

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – MESTRADO EM DIREITO

OS CONTRATOS DE EPC: ENTRE TIPICIDADE E ATIPICIDADE

Guilherme Seibert

Porto Alegre

2017

Guilherme Seibert

OS CONTRATOS DE EPC: ENTRE TIPICIDADE E ATIPICIDADE

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

Porto Alegre

2017

OS CONTRATOS DE EPC: ENTRE TIPICIDADE E ATIPICIDADE

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva (orientador)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor

Professor

Professor

Conceito: _____

Porto Alegre, RS, 13 de março de 2017.

AGRADECIMENTOS

Aos mestres, que, personificados em familiares, amigos, colegas e professores, fizeram-se presentes ao longo desta trajetória. Agradeço-lhes por todas as lições que tive a honra e a alegria de receber. Por me ensinarem que trabalho sério e honesto forma o caráter do homem e do profissional. Por me mostrarem que, se posso desenvolver meu trabalho com tranquilidade, é porque sob meus passos está a sólida fundação daqueles que antes de mim vieram. Agradeço por me fazerem perceber que nem todos têm a sorte de caminhar sobre bases tão firmes e, portanto, a construção se faz para si, mas também para os outros. Por me demonstrarem, dia após dia, como esse fundamento que tenho é não só uma bênção, mas também uma responsabilidade. Agradeço por entenderem e me fazerem entender que construir, muitas vezes, é um processo solitário, que se faz longe de quem se ama. Por fim, agradeço por, ao término desta como de cada uma das minhas jornadas, receberem-me de braços abertos, prontos para compartilhar novas lições.

RESUMO

O presente trabalho analisa a qualificação do tipo social do contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) na ordem jurídica brasileira em face do tipo legal do contrato de empreitada. Investiga-se, portanto, a existência de identidade ou diferença entre ambos os tipos a fim de que se possa dar ao EPC a devida qualificação jurídica. Para isso, no Capítulo I, são apresentados os caracteres gerais dos contratos de construção, com foco na delimitação do espaço normativo específico ocupado pelo contrato de empreitada. No Capítulo II, apresenta-se o Contrato de EPC. São delineadas suas principais características gerais para que, em um segundo momento, possa-se aprofundar a análise a partir do emprego do método tipológico. Por fim, no Capítulo III, demonstra-se a forma como o regulamento dos contratos atípicos mistos em geral é construído para, posteriormente, analisar-se a formação do regulamento do EPC em seus principais pontos.

Palavras-chave: EPC. Empreitada. Contratos de construção. Atipicidade contratual.

ABSTRACT

The present work analyzes the qualification of the social type of the EPC Contract (Engineering, Procurement and Construction) in the Brazilian legal order in consideration with the legal type of the works and supply contract. It is therefore investigated the existence of an identity or difference between the two contractual types in order to give the EPC the appropriate legal status. For this purpose, in Chapter I the general characteristics of construction contracts are presented, focusing on the delimitation of the specific normative space occupied by the works and supply contract. In Chapter II, the EPC Contract is presented. Its main general characteristics are presented so that, in a second moment, one can deepen the analysis using the typological method. Finally, Chapter III demonstrates the way in which the regulation of mixed atypical contracts in general is constructed, so that it can be analyzed the formation of the EPC regulation in its main points.

Key-words: EPC Contract. Works and supply contract. Construction contracts. Atypical Contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO	11
1.1. O contrato de empreitada.....	11
1.1.1. Caracteres gerais	11
1.1.2. Breve evolução histórica	16
1.1.3. Contrato de empreitada ou contrato por empreitada: precisações terminológicas	20
1.2. Contratos de construção diversos da empreitada.....	30
1.2.1. Caracteres gerais	30
1.2.2. Tipos nacionais e internacionais de contratos de construção diversos da empreitada.....	36
1.3. Conclusão parcial.....	43
2. O CONTRATO DE EPC	45
2.1. Caracteres gerais	45
2.2. O método tipológico: uma análise mais próxima dos contratos	57
2.3. Aplicação do método tipológico à espécie: a qualificação do EPC em contraposição à empreitada.....	64
2.4. Traços distintivos específicos do EPC.....	77
2.5. Conclusão parcial.....	104
3. A REGULAÇÃO DO CONTRATO DE EPC	107
3.1. O modo de regulação dos contratos atípicos mistos	107
3.2. O emprego da teoria da analogia ao EPC	111
3.3. Conclusão parcial.....	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	139

INTRODUÇÃO

A construção civil tem experimentado crescimento vertiginoso nos últimos anos no Brasil e no mundo. Resultado de tal desenvolvimento é o crescimento dos litígios envolvendo o tema da construção, especialmente em âmbito arbitral. Especificamente no que toca às grandes obras, os litígios relativos à construção civil correspondem à boa parte do trabalho endereçado às Câmaras Arbitrais. No Brasil, por exemplo, entre os anos de 2010 e 2015, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) registrou 19% de seu total de casos relativos à construção civil. No centro de arbitragem da AMCHAM (Câmara Americana de Comércio), o percentual chegava a 22%¹. Ou seja, sob o aspecto prático, o tema dos contratos de construção merece especial interesse.

Dentro do tema dos contratos de construção, o contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) adquire particular relevo. É que apesar de ser um dos principais instrumentos empregados para a execução de grandes obras, não há vasta produção e análise monográfica no âmbito nacional. Por sua vez, internacionalmente, as principais obras que abordam o tema ou são produzidas por engenheiros e gestores de obras, ou se voltam a apresentar este ou aquele modelo internacional. No entanto, trata-se de exigência de segurança jurídica a definição, mediante a utilização de critérios claros e preestabelecidos, do regramento legal, ao qual se subordina determinado contrato. Nesse sentido, o emprego dos contratos de EPC no sistema brasileiro suscita problemas de grande monta em sua intersecção com o tipo legal dos contratos de empreitada. Isso porque, ao se utilizar o EPC no direito brasileiro, o aplicador encontra contrato legislado voltado à feitura de obra, fazendo com que surjam dúvidas pertinentes na solução dos litígios. Trata-se o EPC de empreitada de complexidade alargada, ou se está diante de contrato com feições diversas, a receber, portanto, tratamento jurídico diferente? As regras da empreitada constantes do Código Civil aplicam-se a estes contratos integral ou parcialmente? Em caso positivo, integral ou parcialmente? Por analogia ou diretamente?

¹ Os dados foram compilados por SELMA LEMES em pesquisa disponível em <http://selmalemes.adv.br/>, consultado em 11/03/2017 às 14h23min.

Em verdade, a importação de modelos jurídicos estrangeiros em qualquer sistema não é automática, simples, isenta de consequências. Todo modelo estrangeiro traz consigo uma estrutura que lhe é própria e, para ser importado, é arrancado do sistema onde se origina e implantado em outro. Logo, ao trazer o contrato de EPC para o direito brasileiro, o intérprete e aplicador encontra um direito vivo, onde a construção civil já era/é operada por outros meios jurídicos. Outrossim, depara-se com todo um arcabouço legal que se choca com aquele contrato que está sendo transplantado. Os possíveis resultados são, de um lado, um ingresso livre do modelo no direito pátrio, naqueles espaços de disposição dos privados; ou, de outro, o choque entre o que se está transplantando e o que já está sedimentado, provocando verdadeira incerteza quanto às regras aplicáveis.

O presente trabalho se presta a solucionar esta questão relativamente ao contrato de EPC. Para isso, apresenta-se o panorama geral dos contratos de construção no direito brasileiro com especial destaque à empreitada, nosso principal modelo contratual nesta seara, demonstram-se as características centrais do EPC para que se possa qualificar o contrato e, ao final, investigar a formação do regulamento da relação à luz do que é estabelecido pelo direito brasileiro para o assunto.

Há, contudo, um recorte metodológico que merece ser feito. De fato, o tema da construção civil, ao ingressar na ordem jurídica, tem impacto em diferentes searas. A par do Direito Contratual, há situações invariavelmente ligadas:

(I) ao direito administrativo, já que são as normas federais, estaduais e municipais, que darão requisitos técnicos sobre o que, o como e onde podem ser feitos determinados trabalhos de engenharia. Outrossim, em boa parte das obras de grande vulto (objeto do EPC), tem-se como contratante o Poder Público, regrado por normas de direito administrativo. Há, além disso, normas específicas, que regulam a responsabilidade dos engenheiros e arquitetos envolvidos com empreendimentos e que devem ser conjugadas com as demais normas aplicáveis;

(II) ao direito das coisas, já que se lida com questões vinculadas ao exercício e transferência da propriedade (ou pelo menos de alguns de seus elementos componentes), com o impacto do exercício dos direitos sobre o subsolo e o espaço aéreo, bem como relativamente a questões de direito de vizinhança;

(III) ao direito ambiental, naquilo que a obra pode ter impacto sobre o meio ambiente local, direta ou indiretamente atingido por sua execução (seja na obtenção de licenças, emissão e descarte de poluentes, etc.);

(IV) ao direito do trabalho, já que a consecução de uma obra acaba por envolver uma série de trabalhadores vinculados com cada uma de suas áreas laborais específicas, ensejadoras de riscos variáveis;

(V) ao direito tributário, dado que cada uma das etapas desde a elaboração do projeto, a contratação da obra, a compra de materiais, a contratação dos trabalhadores, eventuais operações financeiras a ela ligadas, etc., possuem impacto na seara tributária, determinando a incidência fiscal respectiva.

Todos estes temas atrelam-se à matéria da construção civil e, como regra, não serão objeto do presente trabalho. Aqui, as atenções são voltadas especificamente aos aspectos contratuais do EPC, fazendo-se algumas referências pontuais aos elementos acima referidos somente quando imprescindíveis.

Como antecipado, o trabalho divide-se em três capítulos. O Capítulo I é destinado exatamente a apresentar os contratos de construção, iniciando pelo principal deles na ordem jurídica brasileira, qual seja o contrato de empreitada (Subcapítulo 1.1). São apresentados seus principais caracteres e traçada uma breve evolução histórica para que, ao final, possa-se precisar o conceito de contrato de empreitada mais adequado ao direito brasileiro (pacificando silente debate travado na doutrina). Ainda nesta seção, diferencia-se a empreitada dos demais contratos similares em nossa ordem jurídica, segundo os critérios antes estabelecidos. No Subcapítulo 1.2, por sua vez, apontam-se os principais caracteres capazes de unificar o gênero dos contratos de construção. Parte-se deste pressuposto para que, em seguida, seja possível apresentar outros contratos de construção diversos da empreitada, seja aqueles consagrados em direito nacional, seja aqueles outros, objeto de contratos-padrão construídos pelas principais organizações internacionais.

O Capítulo II é destinado exatamente ao EPC, contrato de construção objeto de análise específica. Assim, no Subcapítulo 2.1 são trazidos seus principais caracteres, dentro do mesmo formato adotado no Capítulo I do trabalho para apresentação dos outros contratos de construção. No entanto, para que se possa distinguir de forma mais

eficiente o EPC dos demais contratos de construção, no Subcapítulo 2.2, introduz-se ferramenta jurídica de grande pertinência ao trabalho desenvolvido, qual seja o método tipológico. A partir deste método é que, no Subcapítulo 2.3, efetua-se a comparação entre o tipo legal da empreitada e o tipo social do EPC, utilizando-se os índices de comparação apresentados por PAIS DE VASCONCELOS. Em prosseguimento, no Subcapítulo 2.4, demonstram-se, ainda, características adicionais que, embora não componham os índices gerais do método tipológico anteriormente exposto, qualificam o EPC por sua presença frequente nos contratos celebrados.

Por fim, o Capítulo III volta-se à construção do regulamento do EPC a partir da qualificação feita no Capítulo anterior. Para tanto, no Subcapítulo 3.1, apresentam-se os modos de regulação dos contratos atípicos mistos em geral. A partir da apresentação destes métodos (ou teorias), pode-se aplicar a teoria da aplicação analógica (ou teoria da analogia) ao EPC no Subcapítulo 3.2 para a construção do seu regulamento, ao menos nos pontos centrais e que configuram a própria estrutura do contrato.

Desse modo, ao final, traçam-se as considerações centrais do trabalho, a fim de que sejam aclaradas as questões acima elencadas. Isto é, após a apresentação dos contratos de construção (com foco na empreitada), do EPC (e de sua qualificação) e da demonstração da forma de construção do regulamento deste contrato, busca-se apanhar os principais elementos trazidos a fim de viabilizar uma aplicação mais segura e eficiente do tipo contratual em análise.

1. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

1.1. O contrato de empreitada

1.1.1. Caracteres gerais

No direito brasileiro, o tipo contratual legislado e, por conseguinte, classicamente utilizado para a construção civil é o contrato de empreitada. A empreitada é tradicionalmente definida como aquele contrato em que uma parte se compromete a realizar para outra determinada obra, sem subordinação, mediante remuneração². Seu principal regramento legal encontra-se disposto nos artigos 610 a 626 do Código Civil de 2002, que, sem o definir, trazem o tratamento legal típico do contrato. Por sua vez, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) regrou a empreitada a partir da relação entre a encomenda da obra e a forma de pagamento, trazendo a possibilidade de a Administração Pública contratar por "preço global" ("quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total", art. 6º, inc. VIII, alínea 'a'), por "preço unitário" ("quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas", art. 6º, inc. VIII, alínea 'b') e ainda por 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", art. 6º, inc. VIII, alínea 'a')³. É, assim, contrato bilateral, consensual, oneroso e comutativo. Bilateral, pois, de um lado, uma das partes vincula-se a prestar a obra, enquanto a outra obriga-se a remunerar⁴; consensual, porque se considera formado

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984, Tomo XLIV, § 4.844, p. 376. No mesmo sentido WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro, vol. II*. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 461; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³ As principais características do EPC e da modalidade *turnkey* ainda serão apresentadas no Capítulo II do presente trabalho. É oportuno, todavia, antecipar que a inserção da empreitada integral na Lei de Licitações mostra forte tendência à recepção dos modelos internacionais da estirpe, a ponto de HELY LOPES MEIRELLES afirmar ser a empreitada integral o contrato *turn key* do direito inglês (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (*et al.*). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 268).

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, tomo XLIV, p. 382.

e perfeito pelo puro consentimento⁵; oneroso, exatamente por pressupor remuneração pelo serviço prestado⁶; e comutativo por conta dos limites definidos das prestações devidas de parte a parte (o empreiteiro deve a obra tal qual contratada, não bastando o risco assumido no entretanto entre sua pactuação e seu adimplemento para desfigurar a natureza comutativa)⁷. Na classificação dos contratos, é definido ainda como contrato de execução continuada, uma vez que "[d]emanda logicamente um certo espaço de tempo para o seu término"⁸. Há, por outro lado, quem defenda haver na empreitada contrato de execução diferida⁹.

No aspecto subjetivo, tem-se de um lado o empreiteiro, parte que presumidamente detém a *expertise* técnica para execução dos trabalhos e, de outro, o dono da obra (ou comitente ou ainda empreitante). Com efeito, o regramento do contrato de empreitada presume em toda a sua estrutura uma assimetria no plano técnico. Mesmo que se esteja diante de contrato paritário (e não de consumo), o empreiteiro é presumidamente quem detém a *expertise* do negócio de confecção da obra para o qual foi contratado¹⁰. Seja o alfaiate, seja o construtor, seja o programador de *software*, quando contratados para fazer a obra, o são exatamente por esta experiência técnica. A lei civil não traz requisitos específicos para qualquer das partes, além da capacidade negocial, requisito de validade de todo negócio jurídico (art. 160, inc. I do Código Civil)¹¹.

Sob o ponto de vista objetivo, o empreiteiro deve a execução da obra com ou sem o fornecimento de materiais (art. 610 do Código Civil). Por sua vez, ao dono da obra cumpre o pagamento do preço e a aceitação dos trabalhos tão logo sejam concluídos de acordo com o ajuste feito ou os costumes do lugar de sua celebração (art. 615 do Código Civil). No que toca ao preço, a contraprestação da empreitada pode ser

⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 193.

⁶ *Idem, ibidem*, p. 192.

⁷ Nesse sentido, diante da polêmica acerca da possibilidade de se tratar a empreitada como contrato aleatório, já PONTES DE MIRANDA e SERPA LOPES, escrevendo sob a égide do Código Civil de 1916, identificavam a natureza comutativa do contrato. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984, tomo XLIV, p. 375; e SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 192-193.

⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 194.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Empreitada - Cláusula de revisão do preço - reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda. *In: Doutrinas essenciais obrigações e contratos*, vol. 6. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 47.

¹⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 208.

¹¹ Especificamente sobre a necessidade de profissional legalmente habilitado a construir no escopo dos contratos de construção civil, remete-se ao subcapítulo 1.2.1, em que o ponto é debatido.

estabelecida de diversas formas. Ainda que o mais comum seja a contratação por preço global (em que o valor é fixado para a integralidade do trabalho), o pagamento pode ser unitário (por partes da obra ou blocos diferentes dos trabalhos) ou até por preço máximo (em que é pago um percentual sobre os preços unitários com um limite previamente estabelecido). Seja na modalidade de preço global ou naquela de preço unitário, é comum que o pagamento se dê em parcelas. Na modalidade de preço global, pode ocorrer de acordo com a conclusão de determinadas etapas da obra (por exemplo, na fundação, telhado, etc.)¹², em valores mensais predeterminados ou mesmo de acordo com medições periódicas (paga-se um valor de acordo com o percentual concluído, conforme estabelece o art. 614 do Código Civil)¹³. Por sua vez, na modalidade por preço unitário, paga-se de acordo com a unidade previamente determinada, por exemplo por metros quadrados de ladrilhos colocados ou de concreto construído¹⁴.

Por se tratar de contrato em que há presumidamente assimetria técnica entre o contratante e o contratado (pelos motivos a seguir expostos), o reajuste do preço é matéria regrada pelo Código Civil com o estabelecimento de regras voltadas à proteção do dono da obra. O art. 619 do Código Civil determina que, a menos que as partes disponham de maneira diversa, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Como exceção à necessidade de orientações escritas, o parágrafo único do referido artigo estabelece que o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou. Há uma segunda regra imbuída desta mesma *ratio* de assimetria no plano técnico, constante da disposição do art. 620 do Código Civil. Trata-se do direito de o dono da obra postular pela redução do preço caso ocorra diminuição no preço da mão-de-obra ou materiais superior a dez por cento. Ou seja, de um lado, ao empreiteiro é negada a majoração de seu pagamento quando os preços

¹² VIANA, Marco Aurélio S. *O contrato de construção e responsabilidade civil (teoria e prática)*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 10.

¹³ Art. 614. Se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada.

§ 1º Tudo o que se pagou presume-se verificado.

§ 2º O que se mediu presume-se verificado se, em trinta dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização.

¹⁴ VIANA, Marco Aurélio S. *Op. cit.*, p. 10.

umentam, enquanto, de outro, é facultado expressamente ao dono da obra o pedido de reajuste.

A lógica que perpassa os três dispositivos é aquela que já constava do artigo 1.246 do Código Civil de 1916¹⁵, sobre o qual dizia SERPA LOPES tratar-se de forma de "evitar uma surpresa ao dono da obra encomendada, e assegurá-lo contra qualquer ato de má-fé por parte do construtor, visando, não à perfeição do trabalho, senão lucrar à custa da inexperiência do comitente"¹⁶. Na mesma linha, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirma que "[o] que o princípio do Código Civil consagra é a regra velha, vinda de nosso direito anterior, que presumia os arquitetos e construtores mestres conhecedores de seu ofício, razão por que não lhes era lícito invocar o benefício da rescisão por lesão ("Ordenações", Livro IV, Tít. 13, § 8º, Carlos de Carvalho, "Consolidação", art. 1.236), nem se admitia que alterassem as condições com base em falta de previsão"¹⁷. Ou seja, a fim de barrar qualquer pretensão predatória por parte do empreiteiro, restringiram-se as possibilidades de alteração do contrato a partir do estabelecimento de parâmetros mais cerrados ao *pacta sunt servanda* como regra geral para o contrato de obra: acertado determinado preço de um lado (seja ele pela integralidade da obra, seja por cada uma das partes que o compõe), e, de outro, uma obra a ser feita segundo instruções mais ou menos precisas, estes são inalteráveis. Mesmo a referência à possibilidade de modificação quando de instrução escrita do dono da obra em nada altera a regra: o pacto permanece hígido até que a vontade das partes venha a alterá-lo. Também a regra criada no Código Civil de 2002 a título de exceção no parágrafo único do artigo 619 não muda em nada o panorama traçado ao abrir a possibilidade de revisão do preço na ausência de autorização escrita do dono da obra quando este, presente à obra, não pudesse ignorar as modificações feitas. Trata-se

¹⁵ Dizia o referido artigo: Art. 1.246. O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que o dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se argumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

¹⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 208.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Empreitada - Cláusula de revisão do preço - reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda. In: *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*, vol. 6. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 46.

simplesmente de assentimento tácito às modificações feitas à pactuação originalmente estipulada¹⁸.

A rigidez das regras do Código Civil fez com que surgisse a discussão acerca da possibilidade de aplicação do reajuste de preços mesmo em situações excepcionais, características de onerosidade excessiva. No presente momento, cumpre apenas mencionar que, atualmente, a doutrina parece ser assente em acolher a possibilidade de aplicação do direito de resolução por excessiva onerosidade superveniente no âmbito dos contratos de empreitada¹⁹. A fundamentação, entretanto, é a mais variada. Dentre os fundamentos elencados pela doutrina, merece destaque aquele que considera que as regras que transferem o ônus de previsão ao empreiteiro por conta de sua *expertise* na seara do negócio celebrado não são fundamento suficiente para transformar a sua prestação em aleatória (e, por conseguinte, vedar a aplicação da teoria da excessiva onerosidade superveniente). O contrato de empreitada é contrato comutativo e, nesse sentido, ainda que a carga de previsão por parte do empreiteiro seja maior, a possibilidade de que eventos imprevisíveis e extraordinários venham a tornar a sua prestação excessivamente onerosa permanece. O fundamento da regra legal é impedir que qualquer alteração nos preços dos materiais e da mão de obra viesse a impactar sobre o preço da obra, todavia isso não significaria que a álea jurídica assumida pelo empreiteiro fosse ilimitada²⁰. A regra prevista pelo atual art. 619, assim, seria meramente expletiva daquilo que para os demais contratos já se encontrava implícito.

Apresentadas as principais características da empreitada (conceito tradicional, partes, objeto da prestação e contraprestação), todavia, há que se realizar incursão mais profunda em seus verdadeiros contornos. Para que se possa compreender efetivamente o que configura a empreitada e, assim, apartar dela os demais contratos de construção (e em especial, o EPC, objeto do Capítulo II do presente trabalho), há que se analisar brevemente a evolução histórica do conceito a fim de perceber que nosso Código Civil

¹⁸ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 330; LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao código civil: parte especial - das várias espécies de contratos, vol. 7 (arts. 565 a 562)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 303.

¹⁹ É o caso, por exemplo, de FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171-173; ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Op. cit.*, p. 331-332 e LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 308.

²⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 213.

se diferencia de outros de mesma tradição (como o italiano e o alemão) na configuração das relações reconduzíveis ao tipo legal em análise.

1.1.2. Breve evolução histórica

A origem histórica do tipo contratual, como se verá brevemente, dá ensejo a diversas controvérsias (ainda que veladas na doutrina nacional) na definição do espaço normativo que lhe é específico. A operação jurídica que hoje entendemos como empreitada encontra raízes no direito romano dentro do amplíssimo escopo da *locatio conductio*. Este contrato, desde o início da época clássica e pelo menos até a metade do século I antes de Cristo, era compreendido como aquele pelo qual um sujeito (*locator*) se obrigava a colocar temporariamente à disposição de outro (*conductor*), um bem ou a si mesmo (sua força de trabalho)²¹. Dentro deste largo âmbito, os juriconsultos do direito comum traçaram três grandes grupos de contratos aptos a reunir operações similares, formulando a tripartição, que futuramente passaria a integrar diversos dos códigos ocidentais, qual seja: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* e *locatio conductio operis*. Ou seja, locava-se uma coisa (*locatio rei*), um operário²² (pela sua força de trabalho - *locatio operarum*) ou determinada obra (*locatio operis*). Assim define o ministro MOREIRA ALVES, a *locatio operis*, que daria origem à empreitada futuramente:

Na *locatio conductio operis*, o *locator* entrega ao *conductor* uma coisa (ou coisas) para que sirva de objeto do trabalho que este se obrigou a realizar para aquele - assim, por exemplo, a lavagem, pelo *conductor*, da roupa do *locator*, ou a construção de casa para este, com os materiais por ele fornecidos ao *conductor*.²³

²¹ PUGLIESE, Giovanni. *Locatio-conductio*. In: *Derecho romano de obligaciones*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 597.

²² Aliás, neste ponto é interessante assinalar que durante muito tempo a *locatio operarum* foi vista como subespécie da *locatio rei*. Assim, a locação de um trabalhador livre (*operarum*) era muito similar à locação de um escravo, visto como coisa ao direito romano. PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*, 606.

²³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 539.

Por conta desta definição é que no direito romano não existia a empreitada com fornecimentos de materiais pelo empreiteiro²⁴. Em termos vulgares, pode-se dizer que o empreiteiro obrigava-se a fazer algo com a coisa dada a si pelo comitente, ou seja, deveria cumprir uma determinada operação com a *res locata* pelo *conductor*²⁵. Era objeto da *locatio operis* portanto uma larga gama de atividades distintas entre si como o transporte marítimo de bens (A entrega para B o bem para que ele o transporte), a lavagem de roupas do *conductor*, a construção de determinada edificação e a fabricação de colares e anéis a partir da prata fornecida pelo comitente. Conforme explica GIOVANNI PUGLIESE, a tripartição narrada não se encontra em nenhum texto romano, nem clássico, nem sucessivo²⁶. Apesar de trazer a vantagem pela simplificação de gênero complexo, a classificação tripartite das grandes linhas englobadas pela *locatio conductio* representa ela mesma agrupamento artificial de atividades diversas entre si, como se via principalmente na *locatio operis*²⁷, que deu origem ao contrato de empreitada. Apesar do trabalho doutrinário e jurisprudencial ao longo dos séculos, este conceito amplo de *locatio operis* ingressou em larga medida nos direitos nacionais (e, em especial, no brasileiro). Interessa perceber como, a despeito da larga alteração fática ocorrida ao longo dos séculos, a doutrina manteve-se arraigada ao agrupamento artificialmente construído sobre o direito romano.

Nesse sentido, o Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS traz interessante perspectiva sobre o contrato ora sob análise. Em seu décimo primeiro capítulo, inserido dentro do título relativo às obrigações derivadas dos contratos, encontrava-se tratada a locação de serviços como gênero. O artigo 2.692, que inaugura o referido capítulo, refere que "haverá locação de serviços quando uma das partes se tiver obrigado a prestar um serviço, e a outra parte a pagar-lhe por esse serviço um preço em dinheiro"²⁸. Vê-se, desde logo, que apartada a locação de coisas (*locatio rei*), a locação de serviços continuava regulada em bloco genérico, englobando, nas palavras do artigo 2.696, toda

²⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 539.

²⁵ PUGLIESE, Giovanni. *Locatio-conductio*. In: *Derecho romano de obligaciones*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 607.

²⁶ Vide no original: "La tripartizione in *locatio rei, operis, operarum* non è enunciata in nessun testo giuridico romano, nè classico, nè successivo; in realtà essa risale ad autorie del diritto comune divenne poi un dato costante della tradizione romanistica, tanto da finir con l'apparire desunto direttamente dalle fonti romane." PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*, 601. Na doutrina nacional, aponta em mesmo sentido MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 535.

²⁷ PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*, 602.

²⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1983, p. 440.

a espécie de serviço ou trabalho possível, lícito e moral, seja material, imaterial, mecânico ou liberal²⁹. Este capítulo encontrava-se dividido em dois parágrafos: o parágrafo primeiro tratava da locação de serviços materiais, enquanto o segundo, da locação de serviços imateriais. Dentro dos serviços materiais que poderiam ser locados, por sua vez, a divisão trazia sete seções, quais sejam: (I) dos criados de servir; (II) dos trabalhadores; (III) dos empreiteiros; (IV) dos empreiteiros construtores; (V) dos agentes de transportes; (VI) dos fornecedores; e (VIII) dos editores e subscritores. Veja-se que, dentro da estruturação do grande jurista, a empreitada encontra-se como subespécie de serviço material dentro do grande capítulo da locação de serviços. Em outras palavras, para TEIXEIRA DE FREITAS a empreitada era, *lato sensu*, prestação de serviços, pela qual empresários, mestres de ofício ou trabalhadores se encarregavam de mandar fazer alguma obra ou serviço mediante preço correspondente ao seu valor (artigo 2.744). Já neste texto legal encontrava-se a possibilidade de contratação tanto de empreitada de labor como de empreitada com o fornecimento de materiais (artigo 2.745), afastando-se nesse tocante do conceito romano anteriormente referido. Como se sabe, o Esboço não veio a se tornar lei vigente em nosso país, servindo ao presente exame, todavia, pelo menos como trabalho doutrinário central de uma época apto a demonstrar os contornos da empreitada no direito pátrio³⁰.

O Código Beviláqua de 1916 tratou a matéria de forma muito similar, mantendo-se ainda bastante próximo à antiga *locatio conductio*³¹. No capítulo IV, versou da locação como gênero e, dentro desta, reproduziu a subdivisão da *locatio conductio* tratando em três seções da locação de coisas, da locação de serviços e da empreitada. Em seus comentários ao Código então aprovado, conceituava o autor do projeto: "Empreitada é a locação de serviço, em que o locador se obriga a fazer ou mandar fazer

²⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1983, p. 441.

³⁰ A imagem da concha do marisco abandonada na beira da praia, resgatada por JUDITH MARTINS-COSTA quando do estudo das relações entre Direito e Literatura, ajuda a compreender o valor do exame que ora timidamente se busca fazer. Desse modo, embora o animal, assim como o significado de empreitada dado pereça, a concha (o significante) permanece e com ela, "[t]raços do antigo morador, todavia, permanecem escondidos em suas volutas, incrustados e disfarçados em sua madrepérola, pontuando sutilmente nossas representações". MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o *nomos*: (ou os nexos entre narrar e normatizar). In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. 11.

³¹ É por bem referir ainda, que o Código Comercial de 1850 já fazia referência ao contrato de empreitada como espécie da locação de serviços em seus artigos 231 a 240, conectando o âmbito deste à produção de obra.

certa obra, mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado"³². Na linha apontada pelo Esboço, o objeto do contrato de empreitada não é mais qualquer resultado decorrente do trabalho, mas a obra, resultado qualificado. Complementando o conceito delineado, o autor do Projeto do Código Civil de 1916 reforçava: “O que caracteriza a empreitada é o seu fim, que consiste na produção de obra material ou certa porção dela; seja, por exemplo, a construção de um edifício, seja o preparo dos móveis com que lhe guarnecer uma das salas”³³. Reitere-se: o que caracteriza a empreitada não é a contratação de resultado a partir do trabalho, mas o resultado específico de produção de obra material ou parte dela.

Com o Código Civil de 2002, entretanto, é que se operou cisão definitiva das distintas atividades antes englobadas pela *locatio conductio*. Esta separação encontra-se de pronto já na topologia do regramento dado ao tema. Dentro do título VI, que trata das várias espécies de contratos, tem-se em capítulos absolutamente distintos, a locação de coisas, a prestação de serviços e a empreitada. Excluiu-se, portanto, aquele gênero da locação que, artificialmente, reunia relações absolutamente separadas na prática negocial contemporânea, para aproximar os contratos de seus efetivos congêneres. Restaram lado a lado a prestação de serviços e a empreitada, estes sim deveras semelhantes. Ou seja, o agrupamento dos comentadores do direito romano deixou de existir no direito brasileiro contemporâneo, não fazendo mais sentido equiparar a empreitada à *locatio operis* sem o emprego dos devidos filtros.

Não obstante, em que pese a evolução legislativa tenha caminhado no sentido da cisão da *locatio conductio*, boa parte da doutrina do século XX (bem como aquela do século XXI) permaneceu repetindo os conceitos firmados anteriormente, aproximando figuras que, como se viu, apenas artificialmente haviam sido agrupadas pelos comentadores do direito romano. Nesse sentido, de um lado há consenso na doutrina em entender que, no contrato de empreitada, “a prestação de serviços não é devida como prestação de serviços, mas pelo resultado”³⁴. A questão é que o consenso doutrinário é somente aparente. A silenciosa cisão que se firmou, diz respeito a se saber qual resultado é este devido pelo contrato de empreitada. Isto é, a empreitada engloba a

³² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 343.

³³ *Idem, ibidem*, p. 344.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984, tomo XLIV, p. 375.

contratação de qualquer resultado obtido através do trabalho ou apenas aquele consistente na criação, modificação ou extinção de determinado bem (obra), material ou imaterial? Trata-se de questionamento importante a fim de que se possa compreender os reais limites do regramento típico da empreitada.

1.1.3. Contrato de empreitada ou contrato por empreitada: precisões terminológicas

Como se viu, tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 não deram definição expressa ao contrato. Em sentido diverso do nosso ordenamento, o Código Civil alemão (BGB) dispôs expressamente que o objeto do contrato de empreitada (ou obra - *Werkvertrag*) pode ser tanto o fornecimento ou a modificação de uma coisa como também outro resultado (*Erfolg*) obtível a partir do trabalho ou da prestação de serviços³⁵. O Código Civil italiano, por sua vez, também definiu expressamente o contrato de *appalto* como aquele pelo qual uma parte assume, com a organização dos meios necessários e com a gestão do próprio risco, o cumprimento de uma obra ou de um serviço a partir de contraprestação em dinheiro (artigo 1.655)³⁶. Há aí um caráter dúplice na empreitada alemã e italiana: o empreiteiro fornece (I) ou a obra ou (II) outro resultado do trabalho. De forma mais resumida, pode-se mesmo dizer que a empreitada é a prestação de serviços contratada pelo resultado. É o que refere FERREIRA DE ALMEIDA ao afirmar que, "[e]m vários direitos, a lei ou a doutrina distinguem o (simples) serviço e a obra consoante a prestação tenha como objeto a atividade em si mesma ou o seu resultado."³⁷ Mantiveram-se, tanto o direito alemão quanto o direito italiano, vinculados ao conceito de contrato com obrigação de resultado a partir do serviço apresentado.

³⁵ No original, dispõe o § 631 (2): "Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein."

³⁶ No original: "Art. 1.655 Nozione. L'appalto (2222 e seguenti) è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro."

³⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 156.

Explorando este conceito, KARL LARENZ já reconhecia ser o âmbito de aplicação das regras do contrato de empreitada bastante amplo, visto que a regulação do instrumento não se limitava à criação ou modificação de bens corpóreos ou incorpóreos, mas se conectava a algo tão fugidio como o resultado (*Erfolg*), como acontece nos casos do transporte de pessoas ou coisas até um lugar, da execução de obra teatral ou musical, do contrato com médico para realização de cirurgia estética, etc³⁸. Mesmo sem a definição dada pelo § 631 do BGB, que conceitua o objeto da empreitada no direito alemão, PONTES DE MIRANDA identificava a mesma dificuldade entre nós³⁹, dando como exemplos da larguíssima gama de casos reguláveis pelas disposições da empreitada, desde o contrato de construção de determinada casa até a hipótese do “grupo que promete apresentar a peça de teatro, ou dar o concerto, ou fazer exibição ginástica”⁴⁰. Aliás, contrariando a definição dada por BEVILÁQUA, dispunha PONTES DE MIRANDA:

A obra pode consistir em criar o bem que se quer, ou em destruí-lo, ou em modificá-lo. [...] A prestação de serviços não é devida como prestação de serviços, mas pelo resultado. Os serviços, na empreitada, apenas são meios para se obter aquilo que se prometeu. De modo que o que se prometeu e se deve é o resultado, e não os serviços.⁴¹

A fim de explicitar o conceito amplo que expõe, PONTES DE MIRANDA passa a trazer exemplos que traduzem essa dupla caracterização, que em muito assemelham-se àqueles da *locatio operis*. Assim, no que contribui à divergência ora apontada, anota o autor que o chofer que é contratado para levar pessoa até determinado local, celebra contrato de empreitada e não prestação de serviços. O motorista seria contratado pelo resultado e não pelo serviço como tal⁴². Nesse mesmo sentido, o cirurgião que é contratado para fazer operação seria considerado empreiteiro⁴³, ao contrário do médico procurado por pessoa enferma para ser tratado, que não promete a cura, mas apenas o

³⁸ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Band 2, Halbband 1, Besonderer Teil. München: Beck, 1986, p. 344.

³⁹ “É amplíssimo o âmbito de suportes fáticos sobre os quais incidem as regras jurídicas da empreitada.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984., tomo XLIV, p. 383.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 383.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 375.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 383.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 388-389.

melhor emprego da técnica que firmaria contrato de prestação de serviços⁴⁴. Aqui, portanto, a empreitada é a prestação de serviços em que se contrata obrigação de resultado. Cabe apontar que a posição do referido autor não é isolada, mas, pelo contrário, é endossada por outros autores de renome como ORLANDO GOMES e SERPA LOPES. Apenas a título ilustrativo, segundo aquele "[n]a empreitada uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo"⁴⁵. Da mesma forma, também parte da doutrina civilista recente segue a definição dada por PONTES DE MIRANDA, afirmando, por exemplo, que "[s]e o contratante se vinculou a plantar, derrubar mata, colher frutos de safra, remover terras, é de empreitada que se cuida e não de prestação de serviços"⁴⁶. Nesta linha doutrinária, o foco não é dado à obra, mas à empreitada como esforço destinado a uma finalidade. Isto é, o contrato seria celebrado *por* empreitada, como se modalidade de prestação de serviços fosse.

