamentos) são os mais caros. No caso de uma FPSO, a construção dos seguintes módulos costuma fazer parte do escopo contratual da epecista: módulo de acomodação, módulos de geração e compressão, módulos de separação e tratamento de óleo, módulo de tratamento de gás e sistema de queima (*flare*), módulo de emulsão de sulfato e injeção de água, módulo de bombeamento e transformação de óleo, *pipe rack*, entre outros.

Dependendo do escopo de trabalho efetivamente contratado pela cliente, a epecista poderá construir ela própria os módulos ou poderá subcontratar os módulos a outras empresas. As subcontratações dar-se-ão por meio da celebração de instrumentos de compra e venda de equipamentos, podendo ser cumulados com prestação de serviços de montagem. O nome jurídico poderá variar¹ conforme a cultura empresarial das partes envolvidas, mas a sua essência permanece.

Há algumas das cláusulas previstas no Contrato EPC que podem ou devem ser espelhadas (*back to back provisions*) num contrato de compra e venda de equipamentos. Há uma cláusula na qual são estabelecidas definições que esclarecem os significados de termos específicos para o contrato. Poderemos citar como exemplo de definição o termo *Delivery Date*, o qual significa a data em que a plataforma de petróleo será entregue ao cliente, em águas territoriais brasileiras, no canteiro de integração da epecista, com retorno ao cliente da custódia dos materiais/equipamentos que a cliente forneceu, bem como a transferência para a cliente da propriedade dos bens e serviços agregados pela epecista. Já no subcontrato, *Delivery Date* pode compreender datas distintas, caso o equipamento seja entregue desmontado e suas partes embarcadas em datas diferentes.

Outro exemplo de definição encontrado é o termo *Integration Yard*, o qual significa a área localizada em determinado lugar e que será utilizada pela epecista para realizar

Maurício dos Santos de Azevedo é advogado, com MBA em Direito da Economia e da Empresa na Fundação Getúlio Vargas (FGV) e *Master of Laws* na Georgetown University Law Center, em Washington (EUA), especializado em financiamento de projetos internacionais e negociações internacionais, tendo atuado nos departamentos jurídicos da Petrobras. Com dez anos de experiência neste segmento, assumiu o setor de energia da Pellon & Associados Advocacia em novembro de 2008.



¹ - Contrato de fornecimento de equipamentos, *Purchase Terms and Conditions*, etc

a integração do seu escopo contratual. Já na subcontratação o termo *Integration Yard* pode significar o local de entrega do equipamento pelo fornecedor.

Ressalte-se, porém, que a idéia de estabelecer um contrato com condições *back to back* tem por objetivo repassar aos fornecedores de equipamentos o risco que a epecista assumiu no Contrato EPC. Antes que os desavisados se espantem com a transferência de risco, encarando a mesma como uma arbitrariedade por parte da epecista, afirmamos que tais medidas se justificam. A diversificação do risco, ou sua divisão, pode melhorar a possibilidade de sucesso do projeto para a construção de uma plataforma a partir do momento que cada participante do projeto aceita riscos e tem interesse econômico no sucesso do mesmo.

Analise-se, hipoteticamente, um aspecto de uma cláusula de garantia utilizada num Contrato EPC determinado. No caso, trata-se da garantia do produto final a ser entregue pela epecista. Se a epecista garante, contratualmente, que o seu escopo de trabalho será realizado utilizando-se as melhores práticas de engenharia e fabricação utilizadas no mercado, só lhe restam duas alternativas. A primeira é a própria epecista realizar sozinha o seu escopo contratual atendendo as especificações prometidas ao seu cliente; já a segunda é firmar com terceiros um subcontrato para realizar seu escopo de serviços. Nada mais acertado do que exigir da empresa subcontratada a observância das obrigações da epecista no Contrato EPC.

Nesta hipótese, quais são os riscos que corre a epecista caso tal exigência feita no Contrato EPC não seja inserido no subcontrato? Caso ocorra uma falha estrutural num dos módulos e, se posteriormente for constatado que esta falha teve origem na utilização de práticas ultrapassadas de engenharia e fabricação, a epecista poderá ser responsabilizada pelos danos causados pela sua fornecedora.