Ao que tudo indica, no entanto, a empreitada atualmente regulada pelo Código Civil não é a *locatio operis*, que artificialmente reunia o contrato de obra e as demais finalidades obteníveis pelo trabalho (para se usar as expressões alemãs), como querem os autores citados. Analisando-se pontualmente a evolução legislativa e doutrinária no Brasil, percebe-se que se tem a empreitada como contrato *de* empreitada (contrato de obra) e não como *locatio operis* (ou *por* empreitada). Ambos os nossos Códigos Civis inauguram o regramento da empreitada com as seguintes disposições praticamente idênticas:

Art. 1.237. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela ou só com seu trabalho, ou com ele e os materiais. (Código Civil de 1916)

Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. (Código Civil de 2002)

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1972, tomo XLVII, p. 11.

⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

⁴⁶ LOBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368. A par de PAULO LOBO e além da versão atualizada da obra de ORLANDO GOMES, antes referida, seguem no mesmo sentido, exemplificativamente: ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2010, p. 635-636, USTARRÓZ, Daniel. *Contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 151; WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro, vol. II*. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 461-462.

Veja-se, aqui, que o empreiteiro é empreiteiro de uma obra, como quis BEVILÁQUA no conceito anteriormente traçado e não o empreiteiro de um resultado qualquer. Nesse sentido, a definição acima trazida, torna-se mesmo contrária ao regramento legal. A empreitada não obriga o empreiteiro a realizar ou obra ou serviço, mas, nos termos da lei, o empreiteiro de uma obra realiza ela (a obra) através de seus serviços (fornecendo ou não materiais). Para tentar sanar esse vício, PONTES DE MIRANDA busca integrar ao conceito de obra os demais resultados a que se obrigaria o empreiteiro, *verbis*:

O conteúdo do contrato [de prestação de serviços] é a atividade como tal, dirigida a determinado resultado. Daí distinguir-se da empreitada, em que o prestador da atividade se vincula a prestar determinado resultado. Mesmo se o locador de serviços ou o trabalhador, que tem a incumbência de determinada obra, não loca o resultado, a obra; loca a atividade, que se destina ao resultado, à obra.⁴⁷

Esse tratamento, contudo, parece fundir os conceitos de obra (*Werk*) e um outro resultado obtenível pelo trabalho (*ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg*), tão bem separados dentro do § 631 do BGB e no art. 1.655 do *Codice Civile*. Lá, o serviço com obrigação de resultado integra o contrato de empreitada ao lado do contrato de obra por força de lei. É a lei que estende o âmbito do contrato para englobar o contrato *de* empreitada (obra) e o contrato *por* empreitada (prestação de serviços contratada pela finalidade). Aqui, ao que tudo indica, não⁴⁸. Aliás, todos os artigos que tratam da empreitada no atual Código Civil brasileiro regulam, de alguma forma, as vicissitudes envolvidas na feitura de uma obra e não na produção de resultado qualquer. Isto é, tratam da divisão de riscos entre as partes na execução da obra (arts. 611, 612 e 613 do Código Civil), da execução da obra por partes ou por medida (art. 614, CC/2002), dos deveres do comitente (art. 615 e 616, CC/2002) e do empreiteiro (art. 617, CC/2002), da responsabilidade do empreiteiro pela solidez e segurança da obra (art. 618, CC/2002), etc. Todos os dispositivos legais (pelo menos aqueles constantes do Código Civil) atinem ao contrato de obra. Não há espaço no tipo

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1972, Tomo XLVII, § 5.038, p. 9.

⁴⁸ Segundo FERREIRA DE ALMEIDA, o mesmo se dá em Portugal onde a redação legal sugere a impossibilidade de contrato de empreitada como mero serviço devido pelo resultado. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 156.

legal para a resolução de controvérsia entre o cirurgião e o paciente ou entre o jardineiro e seu contratante, como quis PONTES DE MIRANDA. Estes são prestadores de serviço regrados pelas disposições constantes do artigo 593 e seguintes do Código Civil. Tanto é que outras obrigações de resultado que antigamente integravam o conceito de empreitada (obrigações *por* empreitada), como o contrato de transporte, receberam regramento específico.

A definição do espaço típico da empreitada mediante sua diferenciação para com a prestação de serviços (seu congêneres mais próximo) fica ainda mais clara a partir da análise das modalidades de obrigações recobertas pelo contrato. Sob esse aspecto, o contrato de empreitada tem como escopo a realização de uma obrigação de fazer que culmina em uma obrigação de dar, a ela anexa e dependente. Isto é, ao fazer da obra conecta-se a obrigação de entregar a obra (o bem) depois de concluída⁴⁹. Os serviços que são prestados, portanto, visam a um resultado qualificado, qual seja a obra, que será entregue ao final⁵⁰. O importante é que estejam ambas as obrigações presentes e conectadas. Como bem explicitou neste ponto SERPA LOPES, "[é] este trabalho que surge no antepiano de modo que mesmo quando o empreiteiro fornece o material, o contrato de empreitada continua qualificado como tal, abrangendo, em princípio, duas obrigações: a de fazer, lavrando a coisa, e, como consectário lógico dessa primeira, a de entregá-la ao dono da coisa. Esta entrega não está vinculada à obrigação de dar, senão à de fazer, como um meio para o seu cumprimento"⁵¹. O chofer que leva a pessoa do ponto A ao ponto B, executa obrigação de fazer, mas não há criação, modificação ou destruição seguida de entrega ao final do resultado de seu serviço, não há obra, mas somente obrigação de resultado; há apenas um outro resultado obtível a partir do trabalho ou do serviço do BGB, mas não a criação, modificação ou extinção de bem que caracteriza a obra no direito brasileiro. Neste caso, o contrato permanece como prestação de serviços, não se desvirtuando para empreitada.

Assim, o conceito de contrato de empreitada adotado no presente trabalho é aquele delineado há muito por BEVILÁQUA com algumas precisões retiradas da

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 277.

⁵⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 156.

⁵¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 191.

doutrina de FERREIRA DE ALMEIDA⁵². O contrato de empreitada é aquele pelo qual uma parte se obriga a fazer ou mandar fazer certa obra ou porção dela, mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado. Compreende-se no conceito de obra "toda espécie de produções, seja a clássica construção de uma obra material, seja a criação intelectual, artística ou artesanal"^{53 - 54}. Nos dizeres de FERREIRA DE ALMEIDA, o contrato de empreitada possui um resultado qualificado (a obra), que deve (I) materializar-se em coisa concreta (material ou imaterial), suscetível de entrega e de aceitação, (II) ser específico e "discreto (isto é, separado em relação ao processo produtivo e em relação a outros resultados obtidos no interesse de quem realiza a atividade ou no interesse de outrem)"; e (III) ser produzido em conformidade com projeto entregue ou pelo menos aprovado pelo dono da obra⁵⁵. A obra engloba ainda a possibilidade de modificações a bem já existente (desde que o trabalho produzido e a atividade exercida preencham os requisitos antes enumerados) e a obtenção de resultados negativos (supressão total ou parcial de coisa existente), como é o caso na demolição, escavação, terraplanagem, entre outros⁵⁶. Um exemplo bastante elucidativo ao nosso estudo de empreitada de modificação é a contratação de empresa para a dragagem de determinada área a fim de "aprofundar, alargar, estender ou de outra forma modificar o curso ou a forma de canais de navegação (no mar ou em grandes corpos d'água), córregos, rios ou outras vias navegáveis e seus estuários, portos e outras

⁵² Na doutrina, pode-se citar ainda exemplificativamente: FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, 5: direito das obrigações - 2ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254; NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v.3: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 372; RODRIGUES, Sílvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 246.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 278.

⁵⁴ Há que se observar que há cisão neste ponto acerca da possibilidade de que também a obra imaterial seja considerada objeto passível de empreitada. Vide, por exemplo, que TERESA ANCONA LOPEZ que, na linha assinalada por CLÓVIS BEVILÁQUA, defende o conceito de obra apenas em sua acepção material (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao código civil: parte especial - das várias espécies de contratos, vol. 7 (arts. 565 a 562)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 242). Para esta linha doutrinária, a empreitada "de projeto" seria espécie *sui generis* de empreitada, uma vez que seu resultado (o projeto) não consistiria em bem material. Parece, entretanto, estar-se diante de restrição injustificada. Na esteira de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, a empreitada de projeto é uma mera empreitada de bem imaterial como assim o são a construção de um software, a elaboração de pareceres, a produção de obras de arte (escultura, pintura, fotografia, cinema, música), etc. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 158). Em todos estes casos, há a produção de bem decorrente de fazer especificamente contratado junto ao empreiteiro que, ao final, será entregue ao contratante. Estruturalmente, não há diferença sensível entre uma e outra contratação. No mesmo sentido: NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 372; SCHEINMAN, Maurício [et al.]; ARRUDA ALVIM, Thereza e CLÁPIS, Alexandre Laizo (coord.) *Comentários ao Código Civil brasileiro. v. 6: do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 384.

⁵⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Op. cit.*, p. 157.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 159.

instalações à beira d'água, lagos, reservatórios, lagoas, pântanos ou áreas submersas na maré alta ou outros corpos d'água, ou relativa à criação de trincheiras para linhas (dutos) de utilidade, ou outros dispositivos como tais"⁵⁷. Trata-se de caso em que não há a criação, mas a modificação de algo já existente com a posterior entrega ao dono da obra. É por este motivo que, na entrega de uma dragagem, é comum a realização de medições para que seja verificada, por exemplo, a quantidade de material extraído (compara-se a medição de profundidade final com aquela inicial a fim de que, a partir da diferença, tenha-se a compreensão da área dragada e entregue)⁵⁸. É esta obra de modificação que é contratada.

Apenas para finalizar a distinção da empreitada com a prestação de serviços, vale referir que, na prestação de serviços, o objeto do contrato é, portanto, a atividade da pessoa como tal e não a eventual obra que dela decorra. A atividade do devedor, o serviço prestado, é objeto imediato do negócio firmado, ainda que vinculado a determinado resultado⁵⁹. A principal dificuldade na distinção surge, pois todo serviço se presta para realizar algo a alguém. Não há serviço sem vinculação pelo menos mediata com determinado resultado. Nesse sentido, por exemplo, ao tratar das limitações à ausência ou despedida do prestador de serviços, o artigo 602 do Código Civil faz referência expressa à contratação por tempo certo ou obra determinada. Ora, a contratação dá-se por tempo certo ou mesmo por obra determinada, porque aquele que contrata o serviço quer também que alguma modificação no mundo dos fatos se produza. Entretanto, o prestador não deve a obra – não é responsável e obrigado por ela -, mas o seu trabalho enquanto a obra está a se produzir, não tem obrigação de fazer com entrega da obra ao final do contrato. Como antecipado, o melhor critério distintivo parece residir nas obrigações que se encontram recobertas pelo contrato. A remuneração (contraprestação) não dá esta solução nem a qualidade das partes o faz. O dono da obra, como credor da empreitada, contrata uma série de fazeres que preparam o adimplemento do contrato, o qual se configura a partir de um dar, qual seja a entrega da obra⁶⁰. Não há adimplemento do contrato de empreitada e conseqüente liberação do

⁵⁷ IMBRECHTS, Luc. Aspectos particulares de contratos de dragagem e aterros. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 158.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 277.

⁶⁰ A referência é feita àqueles contratos em que há uma sucessão de atos que preparam o adimplemento em determinado momento. A reflexão adotada é feita por NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Arbitragem e revisão contratual: entre autonomia e heteronomia*. 2011. Dissertação de mestrado -

devedor enquanto não houver a entrega da obra (art. 615 do Código Civil). O tomador dos serviços, por sua vez, contrata um ou mais fazeres que se consideram adimplidos com o mero fazer (art. 597 do Código Civil). Não há nenhuma entrega do bem ao final de processo formativo de fazeres. A parte deve a prestação do serviço, ainda que este se conecte a resultado positivo (obrigação de resultado). Nesse sentido, o cirurgião, o jardineiro e o caçador referidos por PONTES DE MIRANDA são prestadores de serviço e não empreiteiros. Fazem, prestam serviço, mas não são contratados para a produção e entrega de obra como manda o Código Civil. Em suma, ainda que na empreitada se tenha uma série de fazeres, estes sempre culminam em um dar, ao passo que nas prestações de serviços tem-se apenas o fazer.

Ainda que não tão tormentosa quanto a distinção entre empreitada e prestação de serviços, para que se possa dar precisos contornos ao âmbito normativo da empreitada, impende seja feita a separação entre esta e a compra e venda. Como se sabe, o artigo 610 do Código Civil determina que o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. O ponto de contato entre os tipos contratuais surge nos casos em que a empreitada pressupõe o fornecimento pelo empreiteiro dos materiais. Poder-se-ia pensar em diversos casos de qualificação problemática. Para ilustrar, citam-se aqui três exemplos representativos da controvérsia. Num primeiro caso, pensa-se em contrato de construção de edifício de apartamentos, em que todos os materiais (tijolos, cimento, ferro, brita, areia, etc.) são adquiridos pelo empreiteiro e, ao final, este entrega ao credor o prédio pronto. Em uma segunda situação, poder-se-ia imaginar o caso de advogado que se dirige a determinado alfaiate para contratar a feitura de um terno. Este (o advogado) adquire os tecidos à sua escolha, a linha, os botões, volta ao alfaiate por diversas vezes para tirar suas medidas. Após costurar, o alfaiate entrega-lhe um terno como encomendado. Em terceira hipótese, este mesmo advogado dirige-se a um *shopping center* da cidade em que reside, nele ingressa em loja de roupas masculinas, na qual escolhe um dos ternos ali existentes, paga o preço e recebe o terno. Nos três casos, tem-se a entrega de produto ao credor, contudo a

UFRGS, p. 42 e ss; e MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. In: *Revista de Arbitragem*. Belo Horizonte: ano I, n. 2, jul./dez., 2012, p. 80 e ss. Trata-se de interessante reflexão acerca do conceito dos contratos de duração, feita a partir da relação entre tempo e adimplemento nos contratos a partir do clássico texto de Giorgio Oppo: OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di diritto commerciale*. Milano: Vallardi, 1943. Na Alemanha, a mesma discussão encontra-se referida em: GIERKE, Otto von. Dauernde Schuldverhältnisse. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. Bd. 64, p. 355-411; KRÜCKMANN, Paul. Einige Bemerkungen zu den "dauernden Schuldverhältnissen". *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 66, p. 1-17.

distinção entre a compra e venda (no terceiro caso) e a empreitada (nos dois primeiros) encontra-se novamente vinculada ao critério antes exposto. O problema acentua-se quando o vendedor da loja do *shopping center* não possui a vestimenta em loja e a encomenda para entrega futura (compra e venda de bem futuro - art. 483 do Código Civil). Na empreitada, contratam-se sempre fazeres que culminam em uma obrigação de dar. A preponderância no contrato de empreitada, portanto, não é a aquisição dos materiais, mas a atividade do empreiteiro que com eles labora para a produção da obra⁶¹. O empreiteiro não vende tijolos, linha ou botões, mas o resultado do seu trabalho com estes materiais para criar algo, a obra. A própria compra e venda por catálogo não desvirtua a sua natureza⁶². Tem-se bem genérico, fungível, que teve apenas de ser fabricado. Na compra e venda, o cerne da contratação não é a produção do bem, a atividade do vendedor que cria algo inexistente a partir de seu trabalho com entrega ao final. O que se contratou, neste caso, foi apenas a transferência patrimonial do bem (como evidencia o art. 481 do Código Civil). Ou seja, no primeiro e segundo casos, contratou-se a atividade do construtor e do alfaiate para produzir determinada obra material, entregue finda a obrigação de fazer⁶³. No terceiro, contratou-se exclusivamente a transferência patrimonial do terno.

Delimitado o espaço específico da empreitada, e antes que se possa prosseguir na apresentação de tipos contratuais empregados na construção, diversos deste modelo legislado, há um parêntesis que merece ser feito por conta do estudo ora empreendido. Um dos objetos passíveis de empreitada, isto é, uma das obras imateriais que pode ser objeto de contratação específica é o projeto necessário à realização de edificações. Trata-se de elemento particularmente sensível nas empreitadas da construção civil em que, paralelamente ao contrato voltado à execução da edificação, há sempre a elaboração de projeto a ser executado em maior ou menor grau de detalhamento.

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1984. Tomo XLIV, p. 385.

⁶² "Se o interessado em adquirir o bem fabricado escolhe conforme catálogo, o bem é fungível: há - de regra - compra-e-venda de bem genérico. Não importa se o vendedor não tinha, no momento, o que vender e teve de fabricar, ou encomendar a terceiro." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* Tomo XLIV, p. 385.

⁶³ Já em 1960, o Supremo Tribunal Federal (antes da criação do Superior Tribunal de Justiça, portanto) apreciou causa em que o alfaiate havia se distanciado das orientações dadas pelo cliente na feitura de um *costume* de "casimira inglesa". Registrava que "*se não cogita de compra e venda, de roupa feita, isto é, de roupa que o R. tenha provado, achado boa, pago o respectivo preço e recebido*", mas de "*roupa encomendada ao alfaiate*". Com isso, aplicou à solução da lide as regras do contrato de empreitada, à luz do Código Civil de 1916, à época vigente, por se tratar de empreitada com o fornecimento de materiais. Conforme: STF, RE nº 39.113 EI/RJ, Relator: Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/1960, DJ 30-11-1960.

Tecnicamente, seguindo a linha acima adotada, poder-se-ia falar em empreitada de projeto, isso porque o objeto do contrato é a feitura e posterior entrega de um trabalho intelectual objeto do fazer do arquiteto ou engenheiro. Mais especificamente, fala-se que o objeto do contrato de projeto "é a concepção técnica e artística da obra pelo projetista, traduzida em elementos gráficos (plantas, cortes, fachadas, etc.) e descritivos (memoriais, cálculos, orçamentos, etc.), aptos a possibilitar a execução material da construção projetada."⁶⁴ Para que possa ser confeccionado, abrange "normalmente os estudos preliminares, os anteprojetos e as modificações do projeto exigidas pelo Poder Público, até sua final aprovação, visto que sem essa formalidade oficial não tem qualquer valor ou utilidade para o interessado na construção"⁶⁵. De forma sintética, pode-se dizer que é o planejamento abstrato do trabalho que será executado em concreto. A Lei de Licitações, por sua vez, traz boas definições dos conceitos de projeto básico e projeto executivo que merecem ser aproveitadas. O projeto básico é definido como o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação (ou da contratação, se particular), elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (art. 6º, inc. IX). Por sua vez, o projeto executivo é o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (art. 6º, inc. X). Na empreitada tradicional, a elaboração do projeto não se encontra englobada *per se*. Esta, aliás, é questão que será importante na escolha do modelo contratual do EPC, como será apresentado. Fechado o parêntesis acerca da empreitada projeto, pode-se prosseguir na análise.

Feitas as precisações acima, é importante que se perceba que o contrato de empreitada não é específico para a construção civil. Ainda que este seja o seu emprego usual, as regras da empreitada voltam-se a toda e qualquer situação em que há contratação de fazer e entregar obra determinada e específica (o terno, o *software*, a pintura, etc.). Por isso, dentro do espaço de autonomia que lhes é legado pelo ordenamento, os privados passaram a criar modelos contratuais específicos para atender

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (*et al.*). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 274.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 274.

a finalidades precisas. Dentro do âmbito da construção civil, as diferentes finalidades, divisão de riscos e responsabilidades passaram a ser tratadas a partir da criação de modelos contratuais específicos.

1.2. Contratos de construção diversos da empreitada

1.2.1. Caracteres gerais

Como anunciado, a empreitada é o principal instrumento jurídico do direito brasileiro legislado voltado à consecução da atividade econômica da construção civil. Em outros termos, se os contratos são as vestes jurídicas das operações econômicas, o desiderato de se obter uma obra pronta e acabada é tradicionalmente obtido mediante a celebração de um contrato de empreitada. É importante deixar claro, contudo, que construir é atividade econômica que pode ocorrer dentro de diferentes arranjos jurídicos⁶⁶. Isto é, a construção civil é um setor da economia que alberga uma série de atividades desenvolvidas sob uma larga variedade de contratos. Em outros termos, a atividade econômica de construção civil pode ser levada a cabo mediante o emprego de diversos modelos jurídicos a depender das atividades que serão desenvolvidas por cada uma das partes e dos riscos por elas assumidos.

Nesse contexto, a complexidade do mercado e a evolução das relações econômicas fizeram com que surgissem modelos contratuais diferentes da empreitada voltados ao escopo de se obter uma obra. Em verdade, o direito dos contratos (sobretudo aqueles empresariais) evoluiu na tentativa de dar resposta ao aumento da complexidade das relações fáticas entretidas pelos empresários, à importação de soluções internacionais para problemas de mercado e ao próprio emprego destes modelos estrangeiros em solo nacional a partir da atuação de empresas transnacionais no Brasil⁶⁷. O que se percebe é que a engenharia civil é um verdadeiro celeiro de

⁶⁶ Isto é, não há como se fazer a sinonímia entre empreitada e contratos de construção como por vezes se sugere na doutrina, vide: ENEL, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. *In*: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 105.

modelos contratuais⁶⁸. Como didaticamente referem FABIO COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL e CAIO FARAH RODRIGUEZ, "[s]e se pode dizer que, para os profissionais do direito, pensar em contratos relacionados à engenharia e à construção é, basicamente, pensar em contratos de empreitada, para os engenheiros, talvez fiéis à sua formação analítica, falar em contratos de engenharia é pensar em miríade de modelos contratuais, quase que independentes entre si"⁶⁹. Em outros termos, como sói ocorrer no direito comercial, a prática consagra determinada criação dos mercadores para que, depois, a teoria venha a dar-lhe os devidos contornos jurídicos⁷⁰.

No âmbito ora estudado, pode-se dizer que não há no direito brasileiro propriamente um tipo de contrato de construção *stricto sensu*, algo como o contrato de construção⁷¹⁻⁷². As tentativas de conceituar um contrato de construção, em geral, mostram-se demasiado estreitas relativamente à larga gama de relações entretidas em que o objeto é a atividade construtiva⁷³. Isso porque os contratos de construção são sensivelmente diferentes entre si. Alguns destes são legalmente típicos (prestação de serviços, empreitada, por exemplo), outros de tipicidade social (*build to suit*, contrato-aliança, entre outros). Considerada esta miscelânea, é comum que se adotem nomenclaturas consagradas na prática, mas que pouco dizem sobre a natureza jurídica da relação. Como afirmam JOHN MURDOCH e WILL HUGHES, "rótulos simples como concessão de obra pública, colaboração, empreitada simples e assim por diante dizem pouco sobre a maneira pela qual a obra é estruturada."⁷⁴. Fato é que, nesta seara, vigora uma verdadeira confusão conceitual. Há uma série de fatores que contribuem para

⁶⁸ JUDITH MARTINS-COSTA utiliza-se da imagem de um "canteiro de obras" onde são forjados tipos contratuais (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 363).

⁶⁹ GIL, Fábio Coutinho de Alcântara; RODRIGUEZ, Caio Farah. Aspectos do EPCM. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

⁷⁰ FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 13-14.

⁷¹ VIANA, Marco Aurélio S. *Contrato de construção e responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 1.

⁷² Conforme se verá no subcapítulo 2.2, o tipo forma-se por repetição, pela configuração de um espaço de reconhecida "normalidade", que inexistente no gênero.

⁷³ É o caso de HELY LOPES MEIRELLES que assim busca definir o contrato de construção: "Contrato de construção é todo aquele 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". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (*et al.*). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236.

⁷⁴ MURDOCH, John; HUGHES, Will. *Construction contracts - law and management*. Londres: Taylor and Francis, 2008, p. 98 *apud* GIL, Fábio Coutinho de Alcântara; RODRIGUEZ, Caio Farah. *Op. cit.*, p. 131.

este fenômeno, desde a importação irrefletida de modelos estrangeiros, até a falta de desenvolvimento doutrinário apurado que termina por deixar vácuo na devida classificação dos negócios jurídicos.

No caso dos contratos de construção, a melhor compreensão parece estar no sentido de que estes se mostram como verdadeiro gênero de contratos voltados à atividade construtiva⁷⁵. Isto é, não há verdadeiramente um tipo contratual, um arranjo de obrigações reiterada e usualmente empregado na prática como "contrato de construção". Há, isso sim, uma série de contratos voltados à mesma finalidade, sob formas e arranjos diversos e, por isso, fala-se em gênero⁷⁶. Aliás, como bem ilustra GIORGIO DE NOVA, é verdadeira expressão de uma mentalidade classificatória e "tipicizante" a identificação de tipos contratuais quando não se está diante de um tipo, mas de uma categoria contratual que reúne diversos tipos⁷⁷. A rigor, tem-se um contrato do gênero contrato de construção quando a atividade construtiva é objeto de contrato celebrado com outra parte, em que o resultado material objeto da operação econômica recoberta pelo contrato é a construção civil de determinada obra para outrem com ou sem a transferência de propriedade. Isto é, estes passam a surgir quando a atividade de construir é transferida a terceiros como meios para a obtenção do resultado obra a ser entregue ao contratante. O que configura o gênero contrato de construção é a percepção de obra ao final (seja com ou sem transferência de propriedade).

Por este motivo é que o empreendedor que opta por construir sob sua conta e risco, e, para isso, emprega pessoas a ele subordinadas sob o regime celetista⁷⁸, não celebra contrato de construção, mas tão somente contratos de trabalho. O que se contrata, a operação econômica objeto da transação, é a disposição da força de trabalho. Aquele que celebra contrato de compra e venda tendo por objeto a venda de imóvel não celebra contrato de construção. Busca apenas a transferência da propriedade do imóvel a

⁷⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 13.

⁷⁶ Como se verá no Subcapítulo 2.2, o tipo forma-se por repetição de determinada estrutura. Onde não há repetição, não há tipo, mas gênero, agrupamento próprio do pensamento conceitual.

⁷⁷ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 10.

⁷⁸ O artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) define o contrato de trabalho como o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. A doutrina erige como requisitos do contrato de trabalho a continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade, conforme MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 107.

si e não a atividade construtiva que resultará no imóvel pronto⁷⁹. Aquele que, vislumbrando uma sala comercial em construção ou pronta para exercício de sua atividade laborativa, dispõe-se a alugá-la tão logo esteja pronta, não celebra contrato de construção, mas locação comercial. Não contrata a construção mesma da sala, mas tão somente seu uso e fruição.

Há, ainda, elemento comumente trazido pela doutrina como integrante do contrato de construção e que deve ser analisado com parcimônia. Fala-se da capacidade técnica do construtor. Segundo parte da doutrina, "[u]ma das partes contratantes é necessariamente o construtor, pessoa física ou jurídica, regularmente inscrita no CREA"⁸⁰. Trata-se da necessidade de responsável técnico devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, a se responsabilizar administrativamente pela execução dos trabalhos. Ocorre que o âmbito dos contratos de construção é deveras diversificado e envolve uma série de atores, muitos deles apenas investidores no mercado. Na ponta da operação econômica, no contrato celebrado com a empresa construtora ou com a pessoa física que executará os trabalhos materiais construtivos, sempre haverá de ter um responsável técnico. É a este contrato que faz referência o art. 15 da Lei 5.194/66 (a qual regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo)⁸¹. Este responsável técnico será quem assinará as "Anotações de Responsabilidade Técnica" (popularmente, "ART"), segundo o que estabelecem os arts. 1º e 2º da Lei 6.496/1977, hoje regulamentados pela Resolução nº 1.025/2009 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia. Conforme art. 2º da Resolução a ART é o instrumento que define o responsável técnico pela execução de determinada obra. Por sua vez, o art. 3º traz a necessidade de que todo contrato escrito ou verbal para execução de obras ou prestação de serviços relativos às profissões abrangidas pelo Sistema CONFEA/CREA tenha registro da ART no CREA, em cuja circunscrição for exercida a respectiva atividade. Trata-se de importante requisito administrativo que deverá restar cumprido em toda e qualquer contratação. Não obstante, não se trata de elemento de existência ou requisito de validade do gênero

⁷⁹ A venda de imóvel futuro, comumente chamada de venda "na planta", também não desfigura a natureza do contrato de compra e venda, como se explicitou quando se diferenciou a empreitada da compra e venda.

⁸⁰ VIANA, Marco Aurélio S. *O contrato de construção e responsabilidade civil (teoria e prática)*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 3.

⁸¹ Art. 15. São nulos de pleno direito os contratos referentes a qualquer ramo da engenharia, arquitetura ou da agronomia, inclusive a elaboração de projeto, direção ou execução de obras, quando firmados por entidade pública ou particular com pessoa física ou jurídica não legalmente habilitada a praticar a atividade nos termos desta lei.

contrato de construção, como quer HELY LOPES MEIRELLES⁸². Um contrato de *build to suit* não deixa de ser contrato de construção porque celebrado entre aquele interessado na fruição da obra e o investidor que, por sua vez, contratará uma empreiteira para executá-la (esta sim registrada no CREA). Há apenas que se exigir a existência de profissional legalmente habilitado a se responsabilizar pela execução dos trabalhos⁸³.

Cumpra ainda mencionar a discussão conceitual acerca da sinonímia entre os contratos de *engineering* e os de construção. Trata-se de categoria contratual que gerou uma série de debates na doutrina acerca da própria qualificação jurídica da relação retratada⁸⁴. Data de 1992 artigo de CLÓVIS DO COUTO E SILVA em que este, sob a rubrica do contrato de *engineering*, anotava que ele "pode ser encontrado, especialmente, no período em que se construíram as grandes obras de infra-estrutura no País, como as grandes centrais hidrelétricas, as pontes e aeroportos, ou o reequipamento dos portos brasileiros, na década de 70."⁸⁵ Há parcela da doutrina que defende a identidade entre contratos de *engineering* e contratos de construção⁸⁶. Há, ainda, aqueles que aproximam o contrato de *engineering* do contrato de *know-how*, referindo que seu objeto seria a "assistência técnica especializada em engenharia"⁸⁷. Para outros, os contratos de *engineering* constituem-se em gênero diverso, qual seja aquele dos contratos celebrados por empresas legalmente habilitadas a exercer as atividades privativas de engenheiro e arquiteto voltado à atividade do ramo da engenharia⁸⁸. Desse

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (*et al.*). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 238.

⁸³ A despeito do citado art. 15 da Lei 5.194/1966, há quem considere que, para determinadas empreitadas de construção, sequer há a necessidade de engenheiro ou arquiteto como responsável técnico. Como exemplo, cita-se a contratação de pedreiros "para as mais variadas obras, desde as mais simples, como erguer um muro, até as mais complexas, como construir uma casa". A consequência da ausência de profissional habilitado seria relativa aos riscos: "os riscos de eventual defeito ou insucesso da obra são maiores e o dono da obra acaba por assumi-los" (ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 283-284).

⁸⁴ Os diferentes conceitos encontram-se resumidos em GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. São Paulo, 2007, tese de doutorado, p. 25-57.

⁸⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Contrato de Engineering. In: *Revista de informação legislativa*, v.29, nº 115, jul./set. de 1992, p. 511.

⁸⁶ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: 2012, Tese de doutorado, p. 16.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 559.

⁸⁸ Conforme referido por GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. São Paulo, 2007, tese de doutorado, p. 26 e seguintes, os conceitos encontram-se desenvolvidos em DE NOVA, Giorgio. *Nuovi contratti*. Turim: UTET, 1994 e ALPA, Guido; FUSARO,

modo, albergariam conjunto diferente dos contratos de construção, "já que os serviços ofertados pela empresa de engenharia podem variar entre uma gama que vai da consultoria à elaboração de projetos, do gerenciamento de construções ao *turnkey*, ou contratos de empreitada integral, da operação à manutenção"⁸⁹. Ou seja, para estes, contratos de *engineering* são literalmente contratos de engenharia, como sendo aqueles celebrados por engenheiros ou empresas de engenharia para a execução de suas atividades próprias. Há, portanto, uma quantidade enorme e excessivamente variável de atividades englobadas por este gênero contratual, daí por que a doutrina prefira tratar no plural como os contratos de *engineering*, distanciando-se da classificação em um tipo específico, mas ingressando-se em gênero dentro do qual cabem diversos tipos contratuais⁹⁰. De todo modo, os contratos de engenharia, nessa acepção, embora tenham pontos de contato (e até alguma sobreposição) com os contratos de construção, com estes não se confundem. A despeito da discussão doutrinária, no presente trabalho centrar-se-ão os esforços sobre os contratos de construção, legando o debate sobre o espaço específico dos contratos de *engineering* a segundo plano.

Pode-se falar ainda que, paralelamente aos contratos de construção (e integrantes da espécie dos contratos de engenharia), há contratos conexos aos contratos de construção que, entretanto não cabem dentro deste gênero. Fala-se, exemplificativamente, dos contratos de fiscalização (pelo qual profissional habilitado encarrega-se de acompanhar a construção, impondo ao empreiteiro a observância estrita do projeto e das regras técnicas, percebendo remuneração avençada com o dono da obra)⁹¹ e dos contratos de gerenciamento (por que o proprietário confere a terceiro - gerenciador - a administração do empreendimento construtivo - que será executado por outros ainda -, reservando para si a tomada de decisão sobre os principais pontos da construção)⁹². Portanto, ainda que se possa deitar o olhar contrato a contrato, operação a operação, há uma série de atividades que acompanham os contratos de construção propriamente ditos, por vezes, celebradas no bojo do próprio contrato de construção

A. I contratti di engineering. In: RESCIGNO, Pietro. "Trattato di Diritto Privato", vol. 11, tomo 3, UTET, Torino, 2002.

⁸⁹ GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. São Paulo, 2007, tese de doutorado, p. 50.

⁹⁰ GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *Idem*, p. 26-27. No mesmo sentido FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contrato: direito civil e empresarial*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 385.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (*et al.*). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 274.

⁹² *Idem, ibidem*, p. 281-282.

(como será visto, é o caso do EPC) ou em instrumentos paralelos que integram a operação econômica ao fim visada pelos contratantes.

Em suma, em que pese o contrato de empreitada seja um contrato de construção quando empregado na construção civil, este não exaure a categoria. Pelo contrário, a prática (em especial aquela do século XX) veio moldando arranjos contratuais que se notabilizaram nacional e internacionalmente.

1.2.2. Tipos nacionais e internacionais de contratos de construção diversos da empreitada

Com efeito, em que pese o contrato de empreitada seja efetivamente adequado à edificação de residências, edifícios comerciais, etc., a prática passou a criar modelos mais eficientes a dar atendimento às necessidades cambiantes das partes e do mercado. Atualmente, há efetivamente um número muito grande de contratos de construção, em que os riscos e as responsabilidades são divididos das mais variadas formas. Passa-se, portanto, a abordar (ainda que breve e exemplificativamente) os principais modelos de contratos de construção diversos da empreitada, colhidos da prática nacional e internacional. Fala-se do contrato de incorporação imobiliária (ou de condomínio), do contrato de *built to suit*, do contrato-aliança (ou contrato de aliança) e dos principais modelos internacionais produzidos como padrões voltados às necessidades específicas do mercado e dos contratantes.

Pelo emprego tradicional no tráfico jurídico brasileiro, um primeiro exemplo que se pode dar é o contrato de incorporação imobiliária (ou de condomínio) por meio do qual o "incorporador se compromete a construir diretamente ou por terceiros e, ao final, transferir a propriedade horizontal de unidades autônomas de um mesmo edifício de dois ou mais pavimentos, assim como as partes ideais do terreno e das áreas de utilização comum, aos tomadores de apartamentos, mediante um preço fixo, ou ajustável ao custo da construção nas condições estabelecidas na convenção de

condomínio"⁹³. O tema encontra-se regrado na Lei 4.591/1964, que define a operação como sendo a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (art. 29). Por força do art. 31 da Lei 4.591/1964, o incorporador pode ser o próprio construtor ou mesmo o proprietário do terreno, o promitente comprador ou o cessionário deste. Ou seja, há a possibilidade de que exista, para além do contrato de incorporação imobiliária, um contrato de empreitada a ele vinculado (quando o incorporador difere do construtor). O incorporador assume uma série de responsabilidades para além da construção, como a prospecção do terreno, o estudo de viabilidade econômica do empreendimento, a formatação dos grupos de investidores, o lançamento ao público com programação da campanha publicitária, a administração da carteira de recebíveis, etc⁹⁴. Nesse sentido, "a venda de unidades prontas não caracteriza 'incorporação imobiliária', uma vez que o pressuposto para a incorporação é a venda de unidades autônomas (fração ideal de terreno + construção) durante a fase de construção"⁹⁵. Em suma, o incorporador imobiliário é verdadeiro "agente promotor" do empreendimento, organizando a captação de capitais de um imóvel antes e ao longo de sua construção para que, com os recursos obtidos, seja viabilizada a própria finalização da obra.

Outro modelo consagrado pela prática é o contrato de *built to suit* (ou *build to suit*, a terminologia é variável). Por este contrato, "dada pessoa se obriga a levar a efeito certa construção, conforme determinadas especificações e, em seguida, conferir o direito de uso e fruição ao outro contratante, contra o pagamento de determinado valor"⁹⁶. O elemento central da contratação é a construção ou a substancial reforma de imóvel de acordo com as especificações fornecidas⁹⁷. Trata-se de modelo surgido por conta do interesse das empresas em possuir sede personalizada sem imobilizar grande parcela de seu capital na construção, podendo diluir este custo ao longo do tempo⁹⁸.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (et al.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278-279.

⁹⁴ ALMEIDA, Marcelo Manhães de. Incorporação imobiliária e o construtor. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362-363.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 363.

⁹⁶ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to suit: qualificação e consequências*. BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção e Direito Civil*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 102.

⁹⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial, vol. IV, contratos mercantis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 422.

⁹⁸ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 104. RODRIGO XAVIER LEONARDO fornece interessante exemplo do que seria a origem do contrato ao relatar a história de Sam Walton (fundador do Wal-Mart), o qual afirmava estar no negócio de vendas a varejo e não de imóveis. Desse modo, seu

Pelo lado do construtor/investidor, torna-se interessante pela possibilidade de que se tenha investimento com grande segurança, celebrado por longo período de tempo⁹⁹. Ao empreendedor incumbe, normalmente, adquirir um imóvel e fazer ou mandar fazer determinada obra de acordo com as especificações do ocupante. Este, por sua vez, obriga-se a pagar uma parcela mensal que compreende duas rubricas diferentes: (i) parte em virtude da construção edificada (voltada a remunerar o investimento feito); e (ii) parte decorrente do uso e fruição do imóvel¹⁰⁰. Em suma, "[c]onstrói-se para alugar e aluga-se porque foi construído"¹⁰¹, pagando-se por ambas as atividades. No âmbito do *built to suit* desenvolveram-se uma série de discussões acerca da tipicidade do contrato por conta de suas semelhanças à locação. Tanto é que, na prática, "muitas vezes os contratantes nominam o contrato *built to suit* como uma locação para servir, como uma locação conjugada com obrigação de construir ou, simplesmente, como uma locação, sublinhando, no título do contrato, a cessão onerosa de uso em detrimento da operação de investimento"¹⁰². Ao fim, prevaleceu a tese da atipicidade legal (com tipicidade social), a qual culminou com a promulgação da Lei n. 12.744/2012, a qual inseriu o art. 54-A à Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991). Este dispositivo, em síntese, afirma a inaplicabilidade do regramento protetivo da Lei de Locações em seu *caput* e estabelece regras expletivas em seus parágrafos (com a possibilidade de renúncia da ação revisional de aluguéis e a necessidade de pagamento da multa convencional em caso de denúncia antecipada)¹⁰³. No contrato de *built to suit*, as prestações típicas da locação

interesse não seria na propriedade, mas no uso dos bens imóveis (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 421).

⁹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial, vol. IV, contratos mercantis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 423. Há ainda a possibilidade de tornar a relação ainda mais complexa com a securitização dos recebíveis imobiliários por parte do empreendedor, mediante a emissão de Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRIs), conforme arts. 11 e 12 da Lei 9.514/1997. Em favor da clareza, estabeleça-se ainda que a securitização pode ser definida como "uma operação por meio da qual se mobilizam ativos - presentes ou futuros - que, de outra maneira, não teriam possibilidade de se autofinanciar ou gerar renda presente. A possibilidade de se emitirem títulos ou valores mobiliários a partir de uma operação de cessão ordinária é uma forma de se mobilizarem créditos gerados nas mais diversas operações, ainda que tais créditos só venham a ser realizados no futuro." CAMINHA, Uinie. *Securitização*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

¹⁰⁰ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to suit: qualificação e consequências*. BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção e Direito Civil*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 118.

¹⁰¹ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Op. cit.*, p. 113.

¹⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 427, referindo a discussão sobre a qualificação do contrato na p. 428.

¹⁰³ Diz o referido artigo: Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

encontram-se acompanhadas de outras de diversos tipos contratuais como a empreitada, a compra e venda, etc.¹⁰⁴

Terceiro exemplo de contrato de construção (este de concepção bastante recente) é o contrato-aliança (ou contrato de aliança). Trata-se de contrato pelo qual o dono da obra, o empreiteiro principal, o projetista e os principais fornecedores obrigam-se a executar projeto específico por meio de colaboração recíproca e integrada¹⁰⁵. Para tanto, o contrato "compreende uma série de diretrizes que enfatizam a confiança, objetivos mútuos, negociações justas, boa-fé, cooperação e compromisso firmes em relação ao empreendimento, na busca da minimização de conflitos"¹⁰⁶. Pelo contrato de aliança, busca-se a redução da conflituosidade entre as partes para que as soluções sejam sempre alcançadas mediante pontos de convergência (soluções *win-win*)¹⁰⁷. Como resultado, as partes partilham tanto dos riscos como dos resultados do projeto. Na prática, o que tem ocorrido é a fixação de Indicadores Chave de *Performance* (*Key Performance Indicators* - KPIs), que se consubstanciarão em metas ou limites no desenvolvimento do projeto¹⁰⁸. Os principais indicadores ligam-se a preço e prazo, todavia há outros tantos relacionados a impactos ambientais, danos à comunidade local, acidentes de trabalho, etc. A partir destes índices, as perdas (para menos dos KPIs) ou os lucros (para mais dos KPIs) serão repartidos pelas partes¹⁰⁹. Outro conceito cooperativo adotado pelo contrato de aliança é o "princípio" do *no blame* (literalmente, sem culpa). Por ele, "nenhuma das partes deve ser considerada culpada por um resultado ruim ou por falhas associadas ao projeto, exceto se houver *dolo* ou *culpa grave* da parte"¹¹⁰. Há, portanto, verdadeira estrutura mista entre os contratos de empreitada e os de *joint venture*, dos quais a

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

¹⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial, vol. IV, contratos mercantis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 430.

¹⁰⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 70.

¹⁰⁷ BUENO, Júlio César. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

¹⁰⁸ SILVA, Leonardo Toledo da. Aliança à brasileira. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 123.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 124.

aliança se aparta por conta de certas especificidades¹¹¹. Em função desta estrutura mista voltada à redução da conflituosidade entre as partes do contrato, a aliança vem sendo apresentada inclusive como uma alternativa ao próprio EPC¹¹².

Paralelamente, no âmbito internacional, foram sendo desenvolvidas séries de contratos-padrão de modo a facilitar o tráfego comercial. Trata-se de atividade essencial ao comércio internacional já que, enquanto em pequenas construções entre partes do mesmo país, é comum que os contratos sejam redigidos um a um (*taylor made*), em se tratando de empreendimentos de larga escala, fazem-se necessárias formas-padrão de contrato para "facilitar os acordos contratuais entre os diferentes atores de um projeto"¹¹³, com culturas jurídicas diversas e pré-concepções de direito variáveis.

Os modelos de contratos de construção mais difundidos são publicados pela FIDIC. A sigla vem do francês "Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils" (Federação Internacional de Engenheiros Consultores). A FIDIC é uma organização não governamental que reúne engenheiros, bancos de investimento, instituições financeiras privadas, indústria, donos de obras, fornecedores e outros profissionais da indústria de engenharia e construção. Foi fundada em 1913 com a participação da França, Bélgica e Suíça, tendo o Reino Unido ingressado em 1949. Uma das funções que é exercida pela FIDIC, além da defesa dos interesses de seus membros, é a publicação dos contratos-padrão. Segundo a doutrina, trata-se de contratos que "têm a qualidade de abranger variados tipos de projetos e contemplar virtualmente todas as etapas de contratação entre o dono ou proprietário da obra e aquele contratado para realizá-la (o empreiteiro ou "epecista", conforme o caso) ou, na linguagem adotada pela FIDIC, entre o *Employer* e o *Contractor*, respectivamente."¹¹⁴ Além disso, os contratos decorrem da experiência da FIDIC e se voltam à distribuição equilibrada dos riscos¹¹⁵, ou seja, à concentração dos riscos na parte que possui melhores condições de assumi-los. Exercendo sua função unificadora, em 1957, a FIDIC publicou as suas primeiras Condições do Contrato

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 363.

¹¹² SILVA, Leonardo Toledo da. Aliança à brasileira. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

¹¹³ GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christiane C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turn-key*. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 27.

¹¹⁴ KULESZA, Gustavo Santos; AUN, Daniel. Contratos FIDIC. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção e Direito Civil*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 178.

¹¹⁵ SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181.

Internacional para Trabalhos de Construção de Engenharia Civil. Todavia, com a evolução das espécies de contratação e de obras internacionalmente realizadas, este modelo foi se mostrando insuficiente. Isso porque voltava-se principalmente para obras de engenharia civil em que todas as fases da execução eram feitas no próprio canteiro de obras como pontes, estradas, túneis, etc. Em projetos em que boa parte dos componentes eram feitos fora do canteiro (como grandes obras de engenharia elétrica), o modelo não se mostrava adequado. Por isso, em 1963, lançou-se o primeiro *Yellow Book*, destinado para obras de engenharia elétrica e mecânica. Foge ao escopo do presente trabalho uma análise minuciosa de toda a evolução dos contratos FIDIC, contudo a edição de 1999 dos contratos-padrão publicada pela instituição é essencial para que se aborde modelo contratual altamente difundido e que tem sido utilizado como veste jurídica das principais obras de grande vulto executadas nos últimos anos. Nesta edição, a FIDIC publicou 4 principais contratos-modelo: (I) o livro vermelho, destinado à construção civil com o projeto feito pelo próprio dono da obra (*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: The Construction Contract - the new Red Book*); (II) o livro amarelo, destinado especificamente a obras elétricas e mecânicas (*Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor: The Plant and Design/Build Contract - the new Yellow Book*); (III) o livro verde, que elabora uma forma simplificada de contratos de construção (*A short form of contract - the Green Book*); e (IV) o livro prata, chamado de contratos de EPC/Turnkey (*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: the EPC Turnkey Contract - the Silver Book*)¹¹⁶.

Esta digressão acerca dos contratos FIDIC mostra-se necessária uma vez que o Livro Prata (ou *Silver Book*) é o principal modelo internacional de contrato EPC. Há, inclusive, vozes que defendem que os contratos FIDIC tornaram-se verdadeira *lex mercatoria* internacional no que toca à construção civil¹¹⁷. Não obstante, os contratos FIDIC não são o único modelo internacionalmente reconhecido de contratos de construção. Há uma série de instituições que elaboram contratos-padrão, podendo-se aqui elencar as principais fontes. O primeiro modelo que pode ser mencionado é o *ICE*

¹¹⁶ Posteriormente, a FIDIC incluiu ainda o livro dourado (*Gold Book*) destinado a trabalhos DBO (*Design Build and Operate*) e o livro azul (*Blue Book*) voltado à dragagem e ao aterro especificamente.

¹¹⁷ MOLINEAUX, Charles. *Moving Toward a Lex Mercatoria - A Lex Constructionis*. 14 J. Int'l Arb. 1997, No. 1, p. 59. Disponível em www.trans-lex.org/126700.

Design and Construct Conditions of Contract elaborado pelo *Institute of Civil Engineers* (ICE, em tradução literal Instituto dos Engenheiros Civis)¹¹⁸, instituto britânico fundado em 1818¹¹⁹. Trata-se de modelo de larga utilização pela instituição até que, a partir de 2009, a ICE passou a adotar como seu modelo oficial o conjunto de contratos NEC3 (*New Engineering Contract*, em sua terceira versão), que traz desde um contrato para obras de infraestrutura (NEC3 *Engineering and Construction Contract - ECC*) até contrato destinado a obras de menor custo e risco (NEC3 *Engineering and Construction Short Contract - ECSC*). Estes contratos foram utilizados, por exemplo, para a construção das estruturas destinadas às Olimpíadas e Paralimpíadas de Londres de 2012¹²⁰. Um segundo modelo que merece atenção é aquele elaborado pela Associação japonesa de avanço em engenharia (ENAA - *The Engineering Advancement Association of Japan*). Trata-se de organização sem fins lucrativos fundada em 1978 e sustentada pelo governo japonês (por intermédio de seu Ministério de Economia, Mercado e Indústria), mediante o apoio de uma série de agências, universidades, especialistas de diversas empresas, entre outros *experts* de diversas áreas da construção¹²¹. Atualmente, conta com três contratos modelo: (I) o *International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump-sum Basis)*, em sua terceira edição datada de 2010, volta-se essencialmente à construção de plantas de processamento (químico, petroquímico, mineral, etc.) e industriais em geral; (II) o *International Contract for Power Plant Construction (Turnkey Lump-sum Basis)*, em sua segunda edição publicada em 2012, destinado especificamente à construção de plantas de geração de energia elétrica; e (III) o *International Contract for Engineering, Procurement and Supply for Plant Construction* (contrato EPS), em sua segunda edição publicada em 2013, traz uma estrutura pouco mais enxuta, mas igualmente empregável na construção de plantas de geração de energia elétrica, industriais e de processamento¹²². Um terceiro exemplo possível são as Condições de Contrato para a Projeção e Construção de Projetos (*Conditions of Contract for Design and Construct Projects*), elaborado pela associação internacional dos construtores europeus (*European*

¹¹⁸ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 25-26.

¹¹⁹ Conforme informa o site da própria instituição: <https://www.ice.org.uk/about-us/our-history>, consultado em 16/11/2016 às 23h04min.

¹²⁰ Informação disponível em <https://www.neccontract.com/About-NEC/History>, consultado em 16/11/2016 às 23h12min.

¹²¹ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 25.

¹²² Informações disponíveis em <https://www.ena.or.jp/EN/activities/model.html>.

International Contractors - EIC). Podem-se citar ainda os modelos publicados pela Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce - ICC), bem como pela UNCITRAL, PNUD, etc¹²³.

O que se percebe, portanto, é que há verdadeiramente um sem-número de contratos destinados à atividade construtiva. Desde aqueles com reconhecimento e desenvolvimento delongado na doutrina nacional (como o *built to suit* e sobretudo a incorporação imobiliária) até aqueles outros de mercado emprego no tráfego internacional e inspiradores de aplicação entre particulares no mercado doméstico.

No que importa à presente análise, é na execução de obras de grande porte que, há algum tempo, vislumbra-se a insuficiência do modelo da empreitada. Fala-se da construção de grandes plantas industriais, usinas de geração elétrica, instalações de transmissão e distribuição de energia, rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, estádios de futebol, plataformas petrolíferas, gasodutos, entre tantas outras estruturas¹²⁴. De fato, a prática brasileira tem internalizado modelos consagrados no uso internacional sem, contudo, refletir de forma delongada acerca da tangência ou sobreposição destes contratos com a lei vigente em nosso país para a empreitada ou demais contratos de construção. É neste panorama que despontam os contratos de *Engineering, Procurement and Construction* (EPC), objeto do presente estudo.

1.3. Conclusão parcial

No presente ponto, pode-se concluir que os contratos de construção formam verdadeiro gênero de contratos voltados ao fornecimento de obra para outrem (com ou sem a transmissão de titularidade). Nesse espectro, o contrato de empreitada é indubitavelmente aquele com maior consolidação na prática nacional. A empreitada deve ser vista como contrato de obra, em que o empreiteiro é contratado para fazer e

¹²³ ENEI, José Virgílio. ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107, traz listagem complementar, além daquela constante em HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 24-27.

¹²⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 101.

entregar determinada obra, entendida como criação, modificação ou destruição de bem material ou imaterial. Seu objeto, todavia, não se resume à construção civil, abrangendo qualquer resultado material ou imaterial do trabalho, que possa ser objeto de entrega (como a elaboração de um *software*, a criação e fabricação de determinado maquinário, a dragagem de determinada área, etc.).

Por sua generalidade e pela necessidade de atendimento específico de novas situações fáticas e comerciais, a prática foi consagrando outros modelos contratuais que se particularizaram. No direito nacional, é o caso do contrato de incorporação imobiliária e do contrato de *built to suit*, bem como, aos poucos, do desenvolvimento do contrato-aliança. No direito internacional, a percepção da necessidade de contratos que pudessem circular entre os direitos nacionais, atendendo às necessidades dos comerciantes, levou à criação de uma série de contratos-padrão por diversas entidades. Os principais modelos internacionalmente reconhecidos são aqueles elaborados pela FIDIC.

Dentro deste espectro, os contratos de EPC desenvolveram-se como uma destas novas modalidades voltadas para a construção de obras de grande vulto (frequentemente, na área de infraestrutura). É com esses pressupostos que se passa à análise deste modelo contratual, apresentando suas principais características, imergindo em seus elementos caracterizadores e comparando-o com a empreitada, já consagrada em nosso direito, para que se possa vislumbrar a similitude ou divergência entre ambos.

2. O CONTRATO DE EPC

2.1. Caracteres gerais

EPC é sigla que vem do inglês, *Engineering, Procurement and Construction* e decorre da origem anglo-saxã do contrato sob análise¹²⁵. Em grande medida, a denominação antecipa o objeto da relação travada entre as partes e as principais linhas gerais das obrigações englobadas pelo contrato. Na prática contratual, têm sido chamados, já há algum tempo, de contratos para a execução de grandes obras¹²⁶ por conta de sua adaptação e seu conseqüente emprego usual em empreendimentos de vastas amplitudes. Significa que o construtor é responsável desde a elaboração dos projetos (*Engineering*), à compra e fornecimento dos materiais a serem empregados (*Procurement*), à execução da obra contratada (*Construction*) e às obrigações posteriores à execução e dela decorrentes¹²⁷. Como se verá em maiores detalhes no Subcapítulo “2.3” (em que se analisa o contrato a partir do método tipológico), o EPC surge exatamente como resposta à necessidade dos contratantes e dos investidores de uma maior concentração de responsabilidade na pessoa do construtor. Isso porque, ao concentrar no contratado a construção civil da sua gênese (a análise das condições e a própria elaboração do projeto) à sua extinção (entrega da obra em perfeito funcionamento muitas vezes com responsabilidade pelo treinamento do pessoal em operação e manutenção) busca-se evitar o "jogo de empurra" comum quando se tem diversos atores (empreiteiros, projetistas, arquitetos e prestadores de serviço em geral) trabalhando concomitantemente em um mesmo empreendimento¹²⁸. O *single point* ou *unifocal responsibility*¹²⁹ que se estabelece pelo EPC surge exatamente para dar ao investidor e ao dono da obra contratante maior certeza e segurança quanto ao preço estimado (a obra deve sair no preço orçado), tempo projetado (a conclusão deve se dar no cronograma estabelecido) e à *performance* esperada. Estes são os vetores em torno

¹²⁵ GLOVER, Jeremy. *FIDIC: An Overview: The Latest developments, comparisons, claims and force majeure*. Construction Law Summer School 2007. Queen's College Cambridge, p.2.

¹²⁶ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. *Revista da AARJ - Associação dos advogados do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, disponível em <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil> acessado em 02.08.2016.

¹²⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 27.

¹²⁸ SILVA, Leonardo Toledo da Silva. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

¹²⁹ Descrito em detalhes no Subcapítulo 2.2. do presente.

dos quais se organiza o modelo contratual do EPC e seus caracteres jurídicos a seguir apresentados.

No aspecto subjetivo, o contrato de EPC é normalmente celebrado por uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), de um lado, como contratante, com uma construtora ou consórcio de empresas liderados por determinada construtora de outro, como contratada (na prática, denominada de construtor ou "epecista"). Do lado da contratante, a constituição de uma SPE para a busca do parceiro contratual, que efetivará a execução do empreendimento, está muito ligada à questão do financiamento destes empreendimentos amplos. De todo modo, nada impede que, mesmo excluído o financiamento por *project finance*¹³⁰, a contratação dê-se diretamente entre a pessoa jurídica de direito público ou privado com a contratada. Por sua vez, do lado do epecista, é comum a constituição de consórcios para levar a cabo a execução da obra. Os consórcios encontram-se regrados no artigo 278 e seguintes da Lei 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) e representam a união de sociedades para a consecução de determinado fim específico sem a formação de uma terceira sociedade com personalidade jurídica autônoma e distinta das consorciadas¹³¹. O consórcio forma-se "para agregar meios para a consecução de um fim próprio (consórcio operacional) ou para habilitar as consorciadas - com a soma de seus recursos e aptidões - a contratarem com terceiros serviços e obras (consórcio instrumental)"¹³². Como o contrato de EPC volta-se para a execução de obras vultosas, é natural que as empresas associem-se, seja para angariar os recursos financeiros, seja ainda para agregar conhecimentos técnicos específicos envolvidos nas diversas etapas da construção. Esta tendência já é notada desde algum tempo no espaço da celebração de contratos para a execução de obras públicas de infraestrutura¹³³. Neste âmbito, é comum a formação de consórcios para a execução de projetos como pontes, hidrelétricas, túneis, ou, mais recentemente, estádios de futebol. Cabe apenas assinalar que, embora o artigo 33 da Lei de Licitações ainda

¹³⁰ Suas principais características serão expostas no Subcapítulo 2.3 do presente trabalho.

¹³¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, vol. 4, tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 339-340.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 340.

¹³³ Tratando da execução de obras públicas segundo o que dispõe a Lei de Licitações, Modesto Carvalhosa assim afirma: "A complexidade e magnitude, em muitos casos, das obras, serviços e concessões demandados pelo Poder Público requerem a junção de recursos e de aptidões de mais de uma empresa. Daí a relevância dos consórcios no âmbito das licitações promovidas por esse órgão. Essa mesma complexidade e magnitude também ocorre muitas vezes no setor privado, que, por isso, adota o certame concorrencial para a respectiva contratação." *Idem, ibidem*, p. 353.

fale da celebração de contratos com consórcios¹³⁴, a prática consagrou a formação de consórcios instrumentais voltados à participação no certame licitatório apenas. Isto é, o consórcio forma-se para a participação no processo de seleção e, em sendo vencedor, a assinatura do contrato dá-se com Sociedade de Propósito Específico constituída pelas então consorciadas, a fim de dar maior garantia e facilitar a fiscalização por parte dos credores¹³⁵.

Do ponto de vista objetivo, o contrato de EPC engloba as atividades de construção da obra desde sua gênese e, por isso, podem-se dividir as obrigações objeto da contratação em três blocos, correspondentes às fases da contratação¹³⁶. A primeira delas, a fase de engenharia/projeto (*engineering*), volta-se à determinação dos parâmetros técnicos e econômicos que serão adotados na execução da obra. A concentração da elaboração dos projetos na mesma empresa responsável pela execução é uma das grandes vantagens da celebração de contratos de EPC. Isso porque projetos desta magnitude envolvem uma série de elementos, etapas e "pacotes" de trabalho relativos às diferentes partes da obra¹³⁷. Esta complexidade traz a necessidade de interface entre as diferentes partes do trabalho, a tecnologia nelas empregada e a própria linguagem técnica utilizada na projeção de cada uma delas. Quando o contratante concentra em si a coordenação destas diferentes fases (não as transferindo a terceiros, portanto - no modelo denominado *Design-build-bid*), elaborando para cada qual um projeto a ser executado por um ou mais empreiteiros, corre-se altíssimos riscos de falha de coordenação entre os diferentes pacotes de trabalho, os diversos empreiteiros e a própria linguagem empregada em cada uma delas¹³⁸. Isso significa custos, tempo e imbróglis adicionais, seja na perfeita execução dos trabalhos, seja na retificação de incorreções só posteriormente identificadas. Por isso é que a elaboração do projeto e a posterior execução sob a coordenação e responsabilidade de um mesmo construtor representa grandes vantagens à coordenação dos trabalhos e sua execução em menores prazos. A desvantagem é que, com isso, o contratante distancia-se do empreendimento já desde a elaboração do projeto e, por isso, perde em controle e compreensão acerca da

¹³⁴ Art. 33, §2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

¹³⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 355.

¹³⁶ GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turn-key*. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 10.

¹³⁷ HUSE, Joseph. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 17.

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 17.

execução do contrato¹³⁹. Perceba-se que se tem aqui a celebração de um primeiro contrato de empreitada de projeto¹⁴⁰. Isto é, há operação econômica que poderia ser objeto de contrato apartado (sob controle do dono da obra, portanto), mas que, no EPC, ingressa no objeto da relação entretida. A fase de elaboração do projeto, assim, é a idealização teórica daquilo que, posteriormente, será edificado em concreto. O contrato de EPC engloba a feitura do projeto como uma de suas fases, um de seus momentos característicos, incumbindo a responsabilidade por sua feitura tão somente ao construtor. Ao contratante incumbe apenas o fornecimento de suas exigências, que devem ser tomadas por base no momento da elaboração do contrato.

Em detalhe, esta primeira fase – a de *engineering* - compreende uma série de atividades. No princípio desta etapa, é praxe que o contratante forneça os principais dados, que serão tomados por base pelo construtor. Trata-se de informações da localidade projetada (local da obra ou *site*), finalidade buscada, *performance* esperada, perfil do produto ou serviço a ser fornecido ou prestado, qualidade do solo, perfil hidrológico da região, etc. Em suma, o contratante informa ao construtor o que deseja ver construído, onde deseja ver construído, para que intenta tal construção, fornecendo, desde o princípio, os dados existentes sobre a obra que quer ver entregue. Este, por sua vez, realiza o escrutínio dos documentos e exigências do contratante, bem como pesquisas e visitas ao local de obras¹⁴¹.

Em geral, as atividades materiais englobadas pela etapa de projeto iniciam-se antes mesmo da celebração do contrato. É que, tanto para elaborar seu preço quanto para montar os projetos, o construtor deve investigar com profundidade o local onde os serviços serão realizados, os documentos trazidos pelo contratante nos quais suas exigências são apresentadas, bem como as condições de mercado relativas às responsabilidades que assumirá por força da contratação firmada. Por exemplo, por força da Subcláusula '5.1' do Contrato Prata da FIDIC, o construtor assume responsabilidade inclusive pela correção das informações prestadas pelo próprio contratante¹⁴². Nesta modalidade, o contratante apenas é responsável pela definição da finalidade da obra e de suas partes, pelos critérios de testes de *performance* e por

¹³⁹ HUSE, Joseph. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 21.

¹⁴⁰ Conforme tratado no subcapítulo 1.1, o projeto pode ser objeto de uma empreitada autônoma.

¹⁴¹ JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC – A guide for practitioners*. New York: Springer, 2010, p. 83.

¹⁴² HUSE, Joseph. *Op. cit.*, p. 676.

aquelas informações que não podem ser verificadas pelo construtor epecista (Subcláusula 5.1 do Contrato Prata). É nesta fase também que são elaborados pelo construtor os chamados documentos do construtor (*Contractor's documents*), que englobam todos os cálculos, *softwares*, desenhos, manuais, modelos e qualquer documentação técnica adicional produzida pelo construtor dentro do escopo do contrato. Trata-se de documentos essenciais à própria equipe do epecista para execução dos trabalhos, sua aprovação junto aos órgãos administrativos competentes e que, na extensão determinada pelo contrato, podem estar sujeitos à aprovação do contratante (Subcláusula 5.2 do Contrato Prata). Compreendem também os manuais de operação e manutenção a serem elaborados pelo epecista com detalhe suficiente para que a equipe da contratante possa operar, remontar, ajustar e eventualmente reparar a obra quando necessário (Subcláusula 5.6 do Contrato Prata). Em suma, a cláusula estabelece a responsabilidade do construtor pelo projeto (em sentido estrito), bem como pelos documentos que o acompanham e lhe dão suporte, de modo a que sejam cumpridos os padrões técnicos, as normas técnicas construtivas, as leis ambientais e inclusive o regramento aplicável ao produto fornecido pela obra no país em que esta será construída (Subcláusula 5.4). Ao ser contratado na modalidade EPC por contrato FIDIC, o construtor não só elabora o projeto como atesta que, de fato, as informações constantes das exigências do contratante são condizentes com a realidade dos fatos e tecnicamente factíveis de execução.

O mesmo não acontece em todos os modelos contratuais internacionais (como é o caso do modelo da EIC - *European International Contractors* - que, em sua subcláusula '3.2' fixa a responsabilidade do contratante pelas informações por ele prestadas em seu projeto conceitual - *conceptual design*)¹⁴³. Isto é, o Contrato da EIC estabelece que são de responsabilidade do Dono da obra (*Owner*) os dados por ele fornecidos, sua precisão, especificações e definições, bem como sobre o próprio projeto "conceitual" (que dará substrato ao projeto básico feito pelo epecista) elaborado (Cláusula 3). Ao término da elaboração do projeto executivo (ou o projeto que seja "final" à execução das atividades), este trabalho deve ser aprovado pelo dono, o qual se

¹⁴³ Refere a subcláusula: "3.2. The Owner is responsible for the specifications and definitions set out in the Conceptual Design. The Owner shall transmit to the Contractor the information and data required from him under the Contract in due time in order to enable the Contractor to carry out the Contract in accordance with the programme. The Owner shall be responsible for such information and data, in particular for its accuracy." HUSE, Joseph. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 822.

responsabiliza por eventuais variações e mudanças que posteriormente solicite (Cláusula 3). De qualquer modo, a responsabilidade pelo projeto é sempre do construtor que a elaborou (Cláusula 4, 4.2). Em síntese, ao contrário do Contrato FIDIC, no Contrato EIC o construtor aceita as premissas que lhe foram fornecidas e ratifica tê-las examinado em medida razoável, bem como efetuado a própria inspeção do local da obra (Cláusula 4, 4.4), sem, contudo, se responsabilizar pela validação de dados imprecisos. É importante também ressaltar que, pelo Contrato EIC, os direitos de propriedade intelectual decorrentes da elaboração dos documentos, projeto e demais informações similares elaboradas pelo epecista não são transferidos ao dono da obra (Cláusula 20).

O que importa ao presente momento é perceber que o contratante fornece ao epecista as especificações da obra que quer ver construída, seja através de memoriais descritivos, projetos básicos ou outra documentação técnica. A partir daí, o construtor confere, analisa os documentos e forma seu preço, já esboçando em grande medida o projeto que será ao final apresentado. Contratar EPC significa contratar também esta primeira empreitada de projeto na mesma relação contratual. Por força desta assunção de responsabilidade pelo projeto, a própria oferta a ser realizada em um contrato de EPC acaba gerando custos adicionais ao construtor. Trata-se de questão importante por conta das inúmeras variáveis que devem ser cobertas na elaboração do projeto. Em especial, as questões geológicas, ambientais e mesmo arqueológicas acabam influenciando sobremaneira e exigindo testes precisos e detalhados. É nesta fase, também, que é montado o cronograma que será seguido pelas partes na execução dos trabalhos¹⁴⁴. Como se verá a seguir, a correta fixação do prazo e preço feita a partir das informações prestadas pela contratante é de suma importância na modulação da relação contratual de EPC, já que é de sua essência a maior rigidez destes pontos. Tanto é que os principais modelos internacionais de contrato trazem diversas disposições sobre formação do preço, responsabilidades do construtor pelas informações necessárias à elaboração dos projetos, etc., a fim de que a fase de coleta de dados para elaboração de um projeto acurado (cobrindo detalhadamente os pontos necessários a uma previsão o mais precisa

¹⁴⁴ Como exemplo, pode-se citar a subcláusula 4.6 do Contrato EIC: "4.5 With the Final Design the Contractor shall provide the Owner with a detailed programme for the Works showing the organisation to be established by the Contractor for carrying out the Works including the identities and *curricula vitae* of key personnel to be employed on the Contract and showing the sequence and methods in which the Works are to be carried out. The Contractor shall transmit to the Owner any further information and data required from him under the Contract in accordance with the programme." HUSE, Joseph. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 823.

possível) seja cumprida de forma satisfatória e não venha a gerar litígios decorrentes de sua imprecisão.

O que deve ficar claro é que *engineering* é uma atividade que se inicia antes da contratação e é finalizada com a entrega dos projetos. Contudo, como a construção de obras de grande magnitude engloba diversos "pacotes" de trabalho ou, grosso modo, partes que podem ser realizadas em separado, a entrega dos projetos não é necessariamente fase cronologicamente anterior à execução dos trabalhos como um todo. Isto é, não é necessário que se entreguem todos os projetos para que só aí se inicie toda a execução. Aliás, o normal é que assim não seja. Exatamente por força do fracionamento da obra em diversos "pacotes", é comum que parte da obra já esteja em execução enquanto outra porção esteja ainda em fase de elaboração do projeto respectivo. Há verdadeira interpenetração entre as etapas de modo a otimizar o tempo de execução dos serviços.

Superada a fase do projeto (ou do projeto de determinada parte da obra), passa-se ao momento de compra e fornecimento de materiais (*procurement*). Trata-se da realização das atividades necessárias à obtenção e ao fornecimento, por parte do epecista, de todos aqueles elementos que serão incorporados à obra que deve ser entregue ao final. Ao contrário da empreitada de obras de menor complexidade, esta fase torna-se sensivelmente mais complexa no contrato de EPC. Isso porque, enquanto na empreitada tradicional o contrato albergaria situações como a construção da parte elétrica e hidráulica, nas obras em que normalmente se contrata por EPC este bloco de responsabilidade envolve a incorporação de produtos e tecnologias bastante específicas com elevada quantidade de *know-how* empregado. É o caso, por exemplo, das turbinas de uma hidrelétrica ou mesmo de determinados *softwares* sofisticados sem os quais o empreendimento ao final não poderá funcionar. Neste ponto e como se verá com maior delonga no "Capítulo III" deste trabalho, o conceito de "materiais" constante da empreitada tradicional resta insuficiente¹⁴⁵. Já não se tem mais simples matéria-prima que se incorpora e se junta a outras de menor complexidade para formação da obra. Além da verdade, tem-se outros produtos completamente diversos que se agregam a um empreendimento. É por isso que, normalmente, no contrato de EPC, este ponto é

¹⁴⁵ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. *Revista da AARJ - Associação dos advogados do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, disponível em <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil> acessado em 02.08.2016, p. 3.

exaustivamente tratado, principalmente com vistas a limitar a responsabilidade do construtor, apartando aqueles produtos que não fazem parte de sua *expertise*¹⁴⁶. De qualquer maneira, é da essência do contrato de EPC o fornecimento destes materiais sem a ingerência, responsabilização ou participação direta do contratante.

Ao longo da fase de compra e fornecimento, é comum que os materiais fornecidos sejam submetidos a testes executados pelo construtor para o contratante, sem excluir a possibilidade de que o contratante tenha acesso ao local de obras para efetuar as inspeções e os testes devidos sobre os materiais e processos produtivos. É o que estabelecem as Subcláusulas 7.2 e 7.3 do Contrato FIDIC. No Contrato ENAA, o Apêndice 9.8 dá uma lista dos vendedores dos principais equipamentos e materiais a serem empregados, a fim de que a segurança fornecida seja maior também neste aspecto. Estes materiais devem ser transportados pelo construtor para o local da obra pelos meios de transporte que julgar apropriados (Artigo GC 21.4 do Contrato ENAA). Há, neste modelo, ainda, regras específicas para a hipótese excepcional de materiais fornecidos pelo contratante e validados pelo construtor (Artigos GC 21.2 e 21.3 do Contrato ENAA), mas que, pela própria modalidade contratual, caem em campo residual. Como não poderia ser diferente, a etapa de fornecimento perpassa toda a execução do contrato e, portanto, suas atividades e regramento acabam por se exercerem até a finalização dos trabalhos.

Realizada a elaboração dos projetos e de posse dos materiais adequados, passa-se à execução da obra, ao momento de construção e de execução do projeto (*construction*). Aliás, vale reiterar que as fases contratuais não são estanques: a compra de materiais dá-se ao longo da execução do contrato, bem como existe a possibilidade de que o projeto seja alterado para atender a situações não previstas e que necessariamente surjam ao longo da execução dos trabalhos em campo¹⁴⁷. De todo modo, é nesta etapa que a projeção feita na primeira fase contratual torna-se concreta, isto é, trata-se do efetivo momento de concretização do que se projetou abstratamente. Esta construção pode ocorrer inteiramente no canteiro de obras ou fora dele e, lá, apenas

¹⁴⁶ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. *Revista da AARJ - Associação dos advogados do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, disponível em <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil> acessado em 02.08.2016, p. 3.

¹⁴⁷ Trata-se de questão delicada, a ser tratada no "Capítulo III" do presente trabalho.

ser finalizada com a montagem daqueles elementos anteriormente fabricados¹⁴⁸. Esta fase contratual compreende uma série de obrigações com vistas à execução do contrato no tempo e preço acertados. Isto é, toda a execução do contrato é acompanhada por testes de conclusão, notificações de eventuais imperfeições, possíveis ajustes nos projetos elaborados, etc. Em outros termos, é neste momento que o contrato toma vida, fazendo emergir as contingências normais à execução de projetos de larga escala.

Construir é atividade que, invariavelmente, engloba uma série infundável de fazeres que, por força da finalidade buscada pelo EPC, alarga-se ainda mais. É por isso que é comum que, ao longo da execução, sejam fornecidos relatórios de progressão das atividades, indicando o percentual do trabalho concluído em comparação ao que foi planejado, indicando desde já eventuais atrasos de cronograma e soluções para ajuste destes atrasos (Contrato ENAA GC 18.3). Da mesma forma, ao longo da construção, costuma-se efetuar testes a fim de verificar se as partes já construídas encontram-se de acordo com o que foi estabelecido no contrato. Nestes, como regra, é o construtor quem fornece todo o aparato, eletricidade, maquinário, combustível, equipe e instrumentos que se façam necessários à execução (Contrato FIDIC, Subcláusula 7.4). Estes testes podem determinar a necessidade de execução de certos ajustes ou mesmo a solicitação de modificações por parte do contratante por sua conveniência (por exemplo, por entender que determinado critério buscado restaria melhor atendido). O Contrato FIDIC traz ainda a necessidade de realização de teste na finalização das obras (constituídos de testes pré-comissionamento, testes de comissionamento e operação experimental - Subcláusula 9.1), bem como testes após a finalização dos trabalhos, a serem realizados em tempo razoável após o momento em que o contratante assume a planta (Cláusula 12 do Contrato FIDIC). Ademais, o contrato da ENAA traz, em seu artigo GC 7.4, a responsabilidade do construtor por conduzir o treinamento da equipe da contratante na operação e manutenção da obra por determinado período máximo. Esta mesma obrigação encontra-se no contrato FIDIC já na fase de elaboração dos principais documentos que serão fornecidos pelo construtor, onde se estabelece o dever de

¹⁴⁸ Nos contratos FIDIC, esta é uma das diferenças entre o livro amarelo (*Yellow book*) e o livro vermelho (*Red book*). Enquanto este é estruturado para a execução de obras no próprio canteiro (como estradas, instalações de água e esgoto, pontes, aterros, etc), aquele é estruturado para projetos de engenharia elétrica e/ou mecânica em que boa parte da execução dá-se fora do canteiro. Conforme: KULESZA, Gustavo Santos; AUN, Daniel. Contratos FIDIC. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 175 e seguintes.

treinamento das equipes da contratante tanto em operação quanto em manutenção da planta construída (Subcláusula 5.5).