O preço de construção de uma plataforma de petróleo pode superar a marca de um bilhão de reais, sendo que as cláusulas que prevêm a responsabilização por danos da epecista são limitadas a uma determinada porcentagem do preço. Mesmo havendo esta limitação, nada mais justo do que repassar aos seus fornecedores (de equipamentos, material, serviços, mão-de-obra, etc.) partes dos seus riscos. Não se pode deixar de considerar que alguns módulos, principalmente aqueles contratados por meio de pacotes, podem custar à epecista valores que podem alcançar mais de cinquenta milhões de dólares!

Outro exemplo de exigências que recaem sobre a epecista e que comumente são utilizadas também nos subcontratos firmados com fornecedores é a obrigação destes em fornecer uma *performance bond* no valor de 10% do preço contratual. O valor desta garantia é reduzido pela metade, e posteriormente até encerrada, quando determinados marcos previstos no Contrato EPC são atingidos. Por exemplo: a redução pela metade da *performance bond* ocorrerá quando o cliente da epecista emitir

um Certificado de Aceitação de Funcionamento;² já a *performance bond* perderá sua validade quando o prazo da garantia do equipamento fornecido pela empresa subcontratada alcançar seu termo final.

O Certificado de Aceitação de Funcionamento nada mais é do que o documento que evidencia terem a epecista e o seu cliente verificado que o funcionamento operacional de todos os sistemas da plataforma estão em total conformidade com as especificações técnicas do projeto respectivo.

Outra cláusula importante que deve constar nos subcontratos é a que dispõe sobre a lei que irá reger as obrigações e direitos das partes. A questão da lei aplicável num contrato derivado de um Contrato EPC decorre de vários fatores: lei aplicável ao Contrato EPC, nacionalidade das partes, impositivação dos controladores das contratantes, etc.

Não se vislumbra motivo para que epecistas e fornecedores brasileiros não optem pela lei brasileira para reger e interpretar seus contratos. Por terem a epecista e seus fornecedores metas a serem cumpridas em prazos muitas vezes não superiores a um ano, este tipo de contratação não recomendaria um possível recurso ao Poder Judiciário para dirimir dúvidas sobre a interpretação de suas cláusulas, principalmente se considerarmos o tempo que uma ação judicial percorre para transitar em julgado. Naturalmente as partes têm tido preferência por escolher a arbitragem como forma de dirimir possíveis conflitos decorrentes da interpretação do instrumento.

Nem todos os gestores de grandes projetos conseguem manter suas equipes sempre focadas no propósito da obra, mas aqueles que conseguem manter a regularidade alcançam as metas contratadas. Em recente projeto de EPC realizado com sucesso no Brasil foi verificado que em determinada situação de conflito, surgida com o constante atraso de um fornecedor estrangeiro, um simples distrato com a conseqüente devolução do sinal por parte do fornecedor encerrou uma situação de desconforto que poderia se transformar num litígio de grandes proporções.

Apesar de na indústria *offshore* prevalecer a confiança entre clientes e fornecedores, ao ponto de alguns profissionais que se iniciam neste segmento ficarem impressionados com o fato de que alguns contratos de grande vulto sejam formalizados somente após a transferência de um sinal por parte da epecista,³ alguns cuidados precisam ser tomados na elaboração dos contratos de compra e venda de equipamentos, de forma que os riscos do Contrato EPC possam ser mitigados.

Não podemos esquecer que, num Contrato EPC de uma plataforma de petróleo, existem também os fornecedores de serviços especializados, de material, de peças, de energia, de mão-de-obra etc. Nem todos podem assumir riscos em idênticas proporções. Mas se a epecista tomar os devidos cuidados na elaboração dos seus subcontratos e realizar um boa gestão sobre os mesmos, existe grande possibilidade de o projeto ser um sucesso. ■

2 - A denominação do documento não está prevista em nenhuma norma, sendo que nomes diferentes podem ser encontrados em diferentes contratos.

3 - A urgência na contratação decorre muitas vezes da necessidade de a epecista garantir uma vaga na seqüência de pedidos submetidos aos fornecedores. Estes, por outro lado, também precisam garantir com a devida antecedência a aquisição da matéria-prima respectiva. Muitas vezes a própria epecista adquire a matéria-prima para o construtor do equipamento específico (ex: determinados tipos de aço).