Nesta fase, os contratos também trazem provisões sobre as equipes que trabalharão na execução das obras. Em especial, fixa-se a responsabilidade do epecista pela contratação de equipes especializadas, seu dever de transportar, acomodar e alimentar os trabalhadores devidamente, de respeitar a legislação trabalhista local tanto no que toca aos pagamentos como aos feriados locais (oficiais, religiosos, etc.), de regularizar eventuais trabalhadores estrangeiros contratados para prestar serviços, entre outros tantos temas relacionados (as referências feitas constam do Artigo 22.1.3 do Contrato ENAA e Cláusula 6 do Contrato FIDIC). Dentre as provisões, cabe ressaltar ainda (por conta de seu caráter potencialmente gerador de litígios) a responsabilidade do construtor em tomar as precauções devidas no que diz respeito à saúde e integridade física de seus empregados, inclusive garantindo a existência de equipe médica, estrutura de primeiros socorros, condições básicas de bem-estar e higiene, bem como a adoção das medidas necessárias à prevenção contra acidentes (Subcláusula 6.7 do Contrato FIDIC).

Ao longo do presente trabalho, algumas das obrigações contidas na fase de construção serão esmiuçadas. O que importa deixar claro, neste momento, é seu caráter necessariamente complexo, agregador de uma série de fazeres seja direta ou indiretamente conectados ao bem fazer da obra, assim como ao respeito aos principais vetores contratuais acima elencados (segurança quanto a preço, prazo e *performance*). A fase de construção da obra finaliza-se com a entrega dos trabalhos e sua aceitação por parte do contratante.

Neste ponto, para complementar a definição do EPC, cabe trazer conceito adicional frequentemente vinculado aos contratos de EPC para que se tenha clareza conceitual. É que, na doutrina internacional, os termos EPC e *turn-key* muitas vezes são usados indistintamente^{149 - 150}. Isso se explica porque, normalmente, o EPC vem

¹⁴⁹ É o caso, por exemplo, de GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Op. cit.*, p. 9; HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 5-6 e, em geral, a doutrina internacional.

¹⁵⁰ É importante também referir que o EPC faz parte do gênero dos contratos *Design-Bid* em oposição ao gênero *Design-Bid-Built*. A diferença entre ambos é basicamente a elaboração do projeto que, no primeiro modelo, fica a cargo do construtor, enquanto no segundo é realizada pelo próprio contratante (seja por si ou por terceiros), conforme BUENO, Júlio Cesar. *Melhores práticas em empreendimentos de*

acompanhado da obrigação de que o construtor entregue a obra pronta para funcionar em um girar de chaves (*turn key*), já que a segurança colimada potencializa-se com tal obrigação. De fato, esta estipulação só é frequente porque funcional. Conceitualmente, no entanto, *turn-key* pressupõe algo a mais que as obrigações tradicionalmente englobadas no EPC. A obra estar pronta para operar com um girar de chave, no mais das vezes, significa ensinar a operar mediante treinamento aos funcionários da contratante, dar manutenção e instruções por determinado período, ter funcionários à disposição, etc. LUIZ OLAVO BAPTISTA, por exemplo, afirma que:

uma usina hidroelétrica pode ser objeto de um contrato *turn-key* quando o objeto do contrato é a sua entrega com as obras civis (barragens, vertedouros, estradas de acesso, etc.) completas e com os equipamentos destinados à produção (turbinas, geradores, cabos elétricos, transformadores, etc.) instalados, testados e prontos a gerar a energia. Nos contratos EPC, o objeto é mais estreito. Pode ser uma barragem e obras civis conexas, mas não incluir turbinas geradoras, transformadores, etc., que compõem uma hidroelétrica. Pode ser também a colocação de tubulações para água, esgotos ou gás em uma cidade, ou ser uma ponte, mas não a rodovia.¹⁵¹

Ou seja, poder-se-ia celebrar um contrato de EPC separando deste a responsabilidade pelas estruturas de maior complexidade que a ele são apostas¹⁵². Todavia, o mais comum é que os contratos sejam EPC *turn-key* exatamente por conta da concentração de responsabilidade que é levada a cabo com a celebração do EPC. Tanto que o *Silver Book* da FIDIC é denominado *EPC/Turnkey contracts*. De todo modo, o *turn-key* é modalidade frequente e não característica integrante da essência do contrato de EPC.

Há ainda uma etapa final que, regra geral, conecta-se à execução e não pode ser descurada pelo largo potencial de litígios envolvidos. Trata-se da garantia de *performance* e qualidade decorrente da perfeita execução do projeto, que deve ser fornecida pelo construtor. É que, uma vez entregue a obra, permanece a responsabilidade do construtor pela qualidade do trabalho entregue inclusive dentro da

infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-66.

¹⁵¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 40.

¹⁵² Como se verá no subcapítulo seguinte, trata-se de estruturas que fogem ao conceito simples de materiais.

performance esperada (e informada) pelo contratante. Nesse sentido, no bojo dos contratos de empreitada tradicionais de nosso Código Civil, durante muitos anos, a principal discussão envolvia (e ainda envolve) a aplicação do artigo 618 do atual Código Civil (art. 1.245 do Código Civil de 1916). Esta disposição estabelece que, nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Após longa discussão, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento (no sentido anteriormente já apontado pelo Supremo Tribunal Federal)¹⁵³ de que se trata de prazo de garantia e não prazo decadencial ou prescricional¹⁵⁴. Cumpre anunciar ainda que, à luz do regramento contratual do EPC, há período em que o construtor é responsável por eventuais defeitos encontrados na obra¹⁵⁵. Trata-se do período para notificação de eventuais vícios ou defeitos encontrados na obra. Neste período, o contratante é obrigado a efetuar todos os ajustes e reparos que se mostrarem necessários para que a obra seja entregue de acordo com os projetos e com condições demonstradas nos testes que possam se fazer necessários (Cláusula 11 do Contrato FIDIC). Pelo contrato FIDIC, este período não pode ser superior a 2 anos. Pelo contrato da ENAA, o período é de 12 meses contados do recebimento da Planta ou de sua porção respectiva (Artigo GC 28). De todo modo, regra geral, os contratos de EPC trazem, em seu bojo, cláusulas voltadas para o tema, estabelecendo período de responsabilidade do construtor. Por óbvio, esta questão é delicada porque se encontra imbricada com o regramento do direito nacional aplicável ao contrato que, por muitas vezes, estabelece regras cogentes neste tocante. No que toca ao direito brasileiro, o assunto será objeto de exposição no "Capítulo III" do presente trabalho.

Para além dos potenciais vícios construtivos, os contratos de EPC incorporam cláusulas estabelecendo regras de atingimento de *performances*¹⁵⁶. É também comum

¹⁵³ Data de 1985 julgado do Supremo Tribunal Federal em que se consignava que “cuida-se nele de prazo de garantia e não de prescrição” (STF, RE 107203/PR, Relator: Min. Carlos Madeira, Segunda Turma, julgado em 12/11/1985, DJ 06/12/1985).

¹⁵⁴ O acórdão paradigmático nesta matéria foi lavrado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e encontra-se assim registrado: REsp 5.522/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, QUARTA TURMA, julgado em 14/05/1991, DJ 01/07/1991, p. 9200.

¹⁵⁵ Fala-se em anunciar porque o ponto será objeto do Capítulo III do presente trabalho, quando tratado especificamente da incorporação da norma do art. 618 do Código Civil no regramento contratual do EPC.

¹⁵⁶ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 18.

que, neste período, o construtor seja responsável pelo fornecimento de atualizações dos *softwares* e *know-how* empregados, licenças de tecnologias e demais atualizações tecnológicas necessárias ao funcionamento¹⁵⁷. Ou seja, mesmo a entrega da obra não exaure o adimplemento do contrato de EPC. Este pressupõe a adoção de uma série de atividades que subsistem por determinado período, até que o contrato se encontre, de fato, cumprido e extinto.

Todas estas características fazem com que um contrato de EPC aproxime-se de uma empreitada global, nos moldes consagrados em nosso Direito. É que, como visto no Capítulo anterior, a empreitada é o tipo legal de contrato de construção tradicionalmente previsto por nosso sistema jurídico. A aproximação dos modelos contratuais, todavia, suscita dúvidas quanto ao enquadramento do EPC. Isto é, seria o EPC um contrato de empreitada tão somente ou teria caracteres peculiares que o fazem apartar-se do tipo legal? A questão é relevante porque a recondução de determinado contrato a um tipo permite tanto sua adequada interpretação quanto integração em caso de lacunas ou mesmo impõe a incidência das regras cogentes do tipo. Ao se interpretar determinado contrato típico, deve-se presumir que as expressões utilizadas no instrumento o foram com o sentido dado pelo próprio tipo. Da mesma forma, em sua integração, deve-se presumir que, na ausência de estipulação, estipulou-se o típico, o usual para aquela espécie de contratação¹⁵⁸. Uma vez entregue a obra dentro dos parâmetros estabelecidos e ainda que sob a eficácia das regras de responsabilidade sobre vícios construtivos, o EPC atinge seu escopo. Apresentadas as principais fases e características do contrato de EPC, o subcapítulo seguinte expõe método capaz de tornar viável que se possa mergulhar nos meandros do EPC, de modo a verificar os pontos que o caracterizam e individualizam.

2.2. O método tipológico: uma análise mais próxima dos contratos

¹⁵⁷ RIBEIRO FILHO, Valfrêdo de Assis. *Modelo de contrato EPC - Engineering, Procurement and Construction - como instrumento de redução de riscos e de custos em project finance de geração hidrelétrica no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida perante a Universidade Salvador, Salvador, 2008, p. 108.

¹⁵⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64.

A devida qualificação e diferenciação do EPC dos demais contratos de construção não é tarefa simples. Isso porque, como adverte GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE, escorado nas lições de FORTUNATO AZULAY e CÂNDIDO LUIZ MARIA DE OLIVEIRA, "[n]ão são poucos os exemplos de importações irrefletidas, do uso de modelos jurídicos estrangeiros em sobreposição a modelos já sedimentados em nossa tradição, e mesmo de uma impressão, própria da 'civilização do espetáculo', de que o estrangeiro é superior pelo fato de não ser nacional"¹⁵⁹. Agrava o quadro o fato de que a doutrina sobre o tema é escassa. Por óbvio, não existe um modelo único de contrato de EPC que possa ser indistintamente seguido, aplicado e portanto tomado por base de comparação¹⁶⁰. O princípio da autonomia privada, no sentido acolhido pelo artigo 425 do Código Civil, "exige que os contratantes, dentro dos limites da Lei, da Moral e da Natureza, tenham a liberdade de contratar como entenderem, sem terem de ter como ponto de referência os tipos contratuais consagrados na lei ou na prática"¹⁶¹. Por isso, servindo à juridicização de determinada operação econômica da construção civil¹⁶², na prática, os contratos variam de acordo com o projeto que se deseja ver executado. Assim, faz-se necessária a avaliação do material doutrinário existente, bem como a apreciação dos principais modelos internacionais para que se possa dar cabo da tarefa de adequadamente qualificar o EPC.

A principal discussão que se instaura quando da recepção do EPC na ordem jurídica brasileira é sua identificação ou não com a empreitada tipificada no Código Civil (e a conseqüente incidência ou não de seu regramento). A qualificação jurídica do contrato de EPC é problemática na doutrina, gerando dissenso entre os autores sobre o tema. De um lado, encontram-se reiterados posicionamentos doutrinários de que o contrato de EPC seria a própria empreitada global com fornecimento de materiais e serviços. Este é o entendimento do já citado LUIZ OLAVO BAPTISTA, o qual afirma que o EPC "[c]orresponde ao modelo jurídico da empreitada de labor e materiais do

¹⁵⁹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e 'lex mercatoria'. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 2, p. 892-893, 2015.

¹⁶⁰ GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turn-key*. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 9.

¹⁶¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 2.

¹⁶² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

direito brasileiro"¹⁶³. No mesmo sentido é a percepção de JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI, que diz se tratar o EPC "de um contrato de empreitada global [...]"¹⁶⁴. De outro lado, encontram-se autores assertivos no sentido diametralmente oposto, afirmando "que os EPCs são verdadeiramente contratos atípicos"¹⁶⁵. De fato, a semelhança entre os tipos contratuais é indiscutível. Em ambos os contratos, a relação de troca do preço pela feitura da obra é idêntica: paga-se o preço pelo fazer e entregar a obra. Trata-se, no entanto, de um olhar deveras distante que, exatamente por conta deste distanciamento, perde de vista características que despontam como relevantíssimas na contratação de um EPC. A doutrina jurídica oferece o instrumental necessário para que se possa analisar a questão sob diferente ótica.

Fala-se do emprego do método tipológico em oposição ao método conceitual. Tradicionalmente, a teoria do tipo e do pensamento tipológico contrapõe-se àquela do conceito e do pensamento conceitual¹⁶⁶. Trata-se de maneiras diferentes de se encarar a realidade jurídica e de apreendê-la. Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS:

A opção por uma maior conceptuação ou por uma maior tipificação depende acima de tudo do que se pretenda, do modo como se queira operar e utilizar aquele geral, da finalidade concreta do processo. O conceito e o pensamento conceptual são particularmente hábeis para delimitar com firmeza, para classificar com clareza, para subsumir com segurança e univocidade; o tipo e o pensamento tipológico são expressivos e informativos, são úteis para a apreensão dos conteúdos, do sentido, da natureza das coisas. Consoante se pretenda subsumir, classificar ou delimitar com segurança e exactidão, ou antes se queira apreender a verdade interna, o sentido próprio ou a razão de ser de um certo conjunto, optar-se-á por um pensamento mais conceptual ou mais tipológico.¹⁶⁷

¹⁶³ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos da engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 28.

¹⁶⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, 198.

¹⁶⁵ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. *Revista da AARJ - Associação dos advogados do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, disponível em <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil> acessado em 02.08.2016, p. 7; SILVA, Leonardo Toledo da Silva. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op.cit.*, p. 516 - ainda que tratando do contrato de *engineering*.

¹⁶⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 89.

As diferenças são marcantes. Pensamento conceitual e pensamento tipológico são ambas ferramentas destinadas à apreensão da realidade e, por isso, podem ser utilizados de acordo com a sua própria adequação à finalidade buscada. Formam conjuntos diversos com funcionalidades diferentes e que, por isso, merecem a devida atenção.

O método conceitual trabalha mediante um esquema subsuntivo: estando presentes os traços distintivos do conceito (ou, impropriamente, do tipo), está-se diante daquela espécie¹⁶⁸. Ausentes estes traços (elementos, requisitos ou fatores), está-se diante de espécie diversa ou de contrato inominado¹⁶⁹. O problema que a doutrina identifica é que a análise pura e simples acerca da existência ou não dos traços distintivos de determinado contrato (de seus elementos, requisitos e fatores), mostra-se insuficiente em casos que se situam nas zonas intermediárias entre estes¹⁷⁰. Nestes casos, muitas das vezes o magistrado simplesmente finda por forçar uma das qualificações possíveis, ignorando elementos concretos importantes no objeto em análise e desfigurando a configuração dada pelas partes¹⁷¹. Isso porque, para que se possa conceituar, definir determinado conceito, necessariamente, opera-se uma maior abstração e, assim, simplificação das estruturas analisadas¹⁷². Com isso, acaba-se por criar critérios adicionais de forma artificial para que se possa, de alguma forma, tonalizar a existência dos requisitos com outros elementos. É o que acontece, por exemplo, na diferenciação entre a compra e venda de bem futuro e o contrato de empreitada. Em ambos, há obrigação de feitura e entrega de determinado bem e há contraprestação em preço, contudo em um (empreitada) dá-se mais peso à obrigação de

¹⁶⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 117.

¹⁶⁹ Aliás, durante largo período buscava-se um elemento único que pudesse distinguir os tipos contratuais entre si. Grande parcela da doutrina buscava na causa função este elemento individualizador. É o caso, por exemplo, de Álvaro Villaça de Azevedo que afirma: "A tipicidade, que distingue os contratos nominados dos inominados, é fator preponderante nesta matéria, sendo certo que a tipicidade advém do elemento causa, do escopo contratual", AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 127-128. É hoje assente, entretanto que a ideia de se buscar em um só elemento o caráter de diferenciação entre tipos é insuficiente, conforme DE NOVA, Giorgio. *Op. cit.*, p. 59-72.

¹⁷⁰ DE NOVA, Giorgio. *Op. cit.*, p.112-113

¹⁷¹ É o que afirma Giorgio De Nova ao identificar o processo feito pelo magistrado, letrado na matéria, ao se sobrepor às partes na qualificação de determinado contrato: "Il giudice si trova di fronte a controversie che le parti hanno già impostato come un'alternativa tra qualificazioni concorrenti, mirando ciascuna a far prevalere il nomen iuris che comporta l'applicazione della disciplina a sè favorevole. Convinto della necessità di fare ricorso ad un tipo per risolvere la controversia, ed educato - per ripetuti anatemi dottrinali - a considerare il ricorso al contratto sui generis soluzione apparente e perciò inutile, il giudice asseconda l'impostazione delle parti e sceglie una delle due qualificazioni; al più, ne elabora una propria." DE NOVA, Giorgio. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁷² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 95.

fazer como seu elemento característico, enquanto em outro (compra e venda) o foco resta na transferência da propriedade¹⁷³. Neste, como em tantos outros casos¹⁷⁴, o esquema subsuntivo começa a falhar. É exatamente por este motivo e por conta destas situações que o método tipológico surge como resposta às insuficiências do método conceitual¹⁷⁵. Para o método tipológico, não é decisiva a existência de cada um e de todos os elementos configuradores do tipo, mas o quadro geral formado por seus traços distintivos (ou índices). Por este motivo é que, na doutrina dos tipos, pode-se falar em mais ou menos típico, dando-se uma gradação que a teoria conceitual não permite¹⁷⁶.

Nossa doutrina, em sua maioria, não expressa claramente o método empregado. Com isso, encontram-se descrições longas dos principais caracteres dos contratos em espécie (tradicional do método tipológico) ao mesmo passo em que se falam de elementos essenciais, naturais e acidentais dos contratos (característica do método conceitual)¹⁷⁷. Note-se que as técnicas não são excludentes. Trata-se de ferramentas mais ou menos pertinentes à análise que se deseja feita. O que se deve evidenciar é que determinadas finalidades são mais adaptadas a um ou a outro método, bem como que seu emprego se dá de maneira distinta (ou seja, os raciocínios não são simplesmente intercambiáveis). Da mesma forma, há sistemas legais que acolhem com mais facilidade um ou outro método. O Código Civil italiano, por exemplo, optou por trazer definições de cada uma das espécies de contratos, evidenciando uma tendência conceitual. É o que ocorre quando, em seu artigo 1.655, define que o contrato de empreitada (*appalto*) é o contrato pelo qual uma parte assume, com a organização dos meios necessários e gestão a seu próprio risco, o cumprimento de uma obra ou um serviço pelo pagamento de uma prestação em dinheiro¹⁷⁸. Ao conceituar, o Código Civil italiano elenca elementos que entende necessários à configuração da espécie. Nosso Código não traz uma definição, mas dá pistas, indica regulamentos possíveis e, por isso, sinaliza o acolhimento de um

¹⁷³ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 115.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 113-114.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 122. Na verdade, ambos trazem problemas: enquanto o método conceitual opera com elevada abstração e destacamento da realidade, o método tipológico vem acusado de excessivo apego aos dados reais e, por isso, de aplicação menos segura (DE NOVA, Giorgio. *Op. cit.*, p. 125).

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 127.

¹⁷⁷ Nesse ponto, afirma expressamente DE NOVA: "Gli *essentialia* sono le caratteristiche necessarie e sufficienti di un dato tipo contrattuale: solo in presenza di tutti gli *essentialia* si ha quel tipo, in assenza anche di un solo *essentiale* non si ha più quel tipo. Le nozioni, che raccolgono gli *essentialia*, hanno allora natura di definizioni di un concetto, e non natura di descrizioni di un tipo." *Idem, ibidem*, p. 132.

¹⁷⁸ Esta situação trouxe para o direito italiano, inclusive, a discussão acerca da pertinência da aplicação do método tipológico naquele sistema (chegando-se à resposta positiva, i.e., da compatibilidade entre método tipológico e o sistema contratual italiano), conforme DE NOVA, Giorgio. *Op. cit.*, p. 138 e seguintes.

pensamento tipológico sem maiores obstáculos. Em outros termos, ao não estabelecer expressamente o que é a empreitada, o Código Civil brasileiro dá mais espaço para que se recolham em seu regramento as principais características do tipo legal.

Sob o ponto de vista conceitual, de forma didática e seguindo a orientação estabelecida por LUIZ OLAVO BAPTISTA, podemos diferenciar uma espécie contratual das demais a partir dos objetos do contrato, da obrigação e da prestação englobadas¹⁷⁹. O objeto do contrato de EPC é a feitura da obra pelo epecista desde a elaboração dos projetos (básico e executivo) e, ao final, sua entrega e aceitação pelo dono da obra ou contratante; o objeto da principal obrigação contratual do epecista é fazer a obra sob sua responsabilidade e direção e do contratante é pagar o preço acordado e aceitar a obra pronta; o objeto da prestação é a própria obra feita. A partir desta análise, há verdadeira identidade entre empreitada e EPC ou, pelo menos, a existência de duas empreitadas celebradas conjuntamente: aquela de projeto e a outra relativa à consecução da própria obra em si com fornecimento de materiais. Em outras palavras, ao se verificar o que caracteriza cada um dos modelos de contrato sob análise (empreitada e EPC) em uma ótica estritamente conceitual, tem-se dois contratos em que há a correspondência do preço pela feitura e entrega da obra. É por isso que, analisando-se o conceito de empreitada global e o conceito de EPC, torna-se relativamente simples dizer que se está diante da mesma espécie de relação. O pensamento conceitual funciona por inclusão/exclusão, por simples juízos de sim ou não (é ou não é empreitada) e, por isso, não dá margem à tonalização de determinadas relações¹⁸⁰. Ocorre que, ao abstrair para poder conceituar, o pensamento conceitual termina por perder importantes elementos que identificam (dão identidade a) determinada relação (neste caso, contratual). Como antecipado pela doutrina portuguesa, o conceito faz com que se perca, em grande medida, a natureza do objeto analisado e, assim, necessita "para ser utilizado, de ser recompletado, de ser reconstruído. A reconstituição faz-se através da

¹⁷⁹ A exemplo do procedimento realizado por BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos da engenharia e construção*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 16.

¹⁸⁰ "O verdadeiro fundamento para a distinção entre a abertura e o fecho reside, não no modo de ser do tipo e do conceito, mas no seu modo de operar: no modo conceptual-substantivo rigoroso e exacto, que funciona em termos binários de sim ou não, ou no modo tipológico-comparativo, que funciona com base na semelhança, em termos de mais ou menos." VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 49.

referência ao tipo que está por trás do conceito e a partir do qual a definição foi construída, faz-se pela re-abertura do tipo"¹⁸¹.

É por isso que as lentes que podem (e quiçá devam) ser utilizadas para a abordagem da questão são aquelas da teoria dos tipos contratuais. Para que se possa analisar este "algo mais" que a distância da análise conceitual deixa escapar, é que se faz extremamente pertinente o uso desta ferramenta que melhor se adéqua ao intento colimado.

Em nosso caso, importa analisar os dois tipos em questão para que se possa chegar a uma conclusão adequada entre identidade e distinção. As características principais dos dois tipos já foram apresentadas (a empreitada no Capítulo I e o EPC no Subcapítulo anterior). O que se passa a fazer, portanto, é, a partir do método tipológico, identificar a autonomia ou não do EPC como tipo social em relação ao tipo legal da empreitada. Para tanto, toma-se por base o tipo legal da empreitada que pode ser colhido da análise do regramento (dispositivo e cogente) de nosso Código Civil. Compreenda-se: como todo tipo contratual, a empreitada comporta certa elasticidade. Sempre haverá um contrato mais paritário que outro do ponto de vista da formação técnica dos contratantes; sempre existirá um modelo mais rígido ou flexível no que toca à autonomia do empreiteiro, de modo a aumentar ou diminuir o controle do dono da obra sobre os rumos dos trabalhos. Esta margem é inerente ao método tipológico. Por isso, aqui, ter-se-á por base o tipo trazido pelas regras legais (e delineado pela doutrina) da empreitada. Por outro lado, o tipo social do EPC será colhido tanto dos principais contratos-padrão internacionais (e, em especial, daquele da FIDIC) como da doutrina que sobre ele se debruça.

Para que se efetue esta tarefa, cumpre entender que o processo tipológico opera por comparação. A comparação entre modelos dá-se pelos chamados índices do tipo, aqueles elementos que são capazes de individualizar, caracterizar determinado contrato e, assim, permitir seu distanciamento dos demais¹⁸². Isso porque um tipo é um quadro significativo composto de diversas partes, mas que subsiste sem uma ou outra delas e, por isso, deve ser compreendido em sua complexidade¹⁸³. Os índices do tipo, portanto, são aqueles caracteres que o descrevem, ao contrário dos requisitos do conceito, em que,

¹⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 95.

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 118.

¹⁸³ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 127.

na falta de um, não há o preenchimento e a consequente subsunção¹⁸⁴. Para fins didáticos e comparativos, empregar-se-á no Subcapítulo seguinte o rol (não exaustivo) de índices trazidos por PAIS DE VASCONCELOS. Trata-se de lista que compila os principais caracteres presentes nos diversos contratos, elencados pela doutrina mais abalizada e que, portanto, serve de base à presente análise. Estes índices mais comumente utilizados em doutrina são a causa em seu sentido objetivo, o fim colimado pelas partes na contratação (aproximando-se do conceito de causa fim), o *nomen iuris* dado pelas partes ao contrato, seu objeto, as prestações, a configuração, o sentido ajustado, as qualidades das partes e a forma do contrato¹⁸⁵. Em nosso caso, individualmente, há alguns índices que apontam à identidade das relações travadas e outros que sinalizam no sentido da disparidade. Pode-se antecipar que o tipo social¹⁸⁶ do contrato de EPC distancia-se do tipo legal da empreitada (se não integral, ao menos parcialmente) por uma série destes índices que podem ser apontados¹⁸⁷. Vejamos um a um, seguindo uma ordem lógica (sem, com isso, adotar a sequência acima enumerada).

2.3. Aplicação do método tipológico à espécie: a qualificação do EPC em contraposição à empreitada

Com a enumeração dos principais índices do tipo, elencados por PAIS DE VASCONCELOS, pode-se aplicá-los à espécie para que, em seguida, sejam explorados alguns outros elementos caracterizadores do EPC, que fogem à lista exemplificativa adotada. Neste primeiro momento, far-se-á uma análise dos tipos da empreitada e do EPC em comparação, apontando seja a identidade dos tipos à luz do índice, seja a sua divergência.

¹⁸⁴ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 127.

¹⁸⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 120.

¹⁸⁶ A repetição de comportamentos humanos atípicos faz com que, paulatinamente, haja a formação de um novo tipo. Como afirma GIOVANA CUNHA COMIRAN, o mundo do típico é o do normal, o que normalmente acontece naquela espécie de relação (contratual, no caso). Até que a lei venha a prever, denominar e regular aquela relação, tem-se tipo social ou sócio-jurisprudencial. Com o reconhecimento legal, passa-se a ter tipo legal, conforme COMIRAN, Giovana Cunha. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck (orgs.). *Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paolo Grossi*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013, p. 335, 337 e 351-352; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. cit.*, p. 62 e ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 399-401.

¹⁸⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. cit.*, p. 117 e ss.

Um primeiro índice sugere a identidade (ao menos parcial) entre o EPC e o contrato de empreitada, qual seja o objeto mediato da prestação¹⁸⁸. O objeto mediato do contrato de empreitada é a obra, resultado qualificado do fazer consistente em trabalho pronto, suscetível de entrega e de aceitação, feito de acordo com um projeto (ou plano) previamente acordado com o dono da obra¹⁸⁹. Tanto pelo contrato de empreitada como pelo contrato de EPC, o contratado o é para a obtenção deste resultado. No contrato de EPC, é ainda praxe a contratação de diversos fazeres, conexos à preparação e à entrega da obra. Nesse sentido, fala-se da obrigação de treinamento do pessoal da contratante para a operação da infraestrutura entregue, na prestação de serviço de manutenção por determinado período ou mesmo no fornecimento das licenças dos equipamentos (*softwares*, por exemplo) envolvidos no funcionamento desta obra. Estas obrigações, no entanto, podem ser vistas como acessórias. Isto é, não são aquelas principais, da essência da função recoberta pelo contrato e que definem o tipo contratual e, por isso, podem ser celebradas ou não sem que com isso se desnature o contrato de EPC. *Engineering, Procurement and Construction* significa elaborar o projeto, fornecer os materiais e construir a obra. Com isso, há verdadeira identidade de objetos mediatos entre empreitada e EPC. O fato de que, em geral, a contratação de um EPC envolva elevados custos e por isso somente faça sentido em obras de grande vulto, também é, neste caso, dado acessório. Uma obra não deixa de ser uma obra, bem (material ou imaterial) decorrente do resultado do fazer humano encomendado por outrem, por conta de seu tamanho.

Ao se dizer que o EPC é a empreitada do direito brasileiro, em geral, está-se atento apenas a esta característica. É esta prestação, em conjunto com a contrapartida, que normalmente participa no pensamento conceitual como elemento de definição da espécie contratual. Ambos são contratos em que se faz algo suscetível de entrega para outrem mediante o pagamento do preço. Desse modo, no confronto entre os conceitos de contrato de EPC e contrato de empreitada, normalmente feito a partir da descrição das prestações contratadas, há, de fato, a identidade de relações travadas. Todavia, sob o ponto de vista tipológico, nenhum dos índices define *per se* o resultado final da

¹⁸⁸ O objeto mediato do contrato pode ser tido como aquele objeto da prestação (a coisa comprada e vendida, a obra feita, etc.).

¹⁸⁹ ALMEIDA, Carlos Alberto Ferreira de. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 156-157.

qualificação e é por isso que aqui se elencam os principais, ampliando o escopo da análise conceitual.

Há um segundo índice que aponta para a identidade entre os modelos da empreitada e do EPC, diretamente conectado ao primeiro. Trata-se da contrapartida à prestação principal do contrato. No contrato de empreitada, o preço pode ser fixado de forma global, em partes ou ainda variável de acordo com uma série de critérios (por exemplo, por margem de lucro em cima dos materiais e serviços prestados, por tempo de serviço, etc.). No contrato de EPC, o mesmo ocorre. É que, embora seja mais comum que o contrato de EPC seja firmado a preço fixo (esta, aliás, é uma das exigências dos principais financiadores internacionais como Banco Mundial)¹⁹⁰, trata-se de uma característica frequente, mas não necessária. É o que aponta a doutrina, ao afirmar que o contrato de EPC é normalmente firmado com preço fixo (chamado em âmbito internacional de *lump sum*)¹⁹¹. Isso porque a exigência de maior segurança no âmbito do EPC reflete-se com maior clareza na adoção de um preço fixo. Este preço, aliás, deverá ser majorado exatamente como contrapartida a esta assunção de responsabilidades, *i.e.*, incluirá "remuneração adicional para fazer frente aos riscos e contingências que lhe são locados na estrutura do Contrato EPC"¹⁹². De qualquer maneira, ainda que o preço fixo corporifique e densifique bastante a principal característica do contrato de EPC (que é a segurança ao contratante no prazo, preço e qualidade), não constitui ele uma característica determinante do contrato de EPC apenas. Trata-se de índice importante, mas que em tudo se assemelha ao contrato de empreitada global de nosso sistema.

O terceiro e quarto índices contratuais elencados por PAIS DE VASCONCELOS na listagem acima podem ser tratados breve e conjuntamente, já que não trazem grandes complicações na qualificação dos contratos ora em comparação. O primeiro deles, qual seja a forma, não traz diferenciações entre os tipos sob análise. Ambos os contratos não são solenes e, por isso, prescindem de forma predeterminada para produção de efeitos e, em especial, daqueles efeitos usualmente buscados pelas

¹⁹⁰ SILVA, Leonardo Toledo da Silva. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

¹⁹¹ "The lump-sum pricing method is often used for turnkey and EPC contracts and enables the use of fixed payments by stages of completion." HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 19.

¹⁹² ENEI, José Virgílio Lopes. ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

partes. O segundo deles, qual seja a qualidade das partes¹⁹³, também não traz grandes dificuldades. O contrato de empreitada pressupõe que, em um dos polos da relação, situe-se um empreiteiro, presumidamente detentor da *expertise* para a efetivação dos serviços para o qual é contratado. Em diversas passagens, como se verá a seguir (na estrutura e sentido da contratação), o Código Civil brasileiro protege o dono da obra, partindo de uma ideia de assimetria técnica. Em princípio, no contrato de empreitada, é o empreiteiro quem é o conhecedor da melhor técnica para a consecução da finalidade para a qual é contratado. Nada impede, no entanto, que se tenha um contrato de empreitada em que o contratante tenha ele também uma equipe especializada para o acompanhamento dos serviços prestados. Aliás, é o que acontece em grande parte dos contratos administrativos de construção, celebrados à luz do que estabelece a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações). O Poder Público, quando licita determinada obra, o faz mediante seu órgão técnico (normalmente Secretaria ou Ministério de Obras), por exemplo, setor que possui, em seus quadros, servidores técnico-administrativos com conhecimentos específicos da matéria envolvida. Isso não tira do contrato de empreitada a sua natureza tradicional. No contrato de EPC, por sua vez, presumidamente, ambas as partes (tanto a SPE usualmente contratante como o consórcio contratado) possuem conhecimentos profundos sobre o objeto da contratação, ainda que aquele que construa seja o técnico experiente e detentor dos meios (ou pelo menos, do acesso aos meios) para levar a cabo a execução dos serviços. A pressuposição do tipo social do EPC (a

¹⁹³ A qualidade das partes como índice do tipo não se mostra estranha à nossa jurisprudência. No julgamento do Recurso Especial n. 865.132/SC, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela atipicidade de contrato de "parceria suinícola", celebrado antes da Lei 11.443/2007 (que tratou especificamente do tema, no sentido sinalizado pelo próprio STJ anteriormente, no julgamento do REsp 171.989/PR). Tratava-se de relação contratual pela qual a indústria-parceira comprometia-se ao fornecimento de suínos ao produtor-parceiro. Este, por sua vez, encarregar-se-ia da criação dos animais em galpões de sua propriedade com equipamento seu para, ao final, ter os animais vendidos à contraparte para abate. Ao longo do procedimento, a indústria forneceria ainda acompanhamento técnico (veterinário, sobretudo), bem como rações e insumos. Tendo sido vencidos nas instâncias ordinárias, os produtores rurais buscavam junto ao STJ a aplicação do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964) para que, dentre outros e especialmente, fossem indenizadas as benfeitorias feitas e os lucros cessantes supostamente tidos por força do encerramento abrupto da relação contratual. Ao analisar o caso, a Corte levou em consideração primordialmente três requisitos: os sujeitos da relação e a estrutura e finalidade da contratação (estes, de forma conjunta). Enquanto o Estatuto da Terra e seu regulamento (Decreto n. 59.566/1966) previam expressamente a proteção daquele parceiro que apenas exerce a atividade sobre a terra em face do proprietário do imóvel (por força da hipossuficiência do produtor - *rectius*: vulnerabilidade -), no caso em questão tinha-se um proprietário em relação com uma indústria. Tratava-se portanto de sujeitos diversos daqueles protegidos pela lei. Além disso, no que toca à finalidade e estrutura, o STJ esclareceu que a relação entretida pelas partes era de comunhão de esforços para o resultado produtivo comum. Ambos buscavam garantir a elevada produtividade e a qualidade desejável à criação de suínos para o abate e produção industrial. Ou seja, não restava configurado um típico contrato de troca, como o é a parceria agrícola de tipo legal. Portanto, a Corte concluiu pela atipicidade do contrato e, por conseguinte, pela inaplicabilidade das regras protetivas do Estatuto da Terra.

configuração de seus elementos e o sentido por eles buscado) é diversa daquela engendrada pelo tipo legal da empreitada. Não há aí uma pressuposição de desigualdade ou vulnerabilidade técnica de uma das partes. Pelo contrário, neste âmbito, a ideia subjacente é a de igualdade de conhecimento entre os contratantes, que podem negociar conscientemente (com relação ao aspecto técnico) as cláusulas contratuais, inclusive com expressas e frequentes renúncias a direitos constantes do Código Civil. A igualdade de forças na fase negocial está muito mais ligada a questões de mercado (que pode estar pendendo ao lado dos contratantes ou dos construtores, a depender de uma série de fatores econômicos) e, por isso, ainda que se reflita em determinadas cláusulas contratuais e, sobretudo, nos preços acordados, não constitui característica deste ou daquele índice contratual. De qualquer maneira, nada impede que uma SPE celebre, com um consórcio de empresas construtoras, contrato de empreitada nos moldes tradicionais. Este índice, portanto, indica uma identidade entre ambos os modelos.

O quinto índice do tipo diz respeito à estipulação do tipo ou *nomen iuris* feita pelas partes no momento da contratação. Tradicionalmente, diz-se que o *nomen iuris* dado pelas partes ao seu negócio é irrelevante¹⁹⁴. Esta afirmativa, todavia, vem sendo criticada pela doutrina mais atenta. É que, se de fato é o julgador (investido do Poder estatal ou pelas partes escoradas na Lei) quem definirá se o nome dado corresponde ao regramento a que as partes se vincularam¹⁹⁵, a escolha do *nomen iuris* reflete ela também um ato declarativo, um ato de autonomia privada. "Com a estipulação do tipo as partes acordam acerca do tipo contratual em cujos termos se vinculam" e, assim, possui relevância "como índice do tipo quando as partes estipulam no contrato a própria qualificação, ou dando ao contrato uma concreta qualificação, ou excluindo expressa ou implicitamente uma qualificação que não desejam."¹⁹⁶ Ao dar ao seu instrumento contratual o nome de "Contrato de Empreitada", as partes estão expressando, declarando que desejam se vincular ao tipo legal do Código Civil ou da Lei de Licitações tradicionalmente existente na ordem jurídica brasileira (o tipo legal). Em sentido diverso, quando afirmam que estão celebrando um contrato de EPC, os contratantes, aqueles que podem celebrar contratos atípicos dentro dos limites legalmente

¹⁹⁴ MIRANDA DE CARVALHO, escorado nas lições de TEIXEIRA DE FREITAS, refere os brocardos romanísticos de que "[...] 'actus a subjecto suam capit denominationem, et secundum sui subjecti naturam regulatur - o ato recebe de seu objeto a denominação e é regulado pela natureza desse objeto' e 'actus, non a nomine sed ab effectu, iudicatur - o ato julga-se não pelo nome, mas pelo efeito'." CARVALHO, E. V. de Miranda. *Contrato de empreitada*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 15.

¹⁹⁵ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 81.

¹⁹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 134.

estabelecidos pelo artigo 425 do Código Civil, estão declarando que querem se alinhar a este tipo social internacionalmente reconhecido. Reconhecer a importância do nome jurídico dado às partes ao contrato por elas estabelecido é, ao fim e ao cabo, respeitar a autonomia privada e dar vigência à referida disposição legal. Por óbvio, não se trata de índice suficiente à qualificação do contrato concretamente celebrado (como, em verdade, não o é nenhum dos outros índices), mas denota característica que não pode ser descurada pelo intérprete. Este índice já indica uma tendência divergente perceptível *prima facie*. Quem declara estar celebrando um contrato de EPC declara, *a contrario sensu*, não estar firmando um contrato de empreitada (pelo menos a princípio). Em especial, ao se firmar um contrato de EPC, modelo marcadamente diverso daquele que o ordenamento legal disponibiliza, está-se afirmando que as partes desejam desviar-se daquele tipo legal, celebrar contrato fora da moldura legalmente estabelecida. Se o conteúdo do contrato, sua configuração (a relação entre as estruturas internas), sua forma, seu sentido, etc., confirmarem esta tentativa, só a análise dos índices em conjunto poderá definir peremptoriamente ao final do processo de qualificação. Todavia, não se pode por si só descartar a declaração expressa no contrato e forçar a contratação para os moldes legalmente fornecidos.

O sexto e sétimo índices acima enumerados são mais complexos e, estes sim, sugerem divergência entre os tipos legal e social em análise. Fala-se da configuração do contrato e do sentido interno que lhe dá coesão, elementos intrinsecamente ligados entre si. A configuração reflete as várias maneiras com que os diferentes elementos internos do contrato se relacionam entre si¹⁹⁷. As várias determinações que compõem o conteúdo do contrato podem ligar-se de diversos modos, segundo determinado sentido. Este arranjo é, ele mesmo, um índice do tipo. Ao contrário do conceito, que é uma soma de partes, o tipo forma-se a partir da repetição, com múltiplas possibilidades de combinação entre seus elementos, a partir de um determinado sentido extraído dessa totalidade variável¹⁹⁸. É a partir desta percepção que surge o outro índice sob análise. Ainda que a configuração volte-se à viabilização de determinada finalidade e seja organizada a partir de determinado fim, ela não se confunde com este sentido, o sétimo índice aqui indicado. "O sentido é o que dá unidade ao contrato e ao tipo contratual, é o

¹⁹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 149.

¹⁹⁸ COMIRAN, Giovana Cunha. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck (orgs.). *Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paolo Grossi*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013, p. 336-337.

que dá critério à sua configuração. É o 'código genético-organizativo' que traz à transparência os princípios valorativos segundo os quais o contrato e o tipo contratual, como unidades orgânicas, se conformam e articulam."¹⁹⁹ Desse modo, ainda que os limites do tipo sejam fluidos (ao contrário dos limites do conceito geral e abstrato, que, por trabalhar por inclusão ou exclusão, são mais cerrados), os tipos constituem uma totalidade orientada em um sentido que lhes dá coesão, que ordena o modo como seus elementos internos se relacionam²⁰⁰. A configuração, por sua vez, é o modo com que os elementos contratuais se organizam a partir, em torno deste e em direção a este sentido.

Nesse contexto, pode-se apontar que o regramento do tipo legal da empreitada pressupõe uma constante relação de assimetria entre o dono da obra e o empreiteiro. Em que pese esteja-se no âmbito do Código Civil, o contrato de empreitada presume, em toda a sua estrutura, uma assimetria no plano técnico e, por isso, volta-se à proteção do vulnerável sob este aspecto pontual. Isto é, ainda que se esteja diante de contrato paritário, a legislação marcadamente estabelece regras voltadas à proteção do dono da obra. Como já se anunciou, o empreiteiro é presumidamente aquele que detém a *expertise* do negócio de confecção da obra para a qual foi contratado²⁰¹. Independentemente do objeto da empreitada (o terno, a casa, o *software*), quando contratados para fazerem a obra, os empreiteiros o são exatamente por esta experiência técnica. O contrato é entre privados, iguais sob o ponto de vista normativo, mas a lei leva em consideração a desigualdade de conhecimento técnico que os move à contratação para conformar as regras nela estabelecidas. Assim são as disposições dos já citados artigos legais. O artigo 613 do Código Civil dispõe que, em uma empreitada de trabalho, se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro (ou seja, por fato que não pode ser imputado a um ou a outro, *a priori*), o empreiteiro perderá sua retribuição, escusando-se apenas se provar que a perda decorreu de defeito dos materiais, já apontada por si anteriormente. Parte da premissa, portanto, "de que o empreiteiro deve, obrigatoriamente, ter conhecimento técnico para realização do trabalho, o que inclui a escolha e/ou avaliação do material a ser empregado na obra,

¹⁹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 155.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 45.

²⁰¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 208.

inclusive no que tange à sua qualidade e quantidade"²⁰². No mesmo sentido, o artigo 615, em sua segunda parte, estabelece o dever do empreiteiro seguir estritamente tanto os planos existentes, as instruções dadas pelo dono da obra quanto "as regras técnicas em trabalhos de tal natureza". Desrespeitadas estas, pode o comitente negar-se ao recebimento da obra ou mesmo requerer abatimento no preço fixado. Caminha ainda no mesmo sentido a disposição do artigo 618 do Código Civil, que fixa a responsabilidade do empreiteiro de construções pela solidez e segurança do trabalho prestado durante cinco anos, assim em razão dos materiais fornecidos, como do solo sobre o qual edificou a obra. Da mesma maneira, os arts. 619 e 620 relativos ao reajuste do preço pactuado, trazem proteção adicional ao contratante. Nestas regras, como em tantas outras, o que chama a atenção é que a responsabilidade é distribuída de acordo com o critério assimetria técnica (ou informacional, nas palavras de LUIZ OLAVO BAPTISTA)²⁰³. Note-se que é esta a configuração e o sentido dados pelo tipo legal²⁰⁴.

No tipo social do contrato de EPC, não é este o sentido que dá coesão ao tipo. Obviamente, em se tratando de um contrato de construção com uma construtora (ou um consórcio de que uma construtora faça parte) em um dos polos, há certa assimetria técnica que não pode ser desconsiderada. Não obstante, "a natureza da relação jurídica existente entre epecista e contratante é eminentemente privada, não havendo, usualmente, entre eles uma condição de real vulnerabilidade ou hipossuficiência; muito pelo contrário, é comum e espera-se que ambas as partes sejam jurídica e tecnicamente bem assessoradas no processo de contratação, estando bastante cientes dos riscos envolvidos e assumidos."²⁰⁵ Ao fim e ao cabo, a assimetria ou paridade entre os contratantes não é o elemento central, o sentido que dá coesão ao contrato de EPC e determina a configuração de suas características. No EPC, o sentido, o elemento de coesão é outro. Isso porque a assimetria que caracteriza o tipo legal da empreitada é praticamente desconsiderada no EPC. Neste, na configuração do contrato, em seu arranjo, as características internas voltam-se basicamente à segurança quanto ao preço,

²⁰² ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 302.

²⁰³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos da engenharia e construção*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 18.

²⁰⁴ Ressalva-se apenas que os tipos concretos visualizados na prática, todavia, podem desviar-se parcialmente desta modulação dentro da elasticidade do tipo legal.

²⁰⁵ SILVA, Leonardo Toledo da. *Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

prazo e *performance*, mediante a atribuição de maioria absoluta da responsabilidade ao construtor.

Com efeito, é indiscutível em doutrina e prática contratual que o contrato de EPC tem como principal característica a transferência da maioria absoluta da responsabilidade pela execução das obras e dos riscos daí decorrentes ao construtor²⁰⁶. Por este motivo, trata-se de modelo comumente denominado de *single point responsibility* ou *unifocal point*²⁰⁷, uma vez que traduz em sua natureza e em toda sua estrutura a maior responsabilização do contratado. O afastamento desta característica, inclusive, desnatura o próprio contrato de EPC derivando para outros modelos de contrato de construção²⁰⁸. Esta característica perpassa toda a relação travada entre as partes e se manifesta em diversas das cláusulas contratuais, ou seja, é identificável na estrutura do contrato (em sua configuração) em uma série de pontos. A doutrina assim define os riscos construtivos de um empreendimento, os quais, pelo contrato de EPC, são assumidos pelo construtor:

O efeito prático e legal de tal Contrato EPC é justamente transferir a maior parte dos riscos de construção à firma construtora. Os riscos de oscilação de preços de materiais e equipamentos, ou ainda de estouro do orçamento por erro de previsão, são absorvidos pela firma construtora, na medida em que o contrato normalmente prevê uma remuneração fixa previamente acordada, sem que caiba direito a qualquer revisão ou reajuste salvo em hipóteses excepcionais ou de acordo com os índices monetários previamente ajustados. O risco de atraso na conclusão da obra é também atenuado considerando que tais contratos invariavelmente prevêem cláusula penal (*liquidated damages*) com indenização proporcional ao atraso e, em parte, suficiente para fazer frente às parcelas do financiamento vencidas durante o período de atraso. Adicionalmente, a firma construtora assume grande parte dos riscos de qualidade, especificações técnicas e ausência de defeitos, comprometendo-se a repará-los ou indenizá-los à sociedade financiada. Outros tantos riscos associados à construção são transferidos por força de cláusulas específicas. Como resultado de tudo isso, os riscos de construção convertem-se, em grande parte, em risco de crédito da firma construtora, que, por sua vez,

²⁰⁶ BUENO, Júlio Cesar. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67; HOSIE, Jonathan. *Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: what do owners want? What do they get?*. Mayer Brown International LLP, november, 2007; ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

²⁰⁷ BUENO, Júlio Cesar. *Op. cit.*, p. 66.

²⁰⁸ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

também pode ser atenuado por meio de fianças, seguro-garantia ou outros instrumentos de praxe.²⁰⁹

Em um EPC, portanto, a configuração do contrato dá-se com a transferência da maior parte dos riscos ao epecista, de modo a assegurar, na maior medida possível, a rigidez e previsibilidade do preço, do prazo e da *performance* buscada. Esta característica central do contrato de EPC pode ser definida como seu sentido, seu elemento de coesão. Isto é, é este o seu sentido, seu elemento de coesão (sétimo índice), que orienta a estrutura do contrato (sexto índice). Esta constatação pode ser facilmente identificada nos principais modelos internacionais de contrato disponíveis. Seja no Contrato Prata da FIDIC (modelo internacional mais difundido), seja no modelo britânico (aqui representado pelo ICE), seja ainda na referência europeia (contratos da EIC) ou japonesa (contratos da ENAA), o que caracteriza o EPC é a assunção de responsabilidade massiva por parte do construtor. Esta assunção de responsabilidade traz consigo a segurança quanto ao prazo de execução dos serviços, o custo da obra e a *performance* buscadas.

No âmbito do *Silver Book* da FIDIC, o livro expressamente estabelece que o preço contratado não será revisado por conta de dificuldades ou custos imprevisíveis (Cláusula 4.12, item 'c' do *Silver Book*)²¹⁰. Ainda, o mesmo modelo traz a já mencionada responsabilidade do construtor pela verificação da adequação e da correção dos dados fornecidos pelo próprio contratante em suas exigências (*employer's requirements*), passando tanto pelos cálculos feitos, como pelos dados de solo e até pelos pré-projetos apresentados (Cláusulas 4.10 e 5.1 do *Silver Book*). A concentração e deslocamento de responsabilidade ao epecista é visivelmente levada ao extremo. O contrato da ENAA (associação japonesa), por sua vez, não chega a tal ponto. A responsabilidade pela correção e exatidão das informações prestadas ainda é do dono da obra (cláusula "GC 10.1"), contudo o construtor permanece responsável pelo exame dos dados fornecidos, pela inspeção do local de obra e reconhece que a falha em buscar maiores informações não o exime da responsabilidade de estimar adequadamente os custos e dificuldades na execução dos trabalhos. Esta linha perpassa as fases de *engineering, procurement e construction*. O que merece ficar claro é que a concentração

²⁰⁹ ENEL, José Virgílio Lopes. *Op. cit.*, p. 199.

²¹⁰ O modelo contratual encontra-se disponível para consulta como apêndice em HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 672.

de responsabilidades no epecista para garantia da segurança quanto aos principais vetores acima elencados perpassa todo o contrato. É ela que dá coerência interna ao EPC, sendo o sentido em torno do qual as cláusulas contratuais se organizam.

Neste ponto, é oportuno que se migre para a análise do oitavo índice elencado por PAIS DE VASCONCELOS, mais problemático que os demais. Trata-se do papel da causa nos contratos²¹¹ que se torna de difícil análise por conta dos diferentes conceitos e funções que lhe foram atribuídos ao longo do tempo e nos vários ordenamentos em que foi debatida (desde as teorias subjetivas, àquelas objetivas)²¹². De maneira bastante sintética, pode-se afirmar que as principais teorias que se consolidaram foram a teoria subjetiva (da causa fim) e a teoria objetiva (da causa função)²¹³. Para a primeira, em sua versão mais prestigiada traduzida nas ideias de HENRI CAPITANT, a causa é o fim representado pelo interesse no cumprimento da prestação de cada um dos contratantes²¹⁴. Este fim é aquele manifestado (causa final), que não se confunde com os motivos que levam os contratantes, em seu foro íntimo, a celebrar o instrumento. Por sua vez, para a segunda linha teórica, a causa (abstrata) é a função econômico-social do contrato reconhecida pelo direito como relevante²¹⁵. Há ainda uma outra acepção recente à função econômico-social, diversa do tipo, mas que merece aqui uma breve menção pela aproximação à causa objetiva. Trata-se do conceito de função econômico-social adotado por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA como um dos elementos do conteúdo contratual²¹⁶. Segundo o autor "a função econômico-social é o elemento que indica a sua finalidade metajurídica, fundamental e global."²¹⁷ Em especial, chama a atenção o elemento da finalidade global da função econômico-social, que faz com que esta evidencie "o perfil unitário e aglutinador de outros elementos (e, por isso, funcional em sentido lógico), que orienta e explica o próprio ato, separado da finalidade de cada

²¹¹ A relação entre os conceitos de causa e tipo é complexa e varia de acordo com a concepção da causa que se siga.

²¹² Como sintetizado nos capítulos I a IV de SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²¹³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 342-343.

²¹⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 98.

²¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 88-118.

²¹⁶ Este, aliás, é um dos caracteres que diferencia a função econômico-social do tipo. Explica o autor: "A função econômico-social é elemento (um dos elementos) do conteúdo contratual, que neste se apresenta e insere sob as diversas modalidades admitidas pelo sistema jurídico [...]. Diferentemente, cada tipo contratual é formado pela frequente combinação repetida de vários elementos, um dos quais pode ser, mas nunca é só, a função econômico-social. Esta pode ser um dos índices do tipo, mas nunca é suficiente para a qualificação tipológica do contrato." ALMEIDA, Carlos Alberto Ferreira de. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 102.

²¹⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Op. cit.*, p. 100.

uma das partes, ainda que típicas mas determinadas por interesses individuais legítimos."²¹⁸ No contrato de EPC, é esta atribuição massiva de responsabilidade ao construtor destinada a fornecer segurança (quanto ao prazo, ao preço e à *performance* esperada), que dá unidade e aglutina os demais elementos internos do contrato, orientando e explicando o negócio jurídico.

Em especial, dentro da miríade de teorias existentes, para fins de nossa análise, torna-se pertinente a indagação de MARIO BESSONE acerca da existência de um elemento entre a irrelevância dos motivos e a causa objetiva (como função típica). Trata-se de indagação deveras útil a fim de diferenciar o contrato de EPC dos demais tipos voltados à execução de obras e sobretudo da empreitada, permitindo que se insiram outros elementos que não a mera função na individualização da causa. De fato, MARIO BESSONE parte do mesmo questionamento feito acima no sentido de que entre a suposta irrelevância de motivos e a função econômico-social típica (caracterizadora da causa objetiva), encontram-se interesses que ingressam na economia do contrato (na distribuição de obrigações e assunção de riscos) e que, por não coincidirem com esta função, restam descobertos pela teoria tradicional²¹⁹. Como sintetizado por LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, se de um lado a regra é a irrelevância dos motivos, "a coincidência entre causa e função econômica deixa de lado uma série de interesses individuais, fruto do exercício da autonomia privada e que, sem serem reprováveis, não estão açambarcados na definição típica daquele contrato. Assim, acaba-se tendo uma área não reconhecida, mas que carece de razão para não obter dito reconhecimento, produzindo efeitos na relação contratual"²²⁰. Ocorre que, a partir da teoria da causa objetiva, por se tratar de elementos que não correspondem à função econômica do contrato, estes interesses caíam dentro da regra de irrelevância de motivos. Não obstante, foram interesses levados em conta na estruturação da relação, considerados pelas partes (ainda que não tenham vertido em cláusulas contratuais). Ora, não pode a teoria tachar de irrelevante um interesse a que as partes deram relevância contratual. Nesse sentido é que MARIO BESSONE encaminha suas conclusões apontando que o motivo irrelevante é aquele interesse ao qual não corresponde nenhuma

²¹⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 101.

²¹⁹ BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1969, p. 216

²²⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 113.

correlação contratual, que não é levado em conta no estabelecimento da relação sinalagmática estabelecida. É irrelevante não por ser desconhecido da parte adversa, mas porque não faz parte da economia contratual (seja expressamente, seja pela sua interpretação). O motivo é irrelevante porque o que a regra da irrelevância de motivos (em nosso Código Civil, referida no art. 140) presta-se a proteger é que não se transfira ao contraente um risco por ele não assumido²²¹. Trata-se, ao fim e ao cabo, do binômio "custo-benefício" objetivamente estabelecido pelas partes na contratação, consistente na sinalagmaticidade das obrigações assumidas²²². A causa, neste caso, representa a relação de reciprocidade entre vantagens e benefícios estabelecida pelo contrato²²³. Ao que importa ao presente estudo, esta relação de custo benefício, no contrato de EPC, assume caracteres bastante particulares que findam por estruturar a relação de forma peculiar.

Como se enunciou anteriormente, o fim colimado com a contratação de um EPC (o interesse no cumprimento da prestação do outro contratante, causa fim)²²⁴ ou, sob outra ótica, a relação de custo-benefício travada pela estrutura do contrato (no sentido da lição de BESSONE acima apontada, a causa sinalagmática), consiste na assunção, por parte do construtor, da maioria absoluta dos riscos da operação. A parte contrata um EPC (e não uma empreitada tradicional), porque é este modelo que fornece a maior segurança relativamente ao tempo e aos custos de execução da obra. Ao consolidar em uma mesma pessoa (ou polo contratante), as fases de projeto, compra e execução, regra geral, reduz-se o tempo de execução da obra e os riscos de que a execução não se dê conforme o projetado, bem como os problemas decorrentes da coordenação entre diversas atividades regidas por contratos diversos²²⁵. Como informa JOSEPH A. HUSE, não se pode esquecer que estes projetos são compostos por diferentes "pacotes de serviços", que devem interagir entre si dando coesão à obra como um todo²²⁶. Ou seja, se se empregam múltiplos contratos, o contratante precisará providenciar a coordenação de vários construtores (ou empreiteiros) e subcontratados. Esta coordenação necessita que o contratante tenha os conhecimentos e experiência para assumir esta coordenação

²²¹ BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1969, p. 279-280.

²²² SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 118.

²²³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2ª Ed. Milano: Giuffré, 2011, p. 349-350.

²²⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 98.

²²⁵ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 3.

²²⁶ *Idem, ibidem*, p. 17.

(e entenda os métodos construtivos e tecnologia que será empregada por cada um dos fornecedores) ou que o contrato preveja ainda um terceiro responsável pela coordenação dos serviços²²⁷. Esta segurança é fornecida pelo EPC por diversos métodos, sendo quiçá o principal deles o estabelecimento de um contrato exaustivo em que a relação é minuciosamente descrita passo a passo. De todo modo, em qualquer destas fases, o que se visualiza é a assunção da responsabilidade sobre os eventos construtivos por parte do epecista, que receberá como contraprestação remuneração majorada.

De forma gráfica, a situação apresentada a partir da análise dos índices do tipo trazidos por PAIS DE VASCONCELOS pode ser assim resumida:

Índice	Identidade	Diversidade
Objeto mediato	X	
Contrapartida	X	
Forma	X	
Qualidade das partes	X	
Estipulação do tipo		X
Configuração do contrato		X
Sentido		X
Causa subjetiva	X	
Causa objetiva	X	
Causa sinalagmática		X

2.4. Traços distintivos específicos do EPC

Além dos índices acima elencados por PAIS DE VASCONCELOS como os principais caracterizadores dos tipos em geral, o contrato de EPC apresenta outras características (ou traços distintivos, nas palavras de DE NOVA) que o distinguem dos demais contratos de construção. Trata-se de caracteres que, em que pese fujam daquela lista exemplificativa trazida por PAIS DE VASCONCELOS como os fatores capazes de

²²⁷ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 3.

servir de método de comparação entre tipos, podem ser apresentados como características específicas, a fim de auxiliar na apreensão da natureza do contrato sob análise, de aprofundar sua descrição. Alguns deles estão presentes em todos os contratos de EPC, enquanto outros aparecem somente de forma eventual. Todavia, para a conformação do tipo social do contrato de EPC, há que se apresentar tais elementos, que se repetem e por conseguinte servem à qualificação do tipo em análise. É que se o tipo é colhido da repetição, da consolidação prática de reiterada aplicação de determinados caracteres²²⁸, os traços a seguir são importantes à construção da estrutura sob enfoque. Vale recordar que a eventual ausência de um ou outro elemento em determinado contrato concreto não determina *per se* a inexistência do tipo do EPC²²⁹. Isso porque, como já explicitado, o método tipológico não trabalha com juízos de binários, mas com a composição formada pelos caracteres ora delineados.

Um primeiro destes elementos que merece destaque é o caráter tendencialmente exaustivo dos contratos EPC. Em grande medida, esta característica decorre da origem anglo-saxônica do modelo. Enquanto, nos países de tradição de *civil law* os contratos possuem uma estrutura jurídica de base no ordenamento, que vai suplementando e complementando as disposições das partes onde estas forem lacônicas (por vezes, de forma cogente, por outras, apenas na falta de estipulação de regras próprias), na tradição jurídica do *common law*, o processo de criação e integração do regramento contratual *inter partes* dá-se de forma diversa²³⁰⁻²³¹. A despeito da existência de leis (*statutes*) sobre determinados temas limitando o poder dispositivo das partes, os países de *common law* não possuem como regra o estabelecimento de corpos normativos definindo previamente regras sobre os principais temas jurídicos. Ademais, não há um Código listando contratos em espécie que podem ser celebrados pelas partes como em nosso sistema²³². Como regra, para decidir os casos postos à sua apreciação, o juiz vale-

²²⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 38.

²²⁹ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 142-143.

²³⁰ JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - a guide for practitioners*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 106.

²³¹ Como refere PAIS DE VASCONCELOS: "É notória a diferença de âmbito material do clausulado nos contratos celebrados em sistemas como os da Europa continental, em que as partes deixam aos Códigos grande parte da disciplina dos contratos, que têm assim clausulados relativamente pouco extensos, e nos contratos celebrados em sistemas anglo-americanos, em que os clausulados contratuais são surpreendentemente extensos e detalhados, chegando mesmo a regulamentar matérias de calendário." PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Op. cit.*, p. 320.

²³² Conforme ZWEIGERT e KÖTZ, ainda que as normas dispositivas *legais* existam, estas são raras neste sistema. No original: "Zwar sind gesetzliche Vorschriften, die in dieser Funktion zur Ergänzung eines unvollständigen Vertrages bereitstehen, vergleichsweise selten". ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein.

se daquelas regras que foram desenvolvidas na jurisprudência então vigente²³³. Em sistemas de *civil law*, a maior parte da disciplina legal dos contratos típicos é formada por normas dispositivas²³⁴. Trata-se de regras que representam uma regulamentação racional e equilibrada da relação lacunosa²³⁵, de acordo com o que costumeiramente acontece, tendo como finalidade complementar a relação nos pontos omissos pelas partes. O *common law* conhece os *implied terms* como elementos capazes de colmatar lacunas contratuais, mas que diferem em muito das regras dispositivas da *civil law*²³⁶⁻²³⁷. *Implied terms* são condições não escritas pelas partes que servem ao atingimento do fim contratual por elas estabelecido, sejam decorrentes do próprio contrato, sejam ainda decorrentes do ordenamento jurídico comum²³⁸. Este procedimento (de retirar do direito comum ou da natureza do contrato as normas que lá não se encontram expressamente definidas) é conhecido do direito continental. Trata-se das hipóteses em que, na existência de direito dispositivo, o juiz recorre à interpretação integrativa do contrato²³⁹. O direito dispositivo é legislado, externo às partes e, por isso, disponível *ex ante*. O que se verifica, portanto, é que, na tradição do *common law*, os contratos buscam definir a integralidade da operação, já que não há o arcabouço legal de base para suplementar a

Einführung in die Rechtsvergleichung. 3. Auflage. Tübingen: Mohr, p. 402. Apontam os autores, contudo, a existência de determinadas leis sobre alguns pontos de contratos específicos, como o Sale Goods Act de 1979 e o Supply of Goods and Services Act de 1982.

²³³ *Idem, ibidem*, p. 403.

²³⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 460.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 460.

²³⁶ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Op. cit.*, p. 318. Há ainda *implied terms* decorrentes do uso que aproximam bastante do direito dispositivo costumeiro, conforme ZWEIGERT e KÖTZ, *Op. cit.*, p. 403-404. Em verdade, a evolução do direito americano e inglês fez com que a compreensão e aplicação dos *implied terms* divergisse em ambos os sistemas. No direito norte-americano a bipartição da interpretação entre *interpretation* (destinada a determinar a vontade das partes) e *construction* (voltada a resolver a controvérsia entre as partes a partir do comportamento razoável de boa-fé), permitiu que os *implied terms* legais pudessem desenvolver-se. Por sua vez, na Inglaterra onde tal cisão não se operou, os contornos dos *implied terms* tornaram-se um tanto "viscosos", como explicita DE NOVA, Giorgio. *Op. cit.*, p. 39-41.

²³⁷ Vale destacar, apenas, que o que se apresentou não significa que o *civil law* não trabalhe com conceito muito próximo dos termos implícitos do direito anglo-saxão. Estes elementos entram como meios da interpretação e, por conseguinte, da integração dos negócios. Segundo MARINO, "meios para a interpretação da declaração negocial ou das declarações negociais são: sentido literal da linguagem, contexto verbal e contexto situacional (também chamado de circunstâncias)." MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102. Ou seja, os sistemas de *civil law* utilizam-se regularmente também dos termos implícitos ao próprio contrato como meio de preenchimento de lacunas no regramento contratual.

²³⁸ GORDLEY, James. *Foundations of private law : property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 379.

²³⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Op. cit.*, p. 400.

ausência de manifestação das partes²⁴⁰. Esta característica, portanto, vem imbuída na própria natureza do contrato de EPC por conta de sua origem anglo-saxônica.

Além disso, a tendência a uma regulação mais completa decorre da própria natureza atípica (contrato atípico misto) do contrato de EPC. Ao se desvincular daqueles tipos expressamente contidos na lei "exige-lhes o cuidado de descerem a minúcias extremas, porque na sua disciplina legal falta a sua regulamentação específica"²⁴¹. Sobretudo, no EPC, a disposição sobre o máximo possível é formato que se volta a viabilizar o atingimento daquela segurança colimada pelas partes. Isto é, a partir de sua autonomia, os privados buscam reger a relação integralmente, desde os primeiros contatos *inter parte* até a fase pós-contratual. Este é elemento de fundamental importância mormente perante os financiadores de projetos desta escala. É que, como se verá ainda neste capítulo, normalmente os investidores que aportam capital nestas obras exigem grande dose de segurança da contratante do EPC, tomadora de recursos (em especial quando estruturado modelo de *project finance*). Esta segurança é fornecida, dentre outras formas²⁴², pelo próprio regramento tendencialmente integral da relação.

Não se pode descurar, no entanto, que há pontos sobre os quais as partes intencionalmente deixam lacunas desejadas. Isso porque, como aponta JUDITH MARTINS-COSTA:

O tempo está no cerne de todo e qualquer contrato, mas tem um peso particular nos contratos duradouros em que, nem sequer como ilusão, a fixidez se pode manter. [...] Entre seus traços peculiares está a suscetibilidade ao risco do desequilíbrio econômico motivado pelos mais diversos fatores: financeiros, climáticos, estratégicos, ecológicos, fiscais, políticos, e, inclusive, o risco do inadimplemento de outros contratos, especialmente quando integram cadeias contratuais complexas em que o inadimplemento de um contrato tem reflexo direto sobre os demais. Nesses ajustes, 'complexidade' e 'contrato' se apresentam como conceitos necessariamente correlatos, articulando-se elementos 'transacionais' – isto é, derivados do ato de autonomia privada – e elementos 'relacionais', nascidos, no mais das vezes, do meio ambiente que circunda o contrato ou de decisões que a ele atinam externamente, como, exemplificativamente, a exigência de uma

²⁴⁰ JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - a guide for practitioners*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 106.

²⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil volume III – Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 52.

²⁴² No EPC é comum o emprego de seguro garantia (*performance bond*), por meio do qual "a entidade seguradora assume a obrigação de concluir a obra, despendendo para tanto até o limite do valor garantido", bem como a fiança do controlador do empreiteiro (*parent guaranty*), dentre outras. Conforme ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

adequada repartição dos benefícios mútuos, conformando uma verdadeira *affectio contractus*; a necessidade de assegurar a continuidade da relação para o futuro, valorizando-se a continuidade relativamente à descontinuidade; certas medidas tendentes a conformar o contrato a comandos e necessidades de ordem ambiental, concorrencial ou de proteção ao consumidor ou, ainda, derivadas de imperativos da responsabilidade social etc.²⁴³

Assim, é comum que junto das cláusulas mais rígidas, fechadas, sejam estabelecidas outras intencionalmente abertas, a fim de serem preenchidas com o evoluir das circunstâncias²⁴⁴. Trata-se de elemento importante, porque, além da tentativa das partes de regradar a integralidade da relação, há outra realidade que não se pode desatender, qual seja aquela "efetiva do que se passa no canteiro de obra, onde, sobre a premência do tempo, os agentes enfrentam problemas práticos que devem ser solucionados e que, à falta de soluções efetivas, comprometido estará o próprio cronograma da obra"²⁴⁵. Neste ponto, é de especial importância o papel da conduta das partes na execução do contrato. Isso porque, se aplicar pressupõe interpretar, o "ato posterior do figurante, ou do próprio destinatário, que tenha relação com o objeto principal do ato jurídico, serve para explicitação do que é que êle entende ter sido o manifestado no ato, porém não para se impor ao outro figurante, ou destinatário."²⁴⁶ Ao executar o contrato, a parte denuncia aquilo que ela mesmo entende do regramento²⁴⁷, isto é, são as partes que, através de sua conduta, revelam qual a intenção comum constante do negócio celebrado²⁴⁸. Como acertadamente pontua ENZO ROPPO, "se por exemplo um contraente executa o contrato de determinado modo, não contestado pelo outro, a este último será difícil sustentar, depois, que a verdadeira interpretação do contrato é uma outra, que a 'comum intenção das partes' pressupunha um diverso modo de execução"²⁴⁹. Ao que importa à análise ora empreendida, o regramento do procedimento a ser adotado, quando em face das lacunas intencionalmente legadas,

²⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*, n. 25, Ano 7, abr.-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

²⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 17.

²⁴⁵ PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. In: *Conversas sobre arbitragem*. Cadernos do Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, 2013, p. 34.

²⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, tomo III, p. 344.

²⁴⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, vol VI, parte I, p. 213.

²⁴⁸ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 229.

²⁴⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 172.

também é construído em prestígio à segurança. Se a prática mostra que determinados pontos são sensíveis e tendem a gerar conflitos quando fixadas regras firmes, o melhor caminho é normatizar o procedimento a ser adotado diante destas contingências.

De todo modo, estruturalmente, a despeito das lacunas intencionais existentes do contrato, é inegável a tentativa (ao menos virtual) de se reger a integralidade da relação. Para que se possa compreender o que ora se afirma, importa uma breve análise da estrutura do EPC. Esta investigação será feita a partir do modelo dado pelo Livro Prata (*Silver Book*) da FIDIC.

O contrato principia com provimentos gerais para que, em seguida, sejam dadas as condições específicas. Em sua parte geral ou parte de provisões gerais, são tratados os temas que perpassarão a integralidade do contrato. É nesta porção do instrumento contratual que se dão as definições de termos técnicos, a forma de interpretação, as formas de comunicação entre as partes, a fixação do direito aplicável (havendo elementos de estraneidade), o estabelecimento de uma língua para comunicação entre as partes, a enumeração dos documentos prioritários, a aplicação ou não de confidencialidade à relação e definição de sua extensão, a possibilidade e o modo de uso de documentos de uma parte por outra, bem como as responsabilidades compartilhadas.

Há que se fazer um breve parêntesis neste ponto. Dentre estes elementos, cabe destacar a sensibilidade com que a definição de termos, que serão aplicados a todo e qualquer litígio que decorra da relação contratual, deve se dar, em especial, quando usados modelos contratuais internacionais. Boa parte dos modelos de contratos de EPC usualmente empregados vem do direito internacional, possuindo origem em ordenamentos diversos do nosso²⁵⁰. O problema é que, em direito, as palavras são performáticas, isto é, trazem consigo consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas no momento em que há seu emprego²⁵¹. Desse modo, ao se empregar determinado conceito surgido no bojo de ordenamento jurídico estrangeiro acaba-se, conscientemente ou não, transplantando um modelo jurídico concebido com determinadas consequências a ele atreladas²⁵². Portanto, há, na modelação de contratos

²⁵⁰ É o caso, por exemplo, dos Contratos FIDIC, dos modelos da ICE, da ENAA, entre outros mencionados no ponto '1.1' do presente.

²⁵¹ Por todos, ver ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, v. I, p. 127.

²⁵² NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e 'lex mercatoria'. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 2, p. 899.

de EPC, um cuidado particular na definição destes conceitos que perpassarão todo o instrumento e, ao fim e ao cabo, orientarão eventual conflito entre as partes. Um primeiro exemplo que se pode trazer diz respeito às consequências da responsabilidade contratual. Em sua cláusula '17.6', o Livro Prata da FIDIC traz as limitações de responsabilidade das partes no contrato de EPC. Em sua primeira parte, a cláusula estabelece que "nenhuma das partes deverá ser responsável perante a outra parte por prejuízos decorrentes do uso de qualquer parte dos trabalhos, perda de lucros, perdas de qualquer contrato ou por quaisquer perdas ou danos indiretos ou *consequenciais* que podem ser sofridos pela outra parte em conexão ao contrato, além daquelas estabelecidas na Sub-cláusula 16.4 (pagamento na extinção) e Sub-cláusula 17.1 (indenizações)."²⁵³ O direito brasileiro conhece, dentro do conceito de perdas e danos constantes do art. 402 de nosso Código Civil, os danos emergentes e os lucros cessantes²⁵⁴. De um lado, restitui-se a diminuição do ativo e o aumento do passivo do agora credor (dano emergente), enquanto, de outro, indenizam-se os ganhos de que o credor ficou privado (lucros cessantes)²⁵⁵. Ora, na intersecção entre tal tradução literal e nossa tradição jurídica, surge um problema grave quanto à definição dos conceitos: no direito brasileiro, não existem danos consequenciais. Essa questão é sensível porque, não raramente, os contratantes limitam-se a verter irrefletidamente em vernáculo termos (e portanto, conceitos jurídicos) de outros sistemas. Daí mostra-se extremamente delicada a questão da definição conceitual no bojo destes contratos. Da mesma forma, outro interessante exemplo diz respeito às próprias penalidades contratuais. No direito inglês, de onde emanam boa parte dos modelos internacionalmente utilizados, não há a possibilidade de fixação de penalidades em cláusulas contratuais²⁵⁶. Por isso, a cláusula que fixa sanção pelo atraso, por exemplo, é tida como cláusula de perdas e danos pré-fixada (ou, em direito pátrio, cláusula penal ressarcitória)²⁵⁷⁻²⁵⁸. Nos países de tradição

²⁵³ Em tradução livre. No original, segue assim: "17.6 Limitation of Liability. Neither Party shall be liable to the other Party for loss of use of any Works, loss of profit, loss of any contract or for any indirect or consequential loss or damage which may be suffered by other Party in connection with the Contract, other than under Sub-Clause 16.4 [Payment on Termination] and Sub-Clause 17.1 [Indemnities]." HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 707.

²⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2, p. 325.

²⁵⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 326-328. Ressalta-se apenas que a expressão "ganhos de que o credor ficou privado" remete à redação do art. 1.127 do Código Civil francês.

²⁵⁶ JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - a guide for practitioners*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 15 e 75.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, 2003, p. 415-420.

de *civil law*, não há esta limitação quanto à natureza da cláusula penal. No direito brasileiro, a "cláusula penal ou estabelece a substitutividade, em relação à dívida principal, ou a cumulatividade"²⁵⁹ Com isso, pode assumir (I) função ressarcitória (ou compensatória), ou seja, servir de prévia fixação das perdas e danos que serão devidas por fonte da inexecução da obrigação (uma liquidação preventiva de um dano), vigente a regra da não-cumulação com a indenização por perdas e danos (segundo o artigo 408 do Código Civil brasileiro)²⁶⁰, (II) função "garantista" (ou assecuratória) de dívida, já que voltada a constranger o credor ao cumprimento da obrigação, (III) função punitiva ou sancionadora, em que há a possibilidade de cumulação desta punição ao cumprimento da obrigação principal (ou seja, não há substituição da compensação, mas algo que a ela se agrega, com ela cumula), conforme estabelece o artigo 411 do Código Civil brasileiro²⁶¹ e (IV) função moratória, ligada à simples existência de mora. Ainda que as funções complementem-se, o que resta claro é que no sistema de *civil law* há a possibilidade de que a cláusula penal seja estabelecida como penalidade. Uma tradução literal (como não raro ocorre) sem a devida adaptação pode resultar em verdadeiro desequilíbrio contratual ao transformar em penalidade o que foi estabelecido em parcela da compensação ou vice-versa. Fechado o parêntesis, retorna-se à análise da estrutura do contrato.

Em sua parte específica, o contrato de EPC dá os traços pontuais da relação, aplicando aqueles conceitos antes estabelecidos. Principia-se do mais básico, a definição das partes. No que toca ao contratante ou dono da obra, define-se quem é seu representante (o diretor da obra), as principais autorizações que deve emitir, licenças que deve obter, define-se seu pessoal, sua estrutura financeira para fazer frente aos pagamentos a que está obrigado. Por sua vez, no que diz respeito ao contratado, definem-se suas obrigações gerais, seu representante, seus subempreiteiros, os procedimentos de segurança a que está adstrito, qualidade dos bens a serem por ele

²⁵⁸ Aliás, o contrato da ENAA (entidade japonesa) traz orientação no mesmo sentido ao dispor, em seu "Subartigo 5.4" que pelo atraso o construtor deve pagar um valor a título de indenização pré-fixada (liquidated damages) e não como uma penalidade (penalty).

²⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo, XXVI, p. 81.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2, p. 442.

²⁶¹ Conforme MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 446. Ademais, lê-se do artigo 411 do Código Civil: Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

empregados, informações do local da obra, o preço (em caracteres gerais), o que será feito diante de questões imprevisíveis, como se dará o transporte da mercadoria, quais equipamentos serão empregados, os principais pontos em matéria ambiental, como será o uso e a responsabilidade pelos custos relativos à eletricidade, água e gás, os relatórios de progresso (evolução dos trabalhos), a segurança do canteiro de obras, etc. Sobre o mesmo tema (e ainda que topologicamente não situado no mesmo espaço), o *Silver Book* traz o regramento do pessoal e equipes envolvidas, abordando as funções de cada uma destas equipes, as condições de trabalho, o tratamento dos empregados a serviço de terceiros envolvidos, as horas de trabalho, as instalações para a equipe de trabalho, questões de saúde e segurança. Topologicamente, o preço e forma de pagamento não se encontram extensamente regrados nesta primeira parte do contrato. Não obstante, constam do EPC regras específicas acerca do cronograma dos pagamentos, tratamento de eventuais pagamentos adiantados, lista de principais materiais que se empregará, requerimento de pagamento final, etc.

Superada a definição das partes e suas principais responsabilidades, passa-se ao estabelecimento dos aspectos centrais relacionados ao projeto. Com isso, trazem-se questões gerais envolvendo a elaboração do projeto executivo, os documentos envolvidos, a necessidade/possibilidade de alteração em situações pontuais, etc. Trata-se dos elementos necessários para a elaboração dos projetos, bem como das consequências de sua elaboração imprecisa.

Após tratar das questões relativas ao projeto, inicia-se o regramento relacionado à compra de materiais, seu emprego na obra, bem como à própria execução dos serviços. No que toca aos materiais, há regras relativas às amostras a serem empregadas, testes sobre elas feitos, forma de utilização destes (ou de algum material específico), propriedade dos materiais, *royalties* sobre alguns determinados elementos adotados. Desse modo, pode-se passar às cláusulas relativas ao início dos trabalhos, atrasos e suspensões (cronograma, taxa de progresso dos trabalhos), atrasos causados por autoridades, responsabilidades por danos decorrentes de atrasos. Enfim, em sendo o prazo um dos principais elementos do contrato, todos os elementos que sobre ele impactam são tratados de forma explícita. Aliás, mesmo os casos de força maior são definidos, trazendo-se determinados fatos que não caem dentro deste regramento. Nas hipóteses em que efetivamente existe situação de força maior, há clausulamento relativo ao dever de comunicação, de minimizar o tempo do atraso e suas consequências.

Trazem-se ainda os casos de suspensão e pedido de rescisão pelo epecista: situações em que o trabalho pode ser suspenso, remoção dos equipamentos e pagamentos devidos nesta situação. Da mesma forma, o contrato traz as hipóteses em que é devido o pedido de rescisão pelo dono da obra. A etapa de execução dos trabalhos termina com os testes de conclusão e, ao final, a aceitação do trabalho pelo contratante (seja ela integral, seja parcial).

Por fim, são elencadas as regras relativas às consequências de eventos ocorridos durante a execução. Neste ponto, fala-se da responsabilidade por defeitos construtivos, da necessidade de testes pós-conclusão, de eventuais variações e ajustes que se façam necessários, das indenizações eventualmente devidas, dos riscos assumidos por cada um dos contratantes, dos direitos de propriedade, e das cláusulas de limitação da responsabilidade. Há ainda o estabelecimento e a definição dos seguros e garantias exigidos: provisões gerais, questões relativas ao equipamento do construtor, seguro contra danos a pessoas e à propriedade, seguro para a equipe do construtor. Como é de praxe, o contrato é finalizado com o estabelecimento da forma de resolução de conflitos, desde a existência de dever de negociação, a estipulação de *dispute boards* (como será apresentado a seguir), até o recurso à arbitragem. Como se pode ver, no EPC, virtualmente são tratadas todas as principais questões envolvidas na relação fática regrada. Embora se possa pensar na hipótese de uma empreitada com regramento exaustivo, tratar-se-ia de situação excepcional e não de característica própria do tipo legal. Por outro lado, é do tipo social do EPC e, portanto, marca que lhe é recorrente (normal, típico), o estabelecimento de extensas regras para cada uma das etapas da relação travada entre as partes.

Em suma, em sendo o contrato FIDIC o principal modelo internacional, a estrutura do *Silver Book* é, em grande medida, representativa do EPC como um todo. Há, ao menos tendencialmente, ânimo de que a relação seja regrada do início ao fim, como forma de se garantir o atingimento daquela segurança antes mencionada. Como se viu, nos pontos em que não se mostra possível uma resposta fechada desde logo, o EPC estabelece ao menos o procedimento a ser adotado pelas partes.

Há um segundo elemento que qualifica o contrato de EPC. Trata-se de sua posição central em verdadeira conexão de contratos necessários a operacionalizar o fim

prático buscado pelas partes com a contratação²⁶². Tanto o construtor quanto o contratante são centros de uma série de relações contratuais para que o empreendimento seja satisfatoriamente executado. Há, ainda, relações celebradas por ambos, por exemplo, a contratação de *Dispute Boards* para o acompanhamento da obra e adjudicação de conflitos em sua fase embrionária²⁶³. Todavia, é em particular no epecista que se centram as principais obrigações que caracterizam a operação como um todo. Isso porque o EPC "surgiu como uma resposta à necessidade de um modelo que alocasse mais riscos ao contratado e que oferecesse maior certeza dos custos finais e do tempo de conclusão do projeto."²⁶⁴ Há, portanto, contratos com inúmeros fornecedores, contratos de financiamento, contratos de emprego, de aquisição de *know-how*, etc. Todos estes contratos, no entanto, gravitam em torno da *finalidade comum*, que é a viabilização do projeto objeto do contrato de EPC. Isto é, "para além da função individual desempenhada por cada um dos negócios, é possível visualizar uma função ulterior, alcançável apenas por meio dos diversos contratos"²⁶⁵. No presente momento, será observada a estrutura de coligação a partir da ótica do contrato de EPC, não se descuidando, todavia, que também este pode ser parte de uma estrutura econômica maior. Em geral, esta segunda situação ocorre quando a construção do empreendimento faz parte de um projeto maior desenhado desde logo para englobar a etapa de operação. Em operações de BOT (*Build-operate-transfer*, literalmente, construir, operar e

²⁶² A denominação entre coligação contratual, redes contratuais ou grupos de contratos remonta à origem do debate na doutrina estrangeira. Na Itália, desde a década de 1930, discute-se a questão do *collegamento negoziale* (coligação negocial) voltada essencialmente a se saber quando a invalidade ou ineficácia de determinado negócio contaminaria aquele a ele coligado. Por sua vez, na França o tema foi debatido sob a rubrica dos grupos de contratos essencialmente com vistas ao tratamento dos contratos envolvendo partes diversas, terceiros ao contrato a ele ligado. Alargando o conceito, na Argentina, o tema desenvolveu-se sob denominação da rede contratual, voltando-se sobretudo à manutenção do equilíbrio com a distribuição de custos, benefícios e riscos entre parte de um sistema (como, por exemplo, uma rede de distribuidores ou franqueados). O desenvolvimento histórico destes conceitos, aqui abordado em brevíssimas linhas, encontra-se em KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 93-148, bem como em LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 128 e seguintes.

²⁶³ MARCONDES, Antonio Fernando Mello. Os *Dispute Boards* e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção Civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 134.

²⁶⁴ KULESZA, Gustavo Santos; AUN, Daniel. Contratos FIDIC. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção e Direito Civil*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 182.

²⁶⁵ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 181. O autor não exaure na função a nota individualizadora da conexão contratual, apontando para o que chamou de "índices" de conexão contratual, enumerando como exemplos a vontade de coligar (ou não coligar), a espécie contratual, o objeto dos contratos, as qualidades das partes, a forma empregada ou "qualquer outro elemento ou efeito que sirva de indício da vinculação existente entre os contratos em razão de juntos desempenharem uma função além de sua função individual de constituírem reunidos o regulamento de interesses estabelecido plurinegocialmente pelas partes" (KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 186-187).

transferir), frequentemente utilizam-se contratos de EPC para a realização da etapa da construção²⁶⁶. Neste arranjo, entretanto, a posição do contrato de EPC é diversa daquela tratada nas reflexões que seguem. Em um projeto de BOT, como aponta JOSEPH HUSE, o contrato de concessão de crédito²⁶⁷ assinado pela empresa responsável pelo projeto e os financiadores será o documento chave, já que é deste que provavelmente irradiarão exigências específicas a serem incorporadas tanto nos eventuais contratos de concessão de serviço do público ao privado, quanto no(s) contrato(s) de construção e nos demais acordos que daí decorrerão²⁶⁸. No presente trabalho, o fenômeno da coligação ou da conexão contratual²⁶⁹ é analisado a partir da ótica do EPC, objeto de estudo específico.

Com efeito, contratos coligados podem ser definidos como "contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca."²⁷⁰ A coligação contratual, portanto, pode ser legal (*ex lege*), natural ou voluntária²⁷¹. No espectro dos contratos de EPC, a coligação legal não é comum (trata-se de hipótese mais frequente, por exemplo, no direito do consumidor, em que há a conexão entre o contrato de financiamento de mercadorias e o de compra e venda destas). Por sua vez, a coligação natural é aquela que (como o nome sugere) decorre da natureza acessória de um dos contratos²⁷², cujo tipo pressupõe, por sua natureza, a existência de outros contratos a ele relacionados²⁷³. Em nosso caso, o exemplo são as contratações de determinadas partes da obra para com empreiteiros específicos. A qualificação destas contratações como subempreitadas ou não é discutível. Isso porque se só se é possível *subempreitar* trabalho que tecnicamente seja empreitada, em sendo o EPC algo diverso desta, não se pode falar pura e simplesmente de uma subempreitada. Há, em verdade, contratos de empreitada dependentes (ou coligados) do contrato de

²⁶⁶ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 41 e ss.

²⁶⁷ Evita-se intencionalmente o emprego do termo mútuo, porque, em muitos casos, a forma jurídica adotada para o aporte de capitais é diversa do contrato de mútuo.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 42.

²⁶⁹ Para CARLOS NELSON KONDER, o termo coligação seria espécie do gênero conexão, mais afeita à tradição italiana, KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.102. Aqui, na linha de MARINO, adotar-se-á o termo coligação como gênero, MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁷⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 99.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 99.

²⁷² *Idem, ibidem*, p. 100.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 106.

EPC. Estes contratos de empreitada para execução de partes específicas da obra podem ser entendidos como contratos coligados por efeito natural, visto que indubitavelmente encontram-se unilateralmente vinculados ao contrato de EPC, do qual são acessórios²⁷⁴. Trata-se tecnicamente de subcontrato vinculado a um contrato-base²⁷⁵. De qualquer forma, em se tratando de coligação unilateral, o contrato de EPC não sofre a influência dos subcontratos²⁷⁶, ainda que a recíproca não seja verdadeira. Isto é, o EPC irradia efeitos sobre estas subcontratações a ele vinculadas, sem receber a influência recíproca.

Há ainda casos de coligação voluntária, *i.e.*, aquelas em que a ligação intercontratual é estabelecida expressamente ou "pode ser deduzida a partir do fim contratual concreto e das circunstâncias interpretativas ('coligação voluntária implícita')"²⁷⁷. No EPC, este fenômeno é facilmente observável no financiamento mediante a estrutura de *project finance* (que é apresentada a seguir). Da mesma forma, a coligação voluntária é identificável nos contratos de fornecimento de matéria-prima mais elementar e de necessidade constante ao longo da execução da obra como cimento, argamassa, ferro, etc. Nestes, ainda que não seja expressamente fixada cláusula subordinando a sorte do contrato de fornecimento de materiais àquela do contrato de EPC, a interpretação contratual ou mesmo a fixação de cláusulas que indiretamente determinem a contaminação de um contrato pelo outro, fazem com que seja estabelecida referida relação²⁷⁸.

Neste momento, incumbe-nos trazer os principais efeitos jurídicos da coligação. Um primeiro efeito necessário da coligação contratual é a necessidade de interpretação conjunta dos contratos coligados²⁷⁹. Nesse sentido, os meios de interpretação dos contratos (sentido literal da linguagem, contexto verbal e contexto situacional - também

²⁷⁴ Recorde-se que o vínculo de dependência unilateral é, juntamente com a pluralidade contratual, elemento da coligação segundo MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 106.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 124. A lição, na obra, refere-se ao contrato de transporte multimodal de mercadorias em que há uma pluralidade de transportadores subcontratados pelo operador do transporte. Não obstante, é em tudo aplicável às subcontratações de coligação natural destinadas à execução da obra do EPC.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 107.

²⁷⁸ Aqui, há de se ter os devidos cuidados na integração de tais contratos. É que, tendo sido o contrato de EPC celebrado entre A e B e o contrato de fornecimento entre B e C, é prudente que sejam adotadas as devidas cautelas para a vinculação entre ambos os contratos. Isso porque, não se podendo retirar unidade finalística entre as contratações não pode vir C, estranho ao contrato de EPC, ser prejudicado por conta de eventual rescisão ou inadimplemento do contrato principal. O exemplo aqui assemelha-se àquele trazido por MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 142.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 147-148.

chamado de circunstâncias)²⁸⁰, devem ser entendidos a partir da leitura conjunta dos contratos e não de sua interpretação atomística. Dito de outro modo, trata-se "da regra de interpretar uma cláusula contratual a partir das demais que a cercam, embora elevada a um outro nível: interpretar um contrato a partir dos demais que lhe são conexos"²⁸¹. Em se tratando de coligação contratual, o fim do contrato assume especial importância nas circunstâncias interpretativas²⁸². É que, de certa forma, não se pode perder de vista, em momento algum, a finalidade contratual, que é a viabilização da obra evitando-se os principais riscos que levam as partes à contratação de um EPC. Como já explorado, no contrato de EPC, os principais riscos que se busca evitar são (I) o risco de que os custos inicialmente orçados não sejam respeitados; (II) o risco de que a obra não saia no período inicialmente programado; e (III) o risco que a obra não atinja a qualidade esperada. Contudo, a definição do fim contratual comum nem sempre é tarefa fácil. Aliás, o próprio critério definidor do fim contratual é controverso na doutrina, vista a necessidade de diferenciação entre o fim, interesse jurídico relevante, do motivo, irrelevante para a contratação. Como se antecipou, o interesse torna-se juridicamente relevante quando há acordo expresso ou tácito a seu respeito²⁸³. Este conceito, aliás, é parte integrante daquele da "causa concreta" (ou causa real) dos contratos, qual seja aquela causa que concretamente justifica o contrato em exame a partir das especificidades relevantes daquela contratação (da relação entre prestação e contraprestação, das qualidades das partes contratantes e da própria finalidade contratual objetivamente apreciável)²⁸⁴. No caso do EPC, em se tratando de contrato sinalagmático, esta característica torna-se evidente, uma vez que o interesse considerado pelas partes passa a compor este mesmo sinalagma, esta relação de reciprocidade entre as partes. A parte celebra o contrato para ver atendidos seus interesses, suportando o custo da sua realização e, assim, são relevantes os interesses pelos quais a parte "assumiu os custos" mediante o acolhimento de determinados riscos e obrigações respectivas²⁸⁵. Da mesma forma, a coligação de contratos é feita com vistas a determinada finalidade. Isto é, o ato de coligar não é ele mesmo vazio de sentido e não

²⁸⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102.

²⁸¹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 197.

²⁸² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 118 e seguintes.

²⁸³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

²⁸⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 344.

²⁸⁵ BESSONE, Mario. *Op. cit.*, p. 275.

pode ser desprezado no momento interpretativo. O fim comum é dado pelo contrato de EPC, a partir do qual projeta-se a finalidade sobre os demais instrumentos a ele vinculados. Assim (e ainda que a coligação com contratos celebrados com terceiros traga problemas que fogem ao escopo desta análise)²⁸⁶, os contratos coligados ao EPC a ele se reportam e, a partir deste, merecem ser interpretados e aplicados.

A segunda consequência da coligação que se pode apontar (esta já no plano da validade) diz respeito aos efeitos de eventual anulação de um dos contratos coligados. As consequências dependem, antes de mais nada, da espécie de coligação que se está analisando. Neste ponto, o critério indicado pela doutrina é o da violação (afetação) do fim concreto da coligação de contratos²⁸⁷. Isso porque, em se decretando a anulação de determinado negócio dentro da coligação, pode ocorrer que a finalidade da celebração dos contratos reste frustrada. Ao se expurgar do mundo jurídico determinado contrato, sua função dentro da coligação pode restar prejudicada e, assim, inviabilizar toda a operação colimada. Neste âmbito, aliás, o princípio da conservação dos negócios jurídicos deve ser entendido com vistas à preservação do fim concreto do contrato, posto em relação ao(s) demais a ele coligado(s)²⁸⁸. Em se tratando de coligação unilateral, a maior tendência é a de que a anulação do negócio principal atinja a própria coligação e, com isso, determine a ineficácia do contrato a ele vinculado. Em nosso caso, por exemplo, a anulação do contrato de EPC determinaria a extinção *ex nunc* das empreitadas contratadas para partes específicas da obra. Em face de coligações bilaterais, no entanto, a situação é mais complexa. Nesta, nem sempre é fácil de se determinar qual é o negócio principal e o acessório, bem como se eventual atingimento do contrato aparentemente acessório pode igualmente frustrar o fim concreto da contratação. Por isso é que, neste âmbito, deve-se interpretar cuidadosamente a espécie de abalo à finalidade contratual trazido por eventual anulação. O critério, não obstante, permanece o mesmo: a coligação é formada e os contratos que a compõem celebrados com vistas a um fim concreto. É este fim que merece permanecer, sob pena de desrespeito à própria autonomia privada e desvirtuação dos contratos celebrados.

²⁸⁶ O tema é tratado por CARLOS NELSON KONDER, que destaca que "a diversidade de sujeitos participantes de cada negócio revela-se como uma dificuldade de prova da conexão, mas não impossibilita a sua caracterização, uma vez que a identidade de partes não é um elemento essencial à existência de uma função comum, [...]". KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 246.

²⁸⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 190-191.

No plano da eficácia, há alguns efeitos importantes, que merecem ser sublinhados. A uma, a coligação pode trazer consequências tanto na aplicação da exceção de contrato não cumprido (artigo 476 do Código Civil), quanto na resolução do contrato por incumprimento (artigo 475 do Código Civil)²⁸⁹. O critério a ser adotado para se saber se o descumprimento de um dos contratos coligados gera efeito nos demais é o do atingimento do interesse do credor na prestação constante do outro contrato coligado ou mesmo da finalidade da própria coligação (artigo 395, parágrafo único do Código Civil)²⁹⁰. De fato, a tarefa de aferição da afetação do interesse do credor e, por fim, da própria utilidade/inutilidade da prestação para si, é deveras complexa²⁹¹. Esta questão afigura-se relevante principalmente no bojo do financiamento das obras de grande vulto. É neste âmbito que se encontram as principais relações de coligação contratual nas operações em que são utilizados os contratos de EPC. O reiterado inadimplemento do contratante com os financiadores, por exemplo, pode trazer consequências diretas ao EPC.

Há um esclarecimento que se merece fazer neste momento. Poder-se-ia aventar, inclusive, acerca da própria existência de coligação no interior do contrato de EPC, visto que este engloba diversas prestações de serviços (testes, comissionamento, treinamento de pessoal, manutenção), além do próprio fornecimento de mercadorias que, a bem da verdade, escapam do mero conceito tradicional de materiais (os exemplos constantemente referidos são as turbinas de uma hidrelétrica ou o *software* que coordenará o funcionamento de um estádio de futebol). Ora, poder-se-ia dizer que se está diante de contratos de compra e venda e prestação de serviços coligados a um contrato de EPC? Ao que tudo indica, esta não se afiguraria a melhor solução. Nesse sentido, adotando-se os elementos de identificação de unidade ou pluralidade contratual alinhados por MARINO²⁹², há que se analisar os limites dos tipos contratuais de referência, a existência de diversos centros de interesse nas relações jurídicas envolvidas e a unidade ou diversidade instrumental, temporal e de contraprestação. No que toca ao primeiro ponto, os limites do contrato de EPC parecem englobar estas prestações. Se é da natureza do EPC o deslocamento de responsabilidades e riscos para a pessoa do

²⁸⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200.

²⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 199.

²⁹¹ Apontando as questões aí envolvidas, vide: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2, p. 257 e ss.

²⁹² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 119.

construtor, esta transferência engloba a integralidade dos processos envolvidos no fornecimento de materiais e construção da obra para sua devida operação. As demais obrigações (como de treinamento do pessoal da contratante) parecem, neste tocante, tornar-se meramente acessórias. Aliás, este é o motivo pelo qual, em grande parte dos modelos internacionais, há a sinonímia deste contrato com sua modalidade *turnkey*. Se a finalidade buscada na contratação de um EPC é exatamente a obra pronta, em se tratando em sua maioria massiva de obras de grande porte (como de infraestrutura) é decorrente normal que à construção se adiram as obrigações relativas à regular operação do trabalho acabado.

A existência de diversos centros de interesse deve ser analisada com cuidado. No que toca aos serviços de treinamento de pessoal e manutenção, trata-se de subcontratos que se encaixam dentro de uma coligação unilateral. Isto é, a construtora assume perante a contratante a responsabilidade por tais serviços e os subcontrata. Esta segunda relação é influenciada pela primeira, mas a recíproca não é verdadeira. Não obstante, no que toca ao fornecimento de materiais mais específicos, o ponto é particularmente delicado. Isso porque, como se verá no Capítulo III do presente estudo, há a possibilidade de que a compra e venda de determinados elementos mais complexos do que os tradicionais "materiais" do Código Civil, seja celebrada por contratos autônomos coligados ao EPC. A matéria é de relevância por conta especialmente da disposição constante do art. 610 do Código Civil que traz regra acerca do prazo de responsabilidade do construtor. Neste ponto, pode-se adiantar que um critério pertinente para a integração deste fornecimento ao EPC é a existência de acordo (ainda que tácito) entre as três partes com relação ao fim contratual concreto²⁹³. O fornecedor da turbina da hidrelétrica que vende esta para o epecista, pode estar consciente ou não do repasse e instalação desta ao contratante da obra e esta circunstância será fundamental para a extensão dos efeitos do contrato a si. Por fim, no que diz respeito à unidade temporal e instrumental, o EPC é formado por texto único seguido de uma série de anexos regradando pontos específicos da relação (como testes, notificações, entregas). Não há dúvidas, todavia, de que o EPC possui unidade e autonomia suficiente para constituir tipo apartado englobando suas etapas características (projeto, fornecimento de materiais e construção da obra).

²⁹³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206.

Em síntese, importa perceber que há elemento adicional aqui que colore a relação contratual entretida. Ainda que o EPC seja contrato autônomo e abranja uma série de obrigações, há invariavelmente uma série de outros contratos que são celebrados para que o fim buscado pelas partes possa ser atingido. Se, como bem aponta ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO parodiando a célebre passagem de Ortega y Gasset, "o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias"²⁹⁴, não se pode excluir do contrato de EPC a circunstância de que se trata de contrato que vem coligado a outros para exercer a finalidade que lhe é específica.

Outro elemento que merece nossa atenção por sua frequente presença nos contratos de EPC é o sistema de financiamento por *project finance*. Trata-se de modalidade de financiamento construída a partir de conexão contratual em que o aporte de valores é atrelado a determinada finalidade, não podendo o tomador escolher a destinação da quantia livremente, mas devendo aplicá-los em determinado empreendimento ou projeto previamente acordado²⁹⁵. Neste, a contratante constitui uma Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), segregando os ativos necessários para a realização daquele empreendimento. Com isso, aparta-se o patrimônio do empreendimento daquele patrimônio geral da empresa. Faz-se também uma segunda separação: como a empresa nova não possui histórico de crédito propriamente seu, a garantia dos investidores é exatamente a viabilidade e credibilidade do empreendimento que será constituído. Nesse sentido, "quaisquer riscos inerentes ou relativos ao projeto, em geral de grande importância na avaliação dos financiadores, assumem uma importância maior, na medida em que a sua materialização fatalmente afetará a estabilidade e consistência do fluxo de caixa, o que vale dizer – a capacidade de repagamento das obrigações relativas ao empréstimo pelo tomador."²⁹⁶

É importante compreender que estes projetos envolvem investimentos altamente vultosos para uma só empresa financiar²⁹⁷. No âmbito privado, normalmente, as

²⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 120.

²⁹⁵ ENEL, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42.

²⁹⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>.

²⁹⁷ BUENO, Júlio César. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

sociedades empreendedoras não possuem interesse ou mesmo capacidade financeira de implementar o projeto apenas com capital próprio. JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI bem resume os motivos que conduzem o dono da obra a buscar a estrutura de *project finance*:

Ainda que as perspectivas econômicas do projeto sejam muito promissoras, a sociedade patrocinadora pode já estar muito endividada, não tendo acesso direto ao mercado financeiro, ao menos em condições de juros e prazo consideradas aceitáveis. Ou, então, pode gozar de boa avaliação do mercado financeiro e justamente por isso não querer assumir pessoalmente um endividamento de grandes proporções, que poderá prejudicar essa avaliação no futuro e, conseqüentemente, a sua capacidade de tomar novos empréstimos. A sociedade patrocinadora pode ainda ter a pretensão de realizar vários outros projetos, não podendo, dessa forma, esgotar toda a sua capacidade de crédito em apenas um deles. Por fim, pode simplesmente não estar disposta a assumir o risco de, em caso de insucesso do empreendimento, ser chamada a responder por todo o financiamento com o seu patrimônio geral, inclusive bens e negócios que não guardam qualquer relação com o empreendimento financiado.²⁹⁸

Da mesma forma, também os investidores externos não possuem interesse em aportar tais quantias em apenas um projeto, concentrando seus riscos na probabilidade de sucesso de apenas um investimento. No âmbito público, em se tratando de projetos de larga escala, muitas vezes países emergentes não detêm os recursos necessários para realizar os investimentos em infraestrutura²⁹⁹. Ou seja, não dispondo o Estado de recursos, o sistema de *project finance* torna possível que a população daquele determinado local tenha acesso à estrutura e suas funcionalidades. O mesmo ocorre em países desenvolvidos quando o governo não está disposto a assumir os elevados custos e riscos que daí decorrem. A bancarrota de projeto ou mesmo eventual demanda indenizatória decorrente de violações contratuais, em projetos desta magnitude, pode representar perda bilionária a governos, tornando atrativa a segregação do capital e do risco a ele atrelado. Assim como o investidor privado, portanto, tendo a possibilidade de fracionar esse risco, o Estado adota tal via mais vantajosa.

²⁹⁸ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

²⁹⁹ HUSE, Joseph. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 44.

Este sistema normalmente vem associado à concessão de serviços públicos. No Brasil, por exemplo, surgiu diretamente conectado à privatização do setor elétrico³⁰⁰. O serviço público é concedido ao particular que, por isso, compromete-se também à execução de determinadas obras necessárias à prestação da atividade concedida. Dentro dessa estrutura financeira, o sistema contratual fica mais complexo e, em seu bojo, o contrato de EPC torna-se peça dentro de uma arquitetura maior para a consecução de determinado projeto. Por envolver diversas partes, elevadas somas de dinheiro e riscos dos mais variados (sobretudo aqueles construtivos), a previsibilidade do custo e do prazo do investimento e um compartilhamento dos riscos de forma adequada é essencial ao modelo de *project finance*³⁰¹. Este é um dos principais motivos pelo qual se opta pelo EPC como contrato de construção a ser empregado dentro desta coligação. Ao ir ao mercado buscar investidores, estes desejam saber, acima de tudo, o custo de todo o empreendimento e em quanto tempo a obra será concluída para que, assim, possam vislumbrar um prazo de retorno do investimento, sua chance de sucesso/insucesso, etc. Para isso, o modelo do contrato de EPC é o mais adequado, por conta das características indicadas até agora. É que por ele, já no momento da busca de investidores, se pode ter um maior detalhamento destas informações, permitindo que o investidor se sinta mais confortável em aportar valores. Logo, a associação do EPC ao financiamento por *project finance* é outra destas características que integram o quadro geral do tipo contratual. Logo, ainda que o financiamento por *project finance* seja externo ao contrato, pode ser visto como daqueles traços que qualificam o EPC, por sua aposição reiterada ao contrato³⁰².

Elemento adicional que merece destaque é o caráter necessariamente cooperativo da execução do contrato de EPC. Na linha assinalada por MONATERI, o contrato pode ser visto como uma trégua provisória entre as partes, em um contexto de um jogo conflituoso de interesses contrapostos³⁰³. Ou seja, o contrato estabelecido é sempre necessariamente um consenso parcial e limitado por essência. Este é sempre

³⁰⁰ GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turn-key*. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 61.

³⁰¹ BUENO, Júlio César. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

³⁰² LEONARDO TOLEDO DA SILVA identifica, no estado atual do mercado, a dificuldade de coadunação do contrato de aliança com o financiamento por *project finance* e a predileção dos investidores pelo EPC (SILVA, Leonardo Toledo da. Aliança à brasileira. *Op.cit.*, p. 125.

³⁰³ MONATERI, P. G. *Ripensare il contratto: Verso una versione antagonista del contratto*. CARDOZO El. L. BULL. 10 (2004) Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/>, p. 5.

fruto de uma negociação entre partes antagônicas, uma trégua provisória sobre pontos específicos que integrarão sua relação contratual. Ao se falar de cooperação em contratos de EPC, portanto, não se está tratando de uma visão idílica de que os contratantes cooperariam sempre e em qualquer situação uns com os outros. Perceba-se que, abstratamente, em qualquer obrigação, algum nível de cooperação é necessário, porque, ao fim e ao cabo, a satisfação do interesse do credor somente se dá mediante ato do devedor³⁰⁴. Este é um ponto de partida que não deve ser ignorado. Entretanto, no que diz respeito à cooperação e ao depósito de confiança que as partes investem no negócio, nem todos os contratos podem ser colocados no mesmo grupo, já que há marcadas tonalidades que os apartam. Para tanto, pode-se abordar a questão a partir dos deveres de cooperação decorrentes da incidência do princípio da boa-fé objetiva.

Ao lado dos deveres de proteção em sentido estrito, pode-se perceber a existência de deveres de cooperação em sentido estrito. E fala-se aqui em sentido estrito para que se logre apartar estes deveres laterais de cooperação daquele dever geral de cooperação relativo às obrigações em geral. Segundo JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, estes estabelecem "que ambas as partes têm o dever de auxiliar a realização das atividades prévias necessárias à consecução dos fins do contrato, assim como de afastar todas as dificuldades para tal consecução, estando este afastamento ao alcance das partes"³⁰⁵. Encontram-se diversos exemplos ao longo dos principais modelos internacionais. Pode-se mencionar a obrigação comum dos contratantes em trocar todas as informações que possam ser importantes para a execução satisfatória e correta do contrato, constante da Cláusula 7 do Contrato EIC. Os deveres de cooperação, portanto, mostram-se intimamente ligados com os deveres de prestação, já que encontram na finalidade contratual suas balizas específicas. Ao que importa ao presente caso, os deveres de cooperação, assim como os demais deveres laterais, determinam às partes a

³⁰⁴ Como anuncia EMILIO BETTI em sua obra clássica sobre o direito das obrigações, a cooperação é característica ínsita ao conceito das relações obrigacionais, já que a satisfação do interesse do credor depende essencialmente de atividade do devedor, conforme BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953, vol. I, p. 16. Ou, ainda, como bem resume ANTUNES VARELA, a obrigação como "a relação jurídica por virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (ou outras) a realização de uma prestação", só é realizável mediante atividade do devedor, através de sua cooperação portanto (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 62 e 183).

³⁰⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 113-114.

adoção de condutas (positivas ou negativas) a fim de que determinado resultado não seja atingido³⁰⁶.

Embora não se trate de contrato-aliança, em que há efetivamente um objeto comum a partir do qual se dá a partilha dos resultados da atividade comum (aproximando-se em muito dos contratos de associação)³⁰⁷, a execução de construção civil por meio do contrato de EPC não se situa propriamente no âmbito do interesse meramente pessoal de cada um dos contratantes³⁰⁸. Neste, a "presença de elementos de comunhão de escopo (*nostra res agitur*) não afasta o interesse próprio (*mea res agitur*), desde que licitamente exercido"³⁰⁹. Trata-se, em verdade, de um modelo contratual de troca (e não de associação) em que a cooperação é elemento fundamental³¹⁰⁻³¹¹. Isso porque o sucesso do empreendimento, que traz lucros e vantagens a todos, depende necessariamente da agilidade com que as decisões são tomadas e da possibilidade de que as partes se ajudem na busca de soluções voltadas ao bom termo do negócio no preço e prazo fixados. A doutrina aponta que, na prática contratual, vê-se ser "um traço repetitivo em contratos de construção que os prazos sejam exíguos para a realização das obras e concretização do projeto e que fatalmente não são suficientes para que se chegue à conclusão no tempo determinado"³¹². Ademais, as etapas destes projetos são integradas e, por consequência, os atrasos acabam desencadeando efeito em cadeia. Por isso, muito mais do que desejo desta ou daquela parte, a cooperação é elemento essencial para que o adimplemento seja obtido na forma desejada por ambas. Lembre-se que o adimplemento é desejado por todos, mormente quando a arquitetura contratual é voltada à segurança. Nas precisas palavras de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, "[a] atração do dever pelo adimplemento determina mútuas implicações das regras que se referem ao nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional"³¹³.

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 26, abr/jun. 2006, p. 238.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 364-365.

³⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 366.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 367.

³¹⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos da engenharia e construção*. *Op. cit.*, p. 17.

³¹¹ O modelo contratual da ENAA (entidade japonesa) deixa claro em sua cláusula GC3.8 que o contrato não cria nenhuma espécie de parceria, agência, joint venture ou outra forma de associação entre as partes.

³¹² PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. *In: Conversas sobre arbitragem*. Cadernos do Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, 2013, p. 30.

³¹³ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 22.

É comum que se diga que "[n]o campo da administração contratual, a palavra de ordem é 'comunicação'."³¹⁴ O contrato traz uma série de provisões para que qualquer incorreção, qualquer alteração do planejado, qualquer fato relevante, deva ser comunicado à outra parte. Isso permite que nenhuma delas seja surpreendida com demandas abruptas, bem como permite a execução da obra no tempo e custos planejados. Tratando dos modelos FIDIC, por exemplo, a doutrina menciona que:

Esse equilíbrio é obtido mediante ordem de colaboração recíproca entre três figuras do contrato: o Dono da Obra, o Empreiteiro (ou contratado) e o Gestor de Projeto (Engenheiro). Tal colaboração deve ser a tônica dos comportamentos dessas figuras na identificação, correção e avaliação de medidas mitigatórias de defeitos; na coordenação e controle do direito de extensão de prazo do Empreiteiro; na execução de ensaios de entrega da obra; na correção de defeitos; no recebimento dos trabalhos pelo Dono da obra; nos procedimentos de entrega de documentos relativos à obra (desenhos, *as-built*, etc.); no levantamento do preço contratual final e na expedição do certificado de pagamento final, pelo qual se encerram as obrigações contratuais.³¹⁵

No que toca à presente análise, é essencial perceber que mais do que mera opção, a cooperação é verdadeira ferramenta à satisfação de ambos os contratantes. Seja mediante comunicação constante, seja pela adoção de atitudes positivas, os deveres de cooperação voltam-se à obtenção do adimplemento e à extinção do contrato do modo estabelecido pelas partes (com o atingimento de seus objetivos).

Outra peculiaridade dos contratos de EPC diz respeito com a forma de resolução de disputas. Como aponta JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, dentro do quadro da arbitragem, o âmbito da construção civil é provavelmente onde se concentram a maior parte das discussões acerca do inadimplemento e, por conseguinte, da causação dos danos³¹⁶. E resume as principais causas das contendas havidas entre as partes:

Negociam-se, é certo, os termos e condições gerais da operação visada, mas, no fundo, à incompletude deliberada se junta a falta de negociação de alguns termos e condições supervenientes que, em face das circunstâncias da fase

³¹⁴ MARIANGELO, Rafael. Aspectos relevantes dos modelos contratuais FIDIC. In: MARCONDES, Fernando (org.). *Temas de direito da construção*. São Paulo: Editora PINI, 2015, p. 197.

³¹⁵ MARIANGELO, Rafael. *Op. cit.*, p. 190.

³¹⁶ PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. In: *Conversas sobre arbitragem*. Cadernos do Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, 2013, p. 30.

inicial da operação, sobretudo no que diz respeito à mobilização, declarações quanto às condições do local da obra e das condições geológicas, acesso ao local da obra para implantação do canteiro, obtenção de licenças e uso inadequado de contrato padrão ou de parte de suas cláusulas, descaracterizando-os (cf. utilização indiscriminada de disposições constantes dos vários livros dos Contratos FIDIC dando origem a um contrato afastado do padrão escolhido), acabam por não serem objeto de discussão na extensão exigida e dão lugar a controvérsias mais complexas no curso da obra, levando, na maioria dos casos, à inevitável ruptura da relação contratual.³¹⁷

É para lidar com estas contingências que é bastante comum haver cláusulas escalonadas de solução de controvérsias para que, como última *ratio*, chegue-se a eventual arbitragem ou Judiciário (aqui bastante raro). A construção de qualquer obra envolve uma série de imprevistos que devem ser decididos ao longo do projeto. Por isso, tanto o modelo da FIDIC como os contratos de EPC em geral determinam, primeiro, a obrigação das partes (cliente e fornecedor) de informar à outra parte quando são descobertos desvios de quaisquer naturezas. Segundo, é bastante comum (e salutar) que se preveja o dever de buscar soluções negociadas para esse tipo de situação. Como exemplo, o modelo contratual da ENAA (entidade japonesa) estabelece, em sua cláusula "GC 6", a situação de que, em existindo qualquer disputa ou diferença entre as partes, estas devam buscar a outra para solucionar a contenda mediante negociação. Neste período, ainda, é facultado às partes submeter determinadas questões técnicas a um *expert* externo indicado por elas ou mesmo solicitado junto à CCI (Câmara de Comércio Internacional). Não sendo obtido resultado favorável, a parte insatisfeita pode notificar a outra do interesse em remeter a questão a uma arbitragem. Em um período de 30 dias desta notificação, há nova fase de negociações que, se frustradas, são remetidas ao procedimento arbitral. Trata-se de solução mais rápida e que, ao final, garante o cronograma dos trabalhos e os custos preestabelecidos.

Além disso, outra herança que se tem da origem anglo-saxônica é a possibilidade de instauração de *Dispute Boards*. Como anuncia o professor FERNANDO ARAÚJO:

[...] em muito do que é o universo comercial, [parece] haver uma grande hesitação em recorrer-se a invocações jurídicas ou a apelar às cláusulas contratuais, com receio de que essas atitudes exacerbem a conflitualidade e

³¹⁷ PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. In: *Conversas sobre arbitragem*. Cadernos do Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, 2013, p. 30.

determinem o colapso das negociações ou de relações contratuais longas, encarando muitos 'homens de negócios' como uma atitude hostil, ou até como uma 'quebra de carácter' ou uma 'quebra de confiança', o recurso à argumentação jurídica, que é muitas vezes tida como uma desproporcionada 'arma de arremesso', uma oportunista 'cartada' de 'endgame', a declaração de 'guerra judiciária' quando está perdida a esperança de ganhos 'relacionais' - e mais ainda quando se generaliza a convicção de que tal argumentação jurídica é insensível aos equilíbrios comutativos de que se compõe a vida comercial.³¹⁸

Para fugir da estrutura ligada à argumentação tipicamente jurídica, que traz consigo uma conflituosidade maior e, ao mesmo tempo, dar resposta às inúmeras questões que surgem no decorrer de um grande trabalho de engenharia, é que os *Dispute Boards* surgem como excelente mecanismo. Como exemplo, aduz-se que o histórico de emprego dos *Dispute Boards* mostra sua aptidão para solução de 98% dos conflitos antes mesmo de sua instauração³¹⁹. Por sua vez, desde o projeto *El Cajon Dam and Hydroelectric Facility*, em que o modelo de *Dispute Boards* foi empregado em contratos financiados pelo Banco Mundial, o órgão financiador passou a exigir o emprego do método (desde 1995, tornou obrigatório para todos os projetos a partir de US\$ 50 milhões)³²⁰. Isso porque, ao longo do projeto todos os conflitos teriam sido resolvidos pelo *Board* sem a necessidade de intervenção do juízo arbitral.

Conceitualmente, "*dispute board* é um mecanismo de prevenção de controvérsias que apresenta uma solução rápida, confidencial, menos onerosa e mais eficiente aos conflitos que venham a surgir e tem como principal finalidade garantir a manutenção e gestão do contrato, dando continuidade ao projeto, evitando o desentendimento entre as partes, sendo assim um método alternativo ao Judiciário ou à arbitragem."³²¹ Trata-se de corpos normalmente compostos por três conselheiros (ainda que se possa ter apenas um ou até mais de três), que, segundo o artigo primeiro do regramento da Câmara de Comércio Internacional - *ICC Rules* - de 2015, possuem como função ajudar as partes a evitar ou resolver seus desentendimentos e disputas, seja encorajando-as a superá-los sozinhas, resolvê-los de maneira informal ou mesmo através de recomendações ou decisões por parte do *Board*. Nos termos do Prefácio da Edição de 2015 das regras da ICC sobre *Dispute Boards*, estes têm a finalidade precípua

³¹⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 383-384.

³¹⁹ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2016, p. 3. Os dados são da Dispute Resolution Board Foundation (DRBF).

³²⁰ *Idem, ibidem*, p. 12.

³²¹ *Idem, ibidem*, p. 9.

de auxiliar as partes a reduzir os riscos e custos de uma eventual quebra do contrato. No mesmo sentido, a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) define que se trata de "comitês formados por profissionais experientes e imparciais, contratados antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas"³²². Normalmente, o comitê é composto por dois engenheiros e um advogado³²³, mas não se trata de modelo necessário. Para empreender esta função, reúnem-se periodicamente, bem como recebem *follow ups* das partes do progresso dos trabalhos. Estas reuniões periódicas ocorrem não só entre os membros do *board* como destes para com as partes, inclusive no próprio local da obra.

Os *Dispute Boards* podem assumir modalidades diferentes, de acordo com o resultado produzido por seu trabalho. Caso a comissão não logre conduzir as partes a chegar a uma solução consensual, o *Board* é chamado a decidir a questão. A partir daí, o resultado produzido depende da espécie de *Dispute Board* que se instituiu. Segundo o regramento de 2015 da Câmara de Comércio Internacional, os *Dispute Review Boards* (ou comissões de *revisão* de disputas) produzem decisões não vinculantes (recomendações), enquanto os *Dispute Adjudication Boards* (comissões de *adjucação* de disputas) emitem decisões vinculantes até que, eventualmente, uma decisão judicial ou arbitral venha a substituí-la. Por fim, os *Combined Dispute Boards* (CDB - ou comissão combinadas de disputas) situam-se entre os outros dois modelos: normalmente emitem recomendações, contudo, se uma das partes requerer e a outra não objetar, poderão emitir decisões vinculantes.

Como não se trata de um agente externo que eventualmente ingressa na relação para resolver um problema entre elas, pelo contrário, tem-se agentes que periodicamente estão em contato com a execução dos trabalhos, há maior efetividade na solução das contendas. As eventuais divergências são constatadas já em caráter embrionário, antes de os ânimos se acirrarem e as disputas judiciais ou arbitrais surgirem. Em verdade, tem-se um corpo regularmente constituído que acompanha os trabalhos a partir de informações prestadas pelas próprias partes contratantes. Além disso, a linguagem dos *Dispute Boards* é a linguagem das partes. Isso porque os conselheiros são *experts* na

³²² MARCONDES, Antonio Fernando Mello. Os *Dispute Boards* e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção Civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 123.

³²³ MARCONDES, Antonio Fernando Mello. *Op. cit.*, p. 125.

área e não possuem vinculação com qualquer uma delas. Voltam-se tão somente aos objetivos do contrato e sua melhor execução. Ao fim e ao cabo, o principal objetivo dos DBs é auxiliar as partes na resolução dos conflitos e não lhes impor uma solução externa. Isto é, na maioria das vezes, o principal papel do *Board* é o de mediar o conflito entre as partes³²⁴ e, com isso, auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos³²⁵. Em se tratando de uma solução que vem de profissionais que acompanham os andamentos dos trabalhos, a resposta é dada com uma agilidade muito maior do que aquela vinda do Poder Judiciário ou mesmo da arbitragem. Esta celeridade, por sua vez, traz impactos significativos na redução dos custos envolvidos³²⁶. Uma solução célere e especializada evita o atraso substancial na execução dos trabalhos e faz com que a continuidade dos serviços seja mais fluida, liberando as equipes para a execução de tarefas mais produtivas³²⁷. No entanto, se "ele for recebido como mera imposição de um agente financiador, os envolvidos estarão desperdiçando uma ferramenta preciosa para a solução dos impasses do dia a dia e a manutenção de um ambiente cooperativo e positivo no site da obra."³²⁸

De todo modo, mesmo a decisão dos *Dispute Boards* segue revisável, seja pelo Poder Judiciário, seja pelo juízo arbitral. Em se tratando de contendas de alta complexidade técnica e, não raramente, jurídica, há atualmente larga prevalência da escolha do juízo arbitral. Trata-se, ambos, de métodos heterocompositivos de solução de conflitos destinados a atuar na ausência de êxito dos métodos autocompositivos para a solução dos conflitos³²⁹. Ressalva-se, apenas, que, por força legal, a arbitragem poderá versar somente sobre direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º da Lei de Arbitragem -

³²⁴ MARCONDES, Antonio Fernando Mello. Os *Dispute Boards* e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção Civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 127.

³²⁵ Aqui, utilizam-se os termos do Código de Processo Civil Brasileiro vigente que, em seu artigo 165, §3º, define o papel do mediador, em sentido similar ao estabelecido pela Lei Brasileira de Mediação (Lei 13.140/2015) em seu art. 1º, parágrafo único. Ainda que a função de mediar não exauria a função do membro da comissão, ela consiste em importante parte dos trabalhos desenvolvidos, como se expôs acima.

³²⁶ MARCONDES, Antonio Fernando Mello. *Op. cit.*, p. 126-127.

³²⁷ JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC – A guide for practitioners*. New York: Springer, 2010, p. 77.

³²⁸ MARCONDES, Antonio Fernando Mello. *Op. cit.*, p. 126.

³²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

Lei 9.307/1996). Isso significa que, no âmbito da construção civil, a maioria massiva das questões atinentes ao contrato de EPC será arbitrável³³⁰.

Um elemento final que merece breve comentário refere-se à internacionalidade das contratações e, sobretudo, eventual conflito de leis na aplicação do regramento contratual. Em se tratando de obras de grande porte, boa parte dos contratos são firmados entre partes de países diferentes. Por isso, há questões meramente contratuais entre as partes, que a rigor serão decididas pelo Direito por elas escolhido. Há outras, que podem ser atinentes aos direitos reais e, assim, ter de ser solvidas pelo direito do local da obra. Podem ainda surgir questões relativas ao direito do trabalho, direito administrativo, enfim. Há uma série de pontos de conexão que devem ser avaliados um a um no momento da resolução de eventual disputa, bem como na própria orientação do comportamento das partes.

2.5. Conclusão parcial

Da análise dos índices do tipo até agora vistos, bem como daqueles traços distintivos apresentados, pode-se dizer que o contrato de EPC é um contrato socialmente típico, mas legalmente atípico. A conclusão que se pode delinear neste ponto é que o contrato de EPC parte da empreitada, possui seus principais caracteres, mas nela não se exaure. O EPC agrega à empreitada elementos de prestação de serviços (manutenção, montagem de equipamentos, testes de *performance*, etc.), da compra e venda de bens (produtos com autonomia incapazes de encaixe no conceito de "materiais")³³¹, além de possuir uma estrutura e uma finalidade bastante específicas. Nesta linha, tratando do contrato na modalidade *tunkey*, PAIS DE VASCONCELOS assim resume a questão:

³³⁰ Com a alteração da Lei de Arbitragem em 2015 mediante a edição da Lei 13.129/2015, tornou-se expressamente possível que a administração pública direta e indireta valha-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º).

³³¹ Ponto que será objeto de explanação no "Capítulo III".

Este tem como prestações, de um lado, o estudo de viabilidade, o projecto, incluindo peças escritas e desenhadas, o fornecimento de materiais e equipamentos, a montagem e instalação, o fornecimento de manuais de operação e de rotinas de manutenção, o fornecimento e instalação de 'software', as operações de arranque e de ensaio, e a assistência no período inicial de laboração. Do outro, há a obrigação de colocação do local à disposição, de disponibilidade de fontes de abastecimento de energia, de cooperação na execução dos trabalhos, de correcção de preços, e de pagamento. Uma terceira parte presta garantia do pagamento pelo dono da obra e, a mesma ou uma outra, presta garantia da execução dos trabalhos e, ainda, por vezes, o pré-financiamento ou o simples financiamento. Uma quarta parte faz a fiscalização ou mesmo, o que tem um âmbito mais alargado, a gestão da obra. Tudo isto é um só contrato: o chamado contrato de empreitada de concepção/construção de chave na mão. Trata-se de um contrato que é socialmente típico, embora legalmente seja misto.³³²

Dizer que o epecista é empreiteiro responsável pela entrega da obra tão somente é desvalorizar as outras tantas obrigações acima enumeradas, bem como desconsiderar os caracteres peculiares do contrato. Desconsiderar os diversos índices e traços apontados é forçar uma classificação necessariamente típica, quando se está em face de contrato com particularidades que não podem ser descuradas.

Não obstante, o EPC ainda guarda determinada similitude com a empreitada, que também não merece ser desatendida. A devida caracterização encontra-se nos contratos atípicos mistos. Os contratos atípicos englobam tanto aqueles puramente atípicos (na prática, extremamente raros), como os contratos mistos, "construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes"³³³. Nessa perspectiva, os contratos mistos não são *tertium genus* com relação aos contratos típicos e atípicos, mas espécie do gênero contratos atípicos³³⁴. Trata-se de contratos construídos pelas partes a partir do tipo de referência, modificando-o, adaptando-o ou misturando mais de um tipo de referência de modo a atingir finalidade diversa daquela típica ou mesmo satisfazer interesses particulares fora daqueles alcançados pelo modelo legal de base³³⁵.

O EPC possui a empreitada como o seu tipo de referência no regramento legal. Ainda que a estrutura da empreitada seja dominante se observados outros tipos legais, é possível que se diga que se trata de tipo social com autonomia que, ao ser tropicalizado,

³³² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 232.

³³³ *Idem, ibidem*, p. 217.

³³⁴ *Idem, ibidem*, p. 217.

³³⁵ *Idem, ibidem*, p. 230-231.

encontra pontos de contato com o contrato de empreitada. Em outras palavras, o EPC não é uma empreitada, é tipo social diverso do tipo legal, mas que deste guarda traços característicos e, por isso, submete-se parcialmente ao regramento legal estabelecido.

Por estes motivos mostra-se importante o Capítulo III do presente trabalho. É que, se o contrato de EPC aproxima-se parcialmente da empreitada e, por conseguinte, se o regramento da empreitada aplica-se em parte às relações de EPC, há que se analisar as disposições legais atinentes à empreitada à luz do *id quod pleremque accidit* do EPC. Em outros termos, tendo-se concluído que se está diante de um tipo social autônomo que, ao ingressar na ordem jurídica brasileira, toca o espaço ocupado pelo contrato típico de empreitada (configurando, portanto, contrato atípico misto), deve-se analisar estas regras para verificar sua aplicabilidade ou não ao EPC.

3. A REGULAÇÃO DO CONTRATO DE EPC

3.1. O modo de regulação dos contratos atípicos mistos

Uma vez estabelecido que o contrato de EPC é contrato atípico misto (socialmente típico e legalmente atípico), que tem o contrato de empreitada como seu tipo de referência, deve-se estabelecer como e em que medida o regramento típico da empreitada aplica-se ao EPC para que, em seguida, possam-se examinar topicamente as regras legais da empreitada constantes de nosso Código Civil no contexto da contratação de um EPC. Trata-se de questão importante visto que a própria construção do regulamento contratual dá-se tanto a partir daquilo que foi expressamente estatuído pelas partes (espaço de autonomia privada) como das regras heterônomas que deitam efeitos sobre o contrato, seja de forma injuntiva (cogente, coativa ou imperativa³³⁶, a denominação é cambiante), seja de forma dispositiva³³⁷. Isto é, ainda que o Direito Contratual seja eminentemente constituído de regras dispositivas³³⁸, na formação do conteúdo do contrato, surge a discussão acerca da incidência das regras cogentes e seu ingresso necessário no regulamento constituído. Em outras palavras, é importante que se saiba se os contratantes podem estabelecer o que bem entenderem em seu EPC (e se estas regras terão eficácia) ou se há algo da empreitada que invariavelmente fará parte de seu contrato. No presente momento, portanto, importa investigar como se dá a formação do regramento do EPC e em que medida as regras da empreitada, seu tipo de referência, influenciam na conformação do tratamento da relação entre as partes.

Como bem aponta ORLANDO GOMES, o "problema dos contratos mistos consiste fundamentalmente na determinação de sua disciplina jurídica"³³⁹. Nessa toada, surgiram três teorias didaticamente assim denominadas: (I) teoria da absorção; (II)

³³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: 2008, p. 27.

³³⁷ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 311. VINCENZO ROPPO elenca ainda a decisão do juiz como fonte heterônoma do regulamento contratual, *in verbis*: "In prima battuta, le fonti del regolamento contrattuale possono ricondursi a due categorie: fonti autonome, e fonti eteronome. Le fonti autonome si sintetizzano nella volontà delle parti. Questa fonte opera all'interno del contratto, nel senso che s'identifica con un elemento costitutivo della sua struttura: appunto la volontà delle parti, e più di preciso quella comune volontà che dà luogo all'accordo. Le fonti eteronome (o esterne, in quanto agiscono sul contratto dal di fuori della sua struttura) sono essenzialmente due: la legge: e la decisione del giudice." ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 430.

³³⁸ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 26-27.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 123-124.

teoria da combinação; e (III) teoria da analogia ou da aplicação analógica³⁴⁰⁻³⁴¹. De forma bastante sintética, pela teoria da absorção, há um tipo predominante (identificável nas prestações que compõem o regulamento contratual) em cada contrato atípico misto, cujos efeitos expandem-se sobre os demais tipos presentes, de modo a absorver-lhes a natureza. Com isso, aplicam-se diretamente as regras do tipo predominante a todo o contrato. Por sua vez, pela teoria da combinação, os contratos atípicos devem se decompor em tantas partes quanto prestações de tipos diversos englobar. Com isso, a cada parcela decomposta aplica-se o tipo contratual correspondente e todas estas simultaneamente³⁴². Ambas as doutrinas receberam fortes críticas, entre outros tantos motivos³⁴³, por desnaturar a atipicidade dos contratos a que são aplicadas. Isto é, ao decompor determinado contrato em diferentes partes ou procurar um tipo dominante que se sobreponha às demais regras, acaba-se por desconsiderar a própria configuração, sentido e estrutura dados pelas partes na formulação do vínculo³⁴⁴. Retira-se a natureza atípica do contrato em um esforço tipicizante já denunciado pela doutrina³⁴⁵.

³⁴⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107-121; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 234-247.

³⁴¹ PAIS DE VASCONCELOS menciona ainda a teoria da criação, aplicável "[q]uando falte um tipo de referência, quando a analogia não seja possível, será necessário recorrer à criação de uma solução concreta, através da interpretação integradora, com base nos princípios, cláusulas gerais e 'standards', tais como a boa fé, ou a equidade, ou a diligência do 'bom pai de família'" VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. cit.*, p. 243. A técnica seria aplicável sobretudo aos contratos atípicos puros ou ainda quando "a solução proposta pela analogia for ou resultar intoleravelmente injusta ou inadequada". Não parece, contudo que se trate de técnica aplicável a um ou outro caso como que em conflito com as demais teorias, mas de verdadeira técnica de interpretação mais ampla, necessária mesmo aos contratos típicos. Em linhas muito gerais, os cânones interpretativos mencionados por PAIS DE VASCONCELOS tornam-se úteis desde há muito quando, ao se desvincular texto e norma, "qualquer texto, em qualquer situação, requer interpretação. Qualquer decisão em torno do significado de um texto, não importa se 'claro' ou 'obscuro', constitui interpretação" GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 133.

³⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 111.

³⁴³ Pode-se mencionar, por exemplo, a dificuldade de se encontrar a prestação preponderante na teoria da absorção, sem critérios rígidos para tanto. Além disso, nem sempre há uma prestação efetivamente preponderante, como aponta LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 109.

³⁴⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p., p. 124-125; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. cit.*, p. 240-241.

³⁴⁵ A lição de DE NOVA sobre o ponto indica tendência percebida na Itália, mas que, na espécie, em tudo se aplica a nossa realidade: "Il giudice si trova di fronte a controversie che le parti hanno già impostato come un'alternativa tra qualificazioni concorrenti, mirando ciascuna a far prevalere il nomen iuris che comporta l'applicazione della disciplina a sè favorevole. Convinto della necessità di fare ricorso ad un tipo per risolvere la controversia, ed educato - per ripetuti anatemi dottrinali - a considerare il ricorso al contratto sui generis soluzione apparente e perciò inutile, il giudice asseconda l'impostazione delle parti e sceglie una delle due qualificazioni; al più, ne elabora una propria." DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 14-15. No mesmo sentido, entre nós, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 109.

As teorias ora sintetizadas já foram apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça no célebre caso do "Condomínio Acionário das Emissoras e Diários Associados"³⁴⁶. O litígio surge a partir de dois negócios jurídicos celebrados pelo jornalista e embaixador Assis Chateaubriand (o primeiro em 1959 e o segundo em 1962). Em referidas ocasiões, o célebre embaixador efetuou negócio complexo, que teve como mote a doação a seus vinte e dois funcionários mais notáveis da integralidade das cotas que possuía nas "Emissoras e Diários Associados". Pelo negócio, constituía ainda "Condomínio Acionário" (*nomen iuris* estipulado) com o escopo de "assegurar para todo o sempre a continuidade dessa organização, de modo a evitar, de futuro, o seu fracionamento e a manter uma constante fidelidade aos ideais que sempre o animaram"³⁴⁷. Para garantir a perpetuação do empreendimento, criava desde logo regra de sucessão: no caso de morte ou retirada de determinado "condômino", os demais deveriam escolher, por maioria, funcionário da organização a suceder aquele que se retirava ou falecera. Por conta desta situação, seus filhos e herdeiros passaram a ajuizar demandas questionando a legalidade do negócio celebrado. No cerne, alegavam que o Condomínio constituído violava a proibição de perenidade constante dos arts. 629 e 630 do Código Civil de 1916³⁴⁸ (atualmente, referida no art. 1.320 do Código Civil de 2002). Ao julgar o Recurso Especial n. 15.339/RJ, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o negócio celebrado guardava semelhanças com diversos institutos jurídicos (doação, condomínio, fideicomisso, propriedade resolúvel e sociedade, são elencados pelo Min. Barros Monteiro em seu voto, condutor do acórdão lavrado). Não obstante, após analisar as características de cada um dos institutos mencionados, concluía que era irrelevante o fato de seu instituidor ter chamado o negócio de doação ou mesmo referir-se por sucessivas vezes a este como "Condomínio Acionário". Em verdade, ter-se-ia negócio atípico criado a partir de doação, mas voltado à continuidade (e com isso,

³⁴⁶ A questão foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça por mais de uma ocasião. Em especial, o primeiro recurso especial a tratar da matéria à exaustão foi o REsp 15.339/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 28/02/1994, DJ 18/04/1994, p. 8498, REPDJ 25/04/1994, p. 9255. Posteriormente, em outras ocasiões, o tema foi tratado como, de forma mais recente, no REsp 1.193.809/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 05/05/2014.

³⁴⁷ Trata-se da citação à Cláusula III da Escritura celebrada em 21/09/1959, referida pelo Ministro Barros Monteiro em seu voto no REsp 15.339/RJ.

³⁴⁸ Assim dispunham as regras referidas:

Art. 629. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum.

Parágrafo único. Podem, porém, os consortes acordar que fique indivisa por termo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior.

Art. 630. Se a indivisão for condição estabelecida pelo doador, ou testador, entende-se que o foi somente por cinco anos.

assemelhando-se à sociedade, como salienta o Min. Paulo de Tarso Sanseverino no Recurso Especial n. 1.193.809/RJ). Em conclusão e ao que importa ao estudo ora empreendido, o Superior Tribunal de Justiça assentou que aplicar ao negócio celebrado as regras de um ou de outro instituto somente significaria desnaturar o contrato celebrado de forma lícita (mas atípica). Isto é, tratava-se de, acima de tudo, respeitar a autonomia privada nos contornos dados pelo seu próprio declarante ou, nas palavras do Min. Barros Monteiro, "[s]e o contrato atípico não é ofensivo à lei, à ordem pública e aos bons costumes, deve subsistir inteiramente". Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça terminou por afastar as teorias da absorção e da combinação, declarando a aplicabilidade da teoria da analogia.

Nesse sentido, entende a doutrina que apenas "a teoria da aplicação analógica oferece critério aceitável para a disciplina jurídica dos contratos atípicos 'stricto sensu', igualmente aplicável aos contratos mistos"³⁴⁹. Trata-se, em primeiro lugar, de dar devido respeito à natureza atípica dos contratos. Em segundo lugar, mostra-se como modo de enxergar os contratos mistos como verdadeiramente atípicos e, assim, tratá-los como verdadeiro organismo autônomo³⁵⁰. Desse modo, respeita-se primeiro sempre a disciplina dada pelas partes, o regramento autonomamente estabelecido. Segundo, no que tange aos contratos atípicos mistos, "sempre que tenham com a disciplina legal dos tipos contratuais algum parentesco, essa disciplina legal só lhes pode ser aplicada através de um processo analógico porque, tal como os contratos atípicos, repelem a aplicação directa da lei"³⁵¹. Os contratos puramente atípicos, por sua vez, contam com processo que se relaciona principalmente com o próprio regulamento contratual e, na sua falta, "será necessário recorrer à criação de uma solução concreta, através da interpretação integradora, com base nos princípios, cláusulas gerais e 'standards', tais como a boa fé, ou a equidade, ou a diligência do 'bom pai de família'."³⁵²

No caso em estudo, em se tratando de contrato atípico misto com a empreitada como tipo de referência, o trabalho do intérprete é o de modificar e adaptar o tipo legal de referência, "sem falsear a própria regulação contratual que se concretiza"³⁵³, isto é, sem alterar o sentido e o modo de ser do contrato de EPC. No Capítulo II do presente

³⁴⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125.

³⁵⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 241.

³⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 241.

³⁵² *Idem, ibidem*, p. 243.

³⁵³ *Idem, ibidem*, p. 373.

trabalho, deram-se as principais características e traços do contrato de EPC. Estas características restarão invariavelmente vertidas nos contratos celebrados por conta do caráter tendencialmente exaustivo do EPC (que, como se viu, é uma característica que se relaciona tanto à origem do contrato como à própria natureza atípica da relação travada). Desse modo, assim como no caso acima referido apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, são estas cláusulas que devem reger as relações. A questão que surge, no entanto, é o como proceder quando há conflito entre o regramento autônomo e aquele heterônomo ou mesmo qual o limite da autonomia das partes ao modificarem o tipo de referência. É que, ainda que a maior parte das regras legais seja de natureza dispositiva, há que se analisar especificamente as disposições do Código Civil brasileiro para verificar aquelas que, ao menos abstratamente, amoldam-se ao sentido e natureza do EPC. Cumpre recordar que, em sendo o contrato atípico verdadeiro fruto de autonomia privada³⁵⁴, é decorrência natural que a primeira resposta ao regramento de determinado tema seja buscada no próprio contrato. Desse modo, "a interpretação integradora ir-se-á inspirar nos tipos de referência para formular a disciplina concreta do caso, num processo comparativo e analógico"³⁵⁵. De qualquer maneira, (I) a aplicação do regramento do tipo de referência é sempre por analogia³⁵⁶ e (II) o tipo de referência deve sempre ser moldado e adequado para sua aplicação ao contrato atípico e não o contrário.

3.2. O emprego da teoria da analogia ao EPC

Demonstrada a forma com a qual se constrói o regulamento contratual nos contratos atípicos mistos em geral, há que se aplicar a metodologia para o tipo em exame. Isso significa analisar as disposições legais do contrato de empreitada para que se identifique sua adequação ou não às relações travadas no bojo do EPC. Em especial, há que se dar atenção aos temas mais sensíveis à conformação do tipo de contrato de EPC, quais sejam preço, prazo e *performance* e as regras que a estes tocam no regramento típico de referência. Sobretudo, não se pode descuidar da necessidade de

³⁵⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 319.

³⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 370.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 370.

que as regras cogentes do tipo de referência sejam analisadas para que sua aplicabilidade analógica possa ser confirmada ou refutada.

Principie-se pelo tema da perfeição da obra que é de central importância e toca diretamente à *performance* dos trabalhos³⁵⁷. Neste âmbito encontra-se talvez um dos temas mais delicados no que diz respeito à aplicação das disposições do tipo de referência da empreitada ao contrato atípico misto do EPC. Fala-se do regramento legal dos vícios construtivos (ligados à perfeição da obra) e, em especial, do prazo constante do art. 618 do Código Civil. A disposição estabelece expressamente que, nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Trata-se de regramento que, em linhas muito similares, já se encontrava no art. 1.245 do Código Civil de 1916. O fundamento da regra reside na constatação de que a "responsabilidade pela perfeição da obra é o primeiro dever legal de todo profissional ou firma de Engenharia, Arquitetura ou Agronomia, sendo de se presumir em qualquer contrato de construção, particular ou pública, mesmo que não conste de nenhuma cláusula do ajuste"³⁵⁸. Ou, sob ótica diversa, a "extensão do prazo é consequência da própria complexidade da empreitada e da gama de defeitos que apenas podem ser percebidos após a conclusão da obra"³⁵⁹. Há, contudo, que se dar os devidos contornos à disposição legal antes de se adentrar propriamente na sua aplicabilidade ao contrato de EPC.

Com efeito, em uma interpretação literal, a disposição do atual art. 618 (na exata esteira do art. 1.245 do CC/16) aplica-se (I) somente ao empreiteiro de materiais (e não ao empreiteiro de labor, portanto), (II) em caso de construções consideráveis (e não de qualquer obra), (III) quando o vício atingir a solidez e segurança do trabalho (e não outras qualidades da obra) e (IC) quando a causa do vício estiver nos materiais empregados ou no solo (e não em outros elementos quaisquer). Com isso, a doutrina costumava dizer que a natureza da responsabilidade civil na empreitada era dúplice: presentes os requisitos assinalados, ter-se-ia a incidência da responsabilidade objetiva

³⁵⁷ Ainda que a *performance* exija mais que a entrega dos trabalhos bem acabados, esta é pressuposto daquela. Como se verá abaixo, o contrato de EPC traz garantias de *performance* exatamente para dar conta destas contingências.

³⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (et al.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 298.

³⁵⁹ ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2010, p. 641.

excepcional do art. 618 (e 1.245); fora destas, estar-se-ia diante de caso de vício redibitório³⁶⁰, conforme as regras gerais do Código Civil.

Não obstante, há algum tempo, o Superior Tribunal de Justiça vem alargando a interpretação da disposição em comento. Por construção jurisprudencial, entendeu-se que, em se estando diante de empreiteiro de materiais e construções consideráveis, o requisito do atingimento à "solidez e segurança do trabalho" e a própria origem do problema nos "materiais empregados ou no solo" devem ser flexibilizados. Em mais de uma ocasião, o Superior Tribunal de Justiça afirma ser "inseguro o edifício que não proporcione a seus moradores condições normais de habitabilidade e salubridade". E conclui que, com isso, a garantia "não alcança apenas os defeitos estruturais que ameacem de ruína o edifício, mas também outros defeitos graves"³⁶¹. Este entendimento data da década de 1990, quando, no acórdão paradigmático sobre o tema, o então Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, escorado nas lições de PONTES DE MIRANDA, SERPA LOPES, CARVALHO SANTOS e LUIZ OLAVO BAPTISTA, referia a possibilidade de se interpretar o adjetivo "segurança" de forma larga, aplicando-se a garantia também a defeitos "de gravidade" (como infiltrações de água, por exemplo)³⁶². A doutrina mais recente, com base nesta linha jurisprudencial, vem afirmando expressamente ser inseguro "o edifício que não proporcione a seus moradores condições normais de habitabilidade e salubridade", mencionando como exemplos de defeitos graves "as infiltrações, vazamentos e demais vícios que afetem a salubridade da moradia, e não apenas o risco de ruína"³⁶³.

O que se percebe é que, com isso, o espaço dos vícios redibitórios no contrato de empreitada restou rarefeito (se não, eliminado)³⁶⁴. Em verdade, o Superior Tribunal de Justiça passou a trabalhar com duplicidade diversa, qual seja a de que, no contrato de

³⁶⁰ CARVALHO, E. V. de Miranda. *Contrato de empreitada*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 137-138.

³⁶¹ REsp 706.424/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 07/11/2005, p. 279.

³⁶² REsp 1.882/RJ, Rel. Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 06/03/1990, DJ 26/03/1990, p. 2175. Naquela mesma época, o entendimento era aplicado e reiterado pelo então Min. Eduardo Ribeiro, como, por exemplo, no julgamento do REsp 37.556/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13/03/1995, p. 5286.

³⁶³ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 314.

³⁶⁴ Segundo HELY LOPES MEIRELLES, "o preceito do art. 618 engloba todos os vícios graves decorrentes de uma construção malfeita", MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (*et al.*). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 310.

empreitada de construções consideráveis, o regime da responsabilidade seria objetivo nos primeiros cinco anos (prazo de garantia), momento a partir do qual seria aplicável a responsabilidade subjetiva por inadimplemento contratual³⁶⁵. A dicotomia compatibilizaria o regime dos vícios do contrato às disposições legais permitindo que, de um lado, o empreiteiro não restasse liberado da responsabilidade pela edificação por ele feita (já que há a possibilidade de vícios surgirem após os cinco anos), bem como, de outro, o decurso do prazo tornasse mais difícil a prova da origem do defeito ao empreitante (como tentativa de minimizar responsabilidade do construtor *ad aeternum*). Nas palavras do Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, "[q]uanto mais distante do término da construção, mais difícil se torna a desincumbência, pelo seu dono, do ônus de comprovar, nos termos do art. 1056 do CC/16, o ato ilícito da construtora, principalmente o nexo de causalidade entre a conduta desta e a fragilidade da obra"³⁶⁶. Este entendimento foi reconhecido no Enunciado n. 181 da 3ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁶⁷ que assim definiu:

O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do Código Civil refere-se unicamente à garantia prevista no caput, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos.

Em outros termos e em suma: uma vez entregue a obra, o empreiteiro responde objetivamente por cinco anos por vícios identificados. Este prazo inicia-se com a entrega e verificação da obra ao fim do contrato ou ainda, quando entregue e verificada por partes (art. 614 do Código Civil), a partir da entrega de cada uma destas³⁶⁸. Por se tratar de prazo de garantia, neste período, a responsabilidade é objetiva³⁶⁹. Uma vez

³⁶⁵ Conforme consta do Recurso Especial nº 903.771/SE de lavra do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, "[a]lém de se valer da garantia prevista no art. 1245 do CC/16, cuja natureza é objetiva, pode o dono da obra obter a responsabilização do construtor mediante a comprovação da prática de um ilícito contratual, consistente na má-execução da obra (art. 1056 do CC/16)." REsp 903.771/SE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011.

³⁶⁶ REsp 903.771/SE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011.

³⁶⁷ Sob a coordenação-geral do Min. Ruy Rosado de Aguiar e coordenação dos trabalhos da comissão ao encargo dos professores Antônio Junqueira de Azevedo e José Osório de Azevedo Jr.

³⁶⁸ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 315.

³⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (*et al.*). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 299.

identificados os defeitos, o empreitante tem cento e oitenta dias para aforamento da demanda³⁷⁰. Fora deste prazo, o empreitante permanece no direito de demandar por inadimplemento do contrato no prazo de três anos da ciência do dano (art. 206, §3º, inc. V do Código Civil)³⁷¹, cabendo nesta hipótese a ele o ônus da prova dos requisitos do dever de indenizar: ilícito contratual (descumprimento do contrato), dano (vício construtivo), culpa (imperícia, imprudência ou negligência do construtor) e nexo causal (origem do vício na execução da obra)³⁷²⁻³⁷³.

Há ainda aspecto adicional que merece atenção neste momento, já que o tipo da empreitada é referência ao contrato sob análise. Trata-se da natureza cogente da norma contida no art. 618, que passará a determinar a incidência e eficácia da regra sobre os suportes fáticos idênticos. Pela simples leitura do artigo legal, resta claro que se trata de regra indisponível, de direito cogente portanto³⁷⁴. Ao afirmar que se trata de "prazo irreduzível" aplicável às construções consideráveis, o Código Civil deixa claro o aspecto

³⁷⁰ Há discussão sensível sobre a natureza deste prazo. De um lado, há quem entenda que se trata de prazo para aforamento da ação redibitória, pela qual o interessado poderia rejeitar a coisa entregue ou postular pelo abatimento do preço pago. Tratar-se-ia, portanto, de caso excepcional da regra geral consagrada pelo art. 445 do Código Civil (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (et al.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 301 e 311; ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 318-319). Por outro, há quem defenda que se trata de prazo para a ação desconstitutiva do negócio, dado que o parágrafo único refere que o direito decaí (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao código civil: parte especial - das várias espécies de contratos, vol. 7 (arts. 565 a 652)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 300, alinhando-se à posição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY). Neste caso, a ação cabível não seria a redibitória, mas tão somente a constitutiva negativa (desfazimento do negócio). Ponto comum entre os autores é que a ação de indenização por ilícitos contratuais não resta atingida por este prazo. O prazo de cento e oitenta dias não atinge a pretensão de reparação por ilícito contratual, à qual se aplicaria o prazo trienal do art. 206, §3º, inc. V do Código Civil.

³⁷¹ O prazo de prescrição para ações de indenização por conta do inadimplemento contratual não é pacífico. A referência ao prazo trienal é feita pela doutrina mencionada e ratificada em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1281594/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, terceira turma, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016). Analisando a jurisprudência do STJ e a decisão proferida ao final de 2016, no entanto, JUDITH MARTINS-COSTA e CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI demonstram que a jurisprudência majoritária da Corte reconheceu, no decênio de 2006 a 2016, a incidência do prazo decenal do art. 205 do Código Civil à inexecução contratual, entendendo que o termo "reparação civil" do art. 206, §3º, inc. V faria referência apenas à hipótese de ilícitos extracontratuais. Segundo referem os autores, os critérios literal, o lógico-sistemático e o axiológico indicariam a aplicação do prazo prescricional de dez anos à pretensão indenizatória decorrente de inadimplemento contratual. Conforme MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 979, 2017, p. 215-241.

³⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 299.

³⁷³ O Código de 1916 não possuía o parágrafo único do art. 618 e, por isso, estabeleceu-se que, ao prazo de garantia de cinco anos, seguia-se o prazo prescricional de vinte anos para aforamento da demanda. Este entendimento restou cristalizado na Súmula n. 194, que textualmente dispunha: " Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra."

³⁷⁴ Lembre-se que o caráter cogente da norma pode decorrer de seu próprio texto ou, ainda, da natureza de ordem pública do tema por elas regrado (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 371). No caso, o próprio texto legal dá o indicativo da cogência da norma.

injunção da norma e, portanto, a impossibilidade de seu livre afastamento pelas partes. Aliás, mesmo à época da vigência do art. 1.245 do Código Civil de 1916, afirmava-se que "a responsabilidade quinquenal do empreiteiro é de ordem pública e a convenção das partes pode apenas aumentá-la e, não, dispensá-la ou diminuí-la", porque "a segurança e a solidez das construções interessam, de modo direto, à 'sociedade coletivamente considerada' e foram, sem dúvida, impostas ao empreiteiro, visando o 'bem da comunidade', de preferência ao de cada um de seus membros isolados e ao do empreitador"³⁷⁵.

As questões que surgem, portanto, são de se saber se há a incidência de referida disposição ao contrato de EPC e, em caso positivo, em que extensão. Com efeito, em se tratando de contratos atípicos, "os preceitos do tipo de referência são objecto de uma simples recepção operada por força negocial e perdem assim a natureza legal e injuntiva"³⁷⁶. Por isso, estes permanecem cogentes "caso se conclua que, atentas as circunstâncias, se mantêm no caso concreto e no contrato atípico as razões de ordem pública que fundaram a injuntividade que tinham no tipo de referência"³⁷⁷.

No que toca ao primeiro ponto, a resposta deve ser positiva. No caso do EPC, os fundamentos de ordem pública estabelecidos para a fixação do prazo de garantia de 5 anos permanecem inalterados. O epecista continua sendo o responsável técnico pela edificação de construção considerável, que pode apresentar defeitos ou vícios ocultos não perceptíveis pelo contratante no momento de seu recebimento e aceitação. Assim como na empreitada, "em razão da amplitude da obra, há uma necessidade de conferir ao seu proprietário e credor de obrigação de resultado a mais ampla tutela"³⁷⁸. A questão no caso do EPC é a amplitude desta garantia. Lembre-se que, no âmbito do contrato de EPC, para além dos tradicionais materiais de obras de menor complexidade (cimento, argamassa, ferro, etc.), tem-se a incorporação de equipamentos autónomos (turbinas, geradores, etc.). Como aponta JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, a aplicação do art. 618 passa a gerar problemas por conta desta questão. Isto é, considerando "que as obras de grande porte na área de infra-estrutura são geralmente contratadas na forma de empreitada global chave na mão, certo é que será responsabilidade do empreiteiro o

³⁷⁵ CARVALHO, E. V. de Miranda. *Op. cit.*, p. 222-223. Não obstante, o próprio Miranda de Carvalho anotasse posições contrárias à época.

³⁷⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 374.

³⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 374.

³⁷⁸ ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2010, p. 641.

fornecimento de máquinas e equipamentos, tais como turbinas, compressores, caldeiras e equipamentos auxiliares"³⁷⁹. Ou seja, como o EPC alberga também a incorporação de bens autônomos que são fabricados por terceiros, com tecnologia própria e elevado grau de especificidade, é praxe que ao contratante sejam repassados os prazos concedidos pelos fabricantes (estes, muitas vezes, inferiores aos cinco anos legais do art. 618 do Código Civil)³⁸⁰. É o caso de turbinas, compressores, caldeiras e equipamentos auxiliares em uma hidrelétrica. Ao que tudo indica, a atipicidade do contrato de EPC faz com que a garantia legal não englobe estes componentes. Isto é, o prazo de garantia de cinco anos aplica-se às porções de construção civil em que efetivamente os materiais são utilizados como matéria-prima para a construção da obra.

A justificativa encontra-se na própria redação legal: a disposição do art. 618 limita-se à proteção do dono da obra contra vícios que decorram dos *materiais* empregados. Isso significa que partes integrantes, mesmo essenciais, não podem ser confundidas com materiais por si só. A obra é coisa composta por várias coisas simples: algumas delas se fundem e dão origem às partes de construção civil; outras, são fusões de coisas mais elementares e formam coisa simples autônoma. Uma coisa simples "é um todo individual e incindível, embora juridicamente possa ser divisível, sendo formada ou por ação da natureza (e.g., cavalo) ou por ação humana (e.g., pão)."³⁸¹ Por sua vez, uma coisa composta é formada "pela junção de duas ou mais coisas simples, que, embora formem a unidade, são suscetíveis de individualização e diferenciação sem serem independentes"³⁸². Nesse contexto, quando há vinculação entre duas coisas e uma delas está em situação de subordinação em face da outra para atender finalidade econômica, há a definição de uma coisa principal. Aliás, é a partir da relação da outra coisa simples para com a principal que se poderá saber se há uma parte integrante (essencial ou não) ou uma pertença. Não à toa é que o Código Civil intitula o capítulo respectivo de "Dos bens reciprocamente considerados". Tem-se duas coisas, uma em função da outra. Ao que importa à presente reflexão, faz-se mister compreender que, ainda que a turbina da hidrelétrica possa ser vista como parte integrante essencial da obra "usina hidrelétrica" (já que sua retirada importa em redução considerável do valor

³⁷⁹ NUNES PINTO, José Emílio. *O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil*. Publicado em 03/2002 e disponível em <http://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>, p. 4.

³⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 2.

³⁸¹ HAICAL, Gustavo. As partes integrantes e as pertenças no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 934, 2013, p. 54, escorado sobretudo nas lições de PONTES DE MIRANDA sobre o tema.

³⁸² *Idem, ibidem*, p. 54-55.

econômico e perda da finalidade buscada)³⁸³, ela não se confunde com o material que integra o conceito do art. 618 do Código Civil. A turbina é coisa simples (e, portanto, com unidade identificável) em si apartável da obra, mas que, por servir ao fim econômico da construção, torna-se dela parte integrante essencial. Difere, assim, da argamassa, tijolos e ferro, por exemplo, que passam a integrar a unidade daquela outra coisa simples (a construção civil da obra), reciprocamente considerada em relação à unidade da turbina. É o que explica LUIZ OLAVO BAPTISTA em célebre texto acerca da responsabilidade do construtor:

Face ao texto legal poderá parecer que o empreiteiro de labor e demais construtores, como o que constrói por administração, por exemplo, que não concorram com o material, ficarão isentos de responsabilidade pela solidez e segurança na construção. Mas na verdade o que a lei quer dizer é que, tratando-se de empreiteiro de materiais e execução, responde este necessária e diretamente pelos defeitos do material que forneceu e que aplica, e pela imperfeição dos serviços que executa. Se a obra assim realizada apresenta vícios que lhe afetem a solidez e segurança, já se entende que outro não pode ser o responsável por todos estes defeitos senão aquele que a construiu, fornecendo inclusive o material. Contra tal empreiteiro há uma presunção legal e absoluta de culpa por todo e qualquer defeito da construção que venha a se apresentar dentro de cinco anos da conclusão da obra.³⁸⁴

Percebe-se claramente que o fundamento da regra é a *expertise* do empreiteiro contratado exatamente por sua capacidade técnica para escolher, fornecer e empregar os materiais incorporados à coisa simples. A limitação da regra do art. 618 ao empreiteiro de materiais demonstra que, se na empreitada de labor há que se perquirir se houve culpa do empreiteiro nos vícios que a obra eventualmente venha a apresentar, na empreitada mista esta dúvida não surge porque foi exatamente o empreiteiro quem forneceu esta matéria-prima defeituosa. Isto é, a contraposição à empreitada de labor, em que não se dá a incidência da regra, deixa clara a *ratio* legal: o empreiteiro escolhe os materiais e os emprega e, por isso, "fornece" (coativamente) garantia por cinco anos caso algum problema seja identificado. Por outro lado, os equipamentos incorporados devem ser entendidos como fora do alcance da disposição legal, porque não foram alterados, laborados e modificados para fazer parte das obras civis. Guardam, assim, certa autonomia. Não há como se tratar cimento e argamassa da mesma forma com que

³⁸³ HAICAL, Gustavo. As partes integrantes e as pertenças no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 934, 2013, p. 62-63.

³⁸⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. A responsabilidade civil do construtor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.470, 1974, p. 21.

se trata uma turbina geradora de energia elétrica. Aliás, já à época da redação do texto referido, o professor da Universidade de São Paulo argumentava que "no tocante a aparelhos em geral, será menor [o prazo], e dado pelo fabricante dos mesmos" e exemplificava: "não se estende ao elevador e ao seu funcionamento, a garantia dada pelo construtor para a solidez e segurança da obra"³⁸⁵. A regra do tipo de referência apenas alcança os limites que são próprios, qual seja o das obras civis propriamente ditas em que materiais são transformados para a geração da obra.

O tema dos vícios construtivos encontra-se, de alguma forma, ligado à própria *performance* da obra. Isso porque a capacidade de produção de resultado a partir da operação depende diretamente da boa execução dos trabalhos construtivos. Contudo, a *performance* pressupõe algo mais, pressupõe que a obra bem feita atinja determinados resultados em regra preestabelecidos na própria celebração do contrato. Para garantir que esta finalidade seja, ao final, alcançada, os contratos de EPC estabelecem testes que são efetuados tanto ao longo da execução dos trabalhos, ao seu término e mesmo após a entrega. O contrato ENAA, por exemplo, traz a responsabilidade do construtor pelo teste e inspeção tanto dos materiais a serem empregados, como das partes da obra, deixando às partes liberdade para que sejam fixados testes específicos a serem realizados ao longo da contratação, às expensas do construtor (artigo GC 23). Posteriormente, é estabelecido o dever do construtor notificar o dono da obra da conclusão mecânica e estrutural das partes da obra para que sejam feitos os testes de pré-comissionamento a serem seguidos pelos testes de comissionamento (artigos GC 24 e 25), os quais culminarão com a aceitação da obra. Por sua vez, exatamente por força da necessidade de entrega dentro de uma determinada qualidade e *performance*, o contrato FIDIC é visto como composto por dois grandes períodos. No primeiro, é realizada a construção dos trabalhos, os testes de comissionamento e as operações experimentais por parte do epecista para que, em um segundo momento, o construtor continue responsável pelo acompanhamento dos trabalhos e por completar qualquer trabalho excepcional necessário, inclusive sanando eventuais defeitos³⁸⁶. Estes testes devem ser realizados pelo construtor, com o emprego de seu equipamento e pessoal

³⁸⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. A responsabilidade civil do construtor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.470, 1974, p. 22.

³⁸⁶ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 311.

qualificado para a realização dos testes de forma eficiente³⁸⁷. Ao fim da primeira etapa, com a entrega da obra e a execução satisfatória dos testes, é emitido certificado específico, dando conta da entrega e da aceitação do contratante de que os trabalhos foram feitos de forma adequada. Caso os testes não atinjam os resultados devidos, o epecista deverá arcar com as obras necessárias à correção das falhas e atingimento da *performance* esperada. Além disso, como afirma JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI:

É comum que os Contratos EPC imponham ao epecista a obrigação de contratar garantia de *performance* confiável em favor do proprietário contratante, usualmente na forma de uma fiança bancária exequível a primeira demanda, ou seguro-garantia (modalidade *performance bond*), com valor garantido correspondente a percentual do valor da obra (normalmente variando de 10% a 30% do preço global do Contrato), com o objetivo de dar maior segurança à *performance* contratual.³⁸⁸

Em síntese, a *performance* é objeto de cláusulas que pré-definem os resultados a serem buscados, os testes que averiguam o atingimento ou a capacidade de atingir os resultados visados e, inclusive, a obrigação de contratação de garantias específicas. Trata-se, assim, de tema regrado de forma autônoma à exaustão e para o qual, como regra, não há disposições normativas cogentes, além daquelas relativas ao inadimplemento das obrigações contratuais.

A par do tema dos vícios construtivos, outro assunto que merece a devida atenção diz respeito à possibilidade de alteração dos dois elementos centrais do contrato de EPC, quais sejam preço e prazo de execução. O problema surge porque, como aponta JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, "há um traço repetitivo em contratos de construção de que os prazos sejam exíguos para a realização das obras e concretização do projeto e que fatalmente não são suficientes para que se chegue à conclusão no tempo determinado"³⁸⁹. Da mesma forma, LEONARDO TOLEDO DA SILVA atesta ser comum na prática o pleito de "reequilíbrio econômico-contratual" por força

³⁸⁷ SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205.

³⁸⁸ ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

³⁸⁹ PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. In: *Conversas sobre arbitragem*. Cadernos do Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, 2013, p. 30.

principalmente das variações de mercado (custos dos insumos, variação inflacionária excepcional, mão de obra, etc), das condições imprevisíveis de solo (riscos geológicos ou geotécnicos), riscos hidrometeorológicos, alterações legais e interferência de terceiros (ou mesmo indevidas da própria contratante) ³⁹⁰. Trata-se de tema extremamente sensível sob o ponto de vista da estrutura econômica por detrás do contrato, porque preço e prazo estão no centro do estudo de viabilidade de determinado empreendimento³⁹¹. Um negócio que custe mais do que o projetado ou que demore mais a dar retorno do que o esperado, pode passar de viável a inviável. Não obstante, por maior que seja o trabalho de previsão na estimativa dos custos e do prazo da obra e, ainda que no EPC cobre-se verdadeiro "sobrepço" para se dar conta da maior necessidade de previsão por parte do construtor, permanece a possibilidade de que o contratado busque majorar a sua remuneração e distender o tempo de execução por uma série de motivos (alguns justificados dentro da estrutura contratual, outros não). As perguntas que surgem são se é possível tal alteração no bojo no EPC e, em sendo possível, qual a forma com que esta alteração deve operar. Trata-se de questão que deve ser resolvida à luz do regramento contratual, bem como das eventuais disposições legais incidentes. Apenas para fins de clareza, os temas alteração do preço e alteração do prazo serão tratados em conjunto tanto porque as razões para pleitos de extensão do prazo ou aumento do preço são similares, quanto porque normalmente os requerimentos vêm formulados em conjunto na prática³⁹².

No contrato de empreitada, tipo de referência do EPC, a regra legal é a de que o empreiteiro que se incumbiu de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não tem direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra (art. 619 do Código Civil). O Código de 2002 trouxe alteração significativa no tema ao informar no parágrafo único da referida disposição que, mesmo, que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando e nunca protestou. Por sua vez, o art. 620 do Código Civil segue na mesma lógica de proteção do dono da obra.

³⁹⁰ SILVA, Leonardo Toledo da Silva. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49-59.

³⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 22.

³⁹² *Idem, ibidem*, p. 28.

Isso porque, se, como regra, ao empreiteiro é vedado o reajuste de preços, ao comitente, é facultado o pleito revisional se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado. Como se verificou anteriormente³⁹³, trata-se de regras vindas da tradição portuguesa e voltadas a "evitar uma surpresa ao dono da obra encomendada, e assegurá-lo contra qualquer ato de má-fé por parte do construtor, visando, não a perfeição do trabalho, senão lucrar à custa da inexperiência do comitente"³⁹⁴. Como sinalizam NANCY ANDRIGHI, SIDNEI BENETTI e VERA ANDRIGHI:

Pressupõe-se que o empreiteiro detenha toda a *expertise* e experiência necessárias para avaliar o custo, o tempo e todas as variáveis envolvidas na realização da obra, conforme o seu projeto, e que o dono da obra, ao contrário, não detenha esse conhecimento. A contratação da empreitada se dá, em regra, com ampla assimetria de informação, pois o empreiteiro se vale de sua *expertise* para se proteger de riscos inerentes à sua atividade e só aceita contratar quando sabe, ou razoavelmente pode esperar, que sua remuneração será suficiente para a execução da obra e para precaver-se contra riscos futuros que resultem na majoração de seus custos.³⁹⁵

Em outros termos, tais regras são construídas sob a pressuposição de que o empreiteiro tenha experiência suficiente para se proteger contra variações futuras em seus custos³⁹⁶. Não obstante, a doutrina ressalva a possibilidade de incidência do regramento da excessiva onerosidade superveniente em tal âmbito³⁹⁷. Para que se possa afirmar sua incidência, "a alteração das circunstâncias deve-se dar fora do âmbito de risco do contrato, de sua álea, ou seja, do risco natural suportado pelos contratantes, inerente ao pacto."³⁹⁸ O que se verifica é que a "álea normal" do contrato de empreitada deve ser pensada a partir da *expertise* técnica daquele que constrói e que foi contratado

³⁹³ No "Capítulo I" deste trabalho.

³⁹⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fonte das obrigações: Contratos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 208.

³⁹⁵ ANDRIGHI, Nancy; BENETTI, Sidnei. *Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 329.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 334.

³⁹⁷ Como visto no 'Subcapítulo 1.1' ao se tratar do reajuste de preços, a doutrina aceita a aplicação da teoria da excessiva onerosidade dentro do contrato de empreitada, ainda que sob fundamentos diversos.

³⁹⁸ LAMB, Felipe Guilherme. *Contratos empresariais e alteração das circunstâncias: onerosidade excessiva e cláusula de hardship*. Porto Alegre, dissertação de mestrado apresentada à UFRGS, 2008, p. 65.

exatamente por este motivo. De todo modo, trata-se de regra de direito dispositivo, admitindo expressamente estipulação em contrário³⁹⁹.

Exatamente por se tratar de regra de direito dispositivo que trata de tema extremamente sensível à estrutura contratual, em sua tendência exaustiva, o EPC traz em seu corpo regras para tratar da possibilidade ou não de alteração do preço. Como já se anunciou, o contrato de EPC tem como regra a inalterabilidade dos preços fixados. É da natureza do contrato de EPC fornecer segurança ao dono da obra quanto ao preço, prazo e *performance*. Ou seja, a tendência é que, no contrato de EPC, o preço se mantenha aquele pactuado e, por isso, os *standards* exigidos para qualquer pleito revisional são bastante mais rígidos que aqueles dos demais contratos de construção. É por isso que se afirma que "no modelo de contrato EPC, há uma grande concentração de risco ao epecista, razão pela qual eventual transferência de grande parte dos riscos à contratante tende a desconfigurar essa modalidade de contratação."⁴⁰⁰ O contrato da ENAA (Associação Japonesa), por exemplo, estabelece, em seu Subartigo 3.2, que o preço do contrato será fixo e global e não sujeito a alterações, exceto em hipóteses bastante cerradas estabelecidas em seu apêndice 2⁴⁰¹. Na Subcláusula 4.12 do Contrato Prata da FIDIC, é estabelecido que (I) será considerado que o construtor obteve toda a informação necessária relativa a riscos, contingências e outras circunstâncias que podem influenciar a execução da obra; (II) ao assinar o contrato, o construtor aceita responsabilidade total por ter previsto todas as dificuldades e custos para completar a obra com sucesso; e (III) o preço do contrato não deverá ser reajustado para levar em conta qualquer dificuldade ou custos não previstos⁴⁰². Ou seja, a regra do contrato FIDIC aproxima-se de uma imutabilidade absoluta do preço do contrato de EPC. Ainda que em menor grau (muito por conta da experiência de pleitos revisionais), este elemento está presente em todos os contratos de EPC. É da relação de reciprocidade, da

³⁹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 368.

⁴⁰⁰ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁴⁰¹ Modelo contratual disponibilizado em HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 757 e seguintes.

⁴⁰² No original: "4.12 Unforeseeable Difficulties - Except as otherwise stated in the Contract: (a) the Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Work; (b) by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works; and (c) the Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs."

própria causa sinalagmática do contrato, que, de um lado, restrinja-se a hipótese de alteração do preço para que, de outro, aumente-se o preço pago pelo contrato⁴⁰³.

Entretanto, mesmo a maior rigidez do contrato não significa sua completa imutabilidade. O que se deve ter em mente é que o tema "preço e prazo" encontra-se coberto por uma série de disposições contratuais: algumas, destinadas à própria conformação da "álea normal" do contrato; outras, centradas nas situações imprevisíveis e incontrolláveis que venham a atingir a estrutura contratual. Em verdade, a relação sinalagmática - a distribuição dos riscos contratuais -, perpassa uma série de disposições do contrato. Já quando da formação do preço, a estipulação do valor ofertado pelo construtor dá-se por informações coletadas tanto pelo próprio epecista quanto por dados fornecidos pelo contratante. Para isso, são levados em conta o escopo técnico da obra, requisitos de qualidade exigidos, o regime tributário incidente, as condições de acesso ao local, as condições climáticas da região em que os trabalhos terão de ser desenvolvidos, as condições geológicas e hidrológicas, as questões ambientais, etc.⁴⁰⁴ Por outro lado, o construtor toma por base, sempre e inegavelmente, uma quantidade de dados fornecida pelo próprio contratante. É neste período que é comum serem trocadas minutas em que estas possíveis obrigações futuras encontrem-se vertidas em texto. É frequente, também, que as partes celebrem negócios preparatórios como memorandos de entendimentos, acordos de cavalheiros, pactos de confidencialidade, etc. Da mesma forma, "não raramente, a conclusão do contrato é precedida pela dação de conselhos e recomendações, diretamente por um dos interessados ou por seus auxiliares e assessores [...]"⁴⁰⁵. Este *iter* genético é que, ao final, alcançadas a proposta e a aceitação, dá lugar a que se veja formado o contrato. Ora, à exceção de casos em que, como no modelo FIDIC, há a expressa validação das condições e dados fornecidos pelo contratante por parte do construtor, a responsabilidade por estas informações deve ficar adstrita a quem as forneceu. Também por este motivo é que a variação do escopo técnico e comercial ao longo da obra deve ser refletida na possibilidade de variação do preço do epecista. O *single point responsibility* significa ter um só responsável que tenha levado em conta, na

⁴⁰³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 118; BESSONE, Mario. *Op. cit.*, p. 279-280.

⁴⁰⁴ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

⁴⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-contratuais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 867, 2008, p. 19.

formação de seu preço, todos os aspectos acima relacionados com alto grau de detalhamento. Estes fatores estão refletidos no preço que é ofertado e, por conseguinte, na limitação da responsabilidade que foi assumida.

Formado o preço e fixado o prazo, como anunciado, o contrato de EPC é feito para não ser adaptado, mas para se manter fixo, rígido, trazendo desde logo as soluções que se deseja às possíveis contingências contratuais futuras. Este caráter é que lhe dá a característica de conceder a segurança tantas vezes mencionada e que é buscada pelos contratantes. A meta da previsibilidade e regramento integral, contudo, só abstrata e idealmente é possível. Em alguma medida e em determinadas situações, a fixidez do contrato de EPC não poderá permanecer. A questão é saber quando as alterações podem ser aceitas sem descaracterizar um modelo contratual focado na segurança. "Preço e prazo podem ser revisados apenas em hipóteses muito limitadas e completamente fora do controle ou gerenciamento do epecista"⁴⁰⁶. Trata-se de casos absolutamente pontuais e que, regra geral, são trazidos pelo contrato exatamente para dar mais segurança às partes e aos investidores externos. Fala-se aqui, em primeiro lugar, das cláusulas voltadas às situações imprevisíveis (cláusulas de reajuste e cláusulas de *hardship*) para que, em segundo lugar, possa-se tratar das situações de caso fortuito e força maior que dão ensejo à impossibilidade (ainda que temporária) da prestação.

Em países como o Brasil em que a inflação (ainda que controlada) é uma constante, é comum que o EPC traga cláusulas de adaptação automática⁴⁰⁷. A mais frequente, sem dúvida, é aquela em que é previsto o reajuste ou a reindexação dos preços por determinado índice inflacionário. O mesmo ocorre quando o contrato é celebrado em moeda estrangeira e estabelece mecanismos para que a conversão ocorra conforme determinados parâmetros para que a relação se mantenha equilibrada (como é o caso do contrato da EIC). Ainda, o método de indexação do preço pode estar atrelado a partes específicas da obra, como o aumento dos custos de determinada matéria-prima, por exemplo⁴⁰⁸. O que é importante deixar claro é que a variação que pode dar lugar ao deferimento dos pleitos de reajuste do valor do contrato não pode ter sido considerada

⁴⁰⁶ ENEL, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

⁴⁰⁷ A terminologia aqui é trazida de MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*, n. 25, Ano 7, abr.-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 14.

⁴⁰⁸ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 393.

no mecanismo de variação dos custos dos contratos⁴⁰⁹. Em outras palavras, há determinada variação que já foi tomada em conta na cláusula de reajuste e, portanto, já se encontra contingenciada⁴¹⁰ não podendo, assim, ser novamente considerada.

Além desta hipótese, praticamente todos os modelos internacionais de contrato de EPC trazem, em seu corpo, cláusulas destinadas ao reajuste do preço em condições bastante específicas, em geral, voltadas a situações imprevisíveis no momento da contratação⁴¹¹. Trata-se de cláusulas voltadas a lidar com situações de *hardship*, assim explicadas por JUDITH MARTINS-COSTA:

O termo *hardship* denota a ideia de um rigor excessivo, uma dificuldade capaz de causar estado de aflição ou infortúnio. [...] A cláusula pode conter, já de per si, uma determinação acerca do que os contraentes considerariam um *hardship* ou, diferentemente, aludir, em termos genéricos, a ‘situações de *hardship*’ capazes de ensejar a alteração do contrato, por via da renegociação.⁴¹²

Ainda que tecnicamente venha entendendo-se a cláusula de *hardship* como aquela que leva à obrigação de renegociar (em regra, incompatível com a grande previsibilidade que se busca na espécie)⁴¹³, os contratos de EPC possuem cláusulas voltadas a lidar com estas dificuldades extremas (*hardships*). Este é um ponto sensível, porque, se de um lado a imprevisibilidade de determinadas situações sugere a necessidade de abertura das cláusulas contratuais para a possibilidade de renegociação e alteração dos parâmetros, de outro o contrato de EPC indica para a busca de uma maior rigidez quanto a tais pontos. Há tendência à abertura destas hipóteses, uma vez que, ao fim e ao cabo, vem-se percebendo a inevitabilidade de que situações imprevistas relativas, sobretudo, às condições geológicas e hidrológicas, venham a impactar no

⁴⁰⁹ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

⁴¹⁰ Excepcionalmente pode ocorrer, por exemplo, que devido à periodicidade legal mínima de reajuste dos contratos, ocorram fatos imprevisíveis que alterem significativamente os preços dentro deste período, trazendo às partes dispêndios monetários que podem prejudicar o desenrolar das obras neste período.

⁴¹¹ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 394.

⁴¹² MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Op. cit.*, p. 19.

⁴¹³ *Idem, ibidem*, p. 19, que, com base na doutrina mais abalizada, assim conceitua a cláusula de *hardship*: “A doutrina define-a como a cláusula cuja eficácia consiste, essencialmente, em provocar uma renegociação do contrato, sempre que a mudança das circunstâncias ocorrer.”

cronograma contratual⁴¹⁴. É por isso que, "as partes diferem para o momento oportuno, quando conheçam todos os contornos do problema, a negociação adequada, podendo levar, então, em conta a realidade do problema apresentado"⁴¹⁵. De todo modo, trata-se de ponto extremamente delicado na negociação⁴¹⁶, já que a própria escolha do EPC como modelo contratual é destinada à redução destas incertezas.

Dentro do tema preço, podem-se citar alguns exemplos vindos dos principais modelos contratuais. Nesse sentido, o contrato da EIC estabelece, em sua cláusula 4.7, a responsabilidade do construtor notificar o contratante sobre a superveniência de condições que não se poderia razoavelmente esperar que tivessem sido levadas em conta por um construtor experiente quando da contratação. Seu surgimento dá azo a uma extensão no prazo contratual e ao ajuste do preço. Do mesmo modo, a cláusula GC 35 do contrato da ENAA estabelece a possibilidade de revisão do preço e prazo do contrato com a inclusão dos custos incorridos em situações decorrentes de condições físicas (e não meteorológicas), que não poderiam ser razoavelmente previstas na data da assinatura do contrato por um construtor experiente a partir da análise dos dados e documentos relativos à obra, da inspeção do local da obra ou de outros dados à época disponíveis ao contratado. Há, ainda, a possibilidade de que se utilizem cláusulas contendo "gatilhos" contratuais: isto é, até determinada variação de preço é considerada normal. A partir daí, surge o direito da parte postular pela recomposição dos novos custos incorridos⁴¹⁷. O contrato FIDIC é mais rígido e engessa o padrão estabelecido por outros tantos modelos. Em sua Subcláusula 4.12, estabelece que o construtor aceita total responsabilidade por ter previsto todas as dificuldades e custos para completar a obra com sucesso, afirmando categoricamente que o preço do contrato não deverá ser ajustado para levar em conta qualquer dificuldade ou custo imprevisto. Ou seja, como regra, exige-se do construtor um *standard* muito mais elevado de previsão e, não sendo possível, que este tenha consciência da necessidade da fixação de um preço ainda maior, destinado a cobrir exatamente esta assunção de responsabilidade pelo que é imprevisível. Trata-se de tarefa deveras árdua e que termina por gerar elevados custos na contratação de referido modelo contratual. As possibilidades de majoração do preço

⁴¹⁴ PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. In: *Conversas sobre arbitragem*. Cadernos do Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, 2013, p. 35.

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 36.

⁴¹⁶ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 45.

no Contrato FIDIC, em geral, dizem respeito a situações atribuíveis ao contratante que venham a causar custos ao construtor. De fato, há, ao longo do contrato, disposições esparsas que permitem ao construtor postular pelo reajuste de sua remuneração. Como exemplos, podem-se citar a Cláusula 2.1 (referente aos custos causados pela falha do contratante em garantir acesso ao local de obras para o construtor no tempo fixado pelo contrato), Cláusula 5.4 (relativa a mudanças nos padrões técnicos do país onde a obra está sendo executada), Cláusula 11.8 (que trata dos custos surgidos para o construtor por ordens do contratante em procurar por suposto defeito na obra não causado pela atividade do construtor), entre outros⁴¹⁸.

No âmbito das variações de preço e prazo, aquelas relacionadas às condições geológicas da obra costumam trazer bastante dificuldade na implementação de contratos de EPC. Isso porque a tendência é que, em se tratando de contrato destinado a fornecer segurança, os riscos daí decorrentes sejam assumidos pelo epecista. Não obstante, o construtor normalmente fornece seu preço com base em informações prestadas pelo contratante. Se estas informações não forem precisas e detalhadas e, sobretudo, objeto de extenso estudo, o risco de imprecisão e conseqüente variação nos custos é elevado⁴¹⁹. Além disso, a investigação realizada pelo construtor em geral é feita por amostragem, o que faz com que se tornem maiores as chances de que se percebam variações significativas do perfil geológico da localidade⁴²⁰. Torna-se, portanto, comum que o epecista não queira assumir tais custos. Por isso, tornou-se frequente a fixação de EPCs com preço global, mas "com a ressalva de que determinados itens relacionados aos riscos geológicos, tais como estacas, escavações, e fundações, sejam precificados pelo modelo dos custos unitários ou ainda dos custos reembolsáveis, mais taxa de administração (*cost plus free*)."⁴²¹ O problema desta solução é que reduz a certeza quanto ao preço e prazo de execução e, com isso, traz menor segurança ao contratante e, sobretudo, aos financiadores do empreendimento.

A questão atinente ao preço e prazo é ainda objeto do regramento relativo ao caso fortuito e fatos de força maior. Em nossa doutrina, o caso fortuito e os de força maior são entendidos, de forma ampla (*lato sensu*), "como sendo todo acontecimento

⁴¹⁸ A lista exaustiva encontra-se em HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 434-435.

⁴¹⁹ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*, p. 54.

⁴²¹ *Idem, ibidem*, p. 55.

inevitável e independente de qualquer atividade da pessoa de cuja possível responsabilidade civil se cogita, que constitui causa adequada do dano verificado."⁴²² Nesta acepção, abrange todas as excludentes do nexu causal (inclusive, o fato de terceiro e o fato do lesado). De forma restrita, a definição e a distinção entre um e outro é controversa na doutrina nacional. Enquanto por um primeiro critério, entende-se o caso fortuito como aquele evento inevitável, decorrente das forças da natureza, e a força maior, o evento que decorra de ações humanas diversas do fato de terceiro ou do lesado, o melhor critério parece decorrer do desenvolvimento das lições romanas ⁴²³. FERNANDO NORONHA bem resume a posição nos seguintes termos:

A inevitabilidade, característica fundamental do caso fortuito ou de força maior, resultaria umas vezes do caráter imprevisível do fato, que então seria chamado de fortuito, ou do seu caráter irresistível, quando seria designada força maior. Assim, caso fortuito seria o acontecimento (força da natureza ou fato humano) normalmente imprevisível, ainda que pudesse ser evitável, em si mesmo ou nas suas consequências, se houvesse sido previsto; força maior seria algo natural ou humano a que não fosse possível resistir, mesmo quando se pudesse prever a ocorrência. Caso fortuito seria um fato acidental, uma fatalidade que acontece; força maior seria a 'compulsão irresistível' de que fala o Dicionário Aurélio. ⁴²⁴

Especificamente no âmbito da construção civil, a aplicação destes conceitos é controversa e de difícil delimitação. Já na década de 1970 - e ainda que focado na questão da imprevisibilidade e não na inevitabilidade -, LUIZ OLAVO BAPTISTA trazia interessante exemplo sobre a dificuldade de se estabelecerem critérios para casos de força maior e caso fortuito, *in verbis*:

Importante lembrar aqui, que, o que caracteriza o caso fortuito e a força maior, em nosso Direito, é a imprevisibilidade e não a imprevisão. Desse modo, os fatos previsíveis não podem ser invocados, quer como de força maior ou como casos fortuitos. Exemplificando: a ocorrência de grandes chuvas (e danos por elas causados a obras) pode ser prevista com razoável grau de certeza, inclusive com base nos índices pluviométricos de anos anteriores, em determinadas épocas do ano; ao contrário, ocorrendo em meio

⁴²² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 649.

⁴²³ *Idem, ibidem*, p. 660.

⁴²⁴ *Idem, ibidem*, p. 659.

à época de habitual seca, uma tromba d'água será passível de ser considerada imprevisível.⁴²⁵

De todo modo, em direito nacional, a distinção entre os conceitos é sem consequência prática⁴²⁶. Para ambas a eficácia é aquela constante do artigo 393 do Código Civil, qual seja a de exclusão do nexos causal, elemento essencial à responsabilização do lesante. Em que pese a existência de regramentos nos direitos nacionais sobre o tema do evento de força maior ou caso fortuito, as "normas gerais dos sistemas jurídicos não estabelecem, por exemplo, um período de suspensão da execução previamente à exoneração da obrigação; não preveem a obrigação de comunicação; o dever das partes de negociar para mitigar os custos do período de suspensão e para achar soluções para manter o contrato"⁴²⁷. É por isso que o tema é objeto de tratamento ao longo dos contratos.

Os modelos internacionais, em geral, dispõem de cláusulas com estrutura relativamente padrão. São estabelecidos os requisitos para aplicação da cláusula, seu mecanismo de aplicação e os efeitos daí decorrentes⁴²⁸. No Contrato Prata da FIDIC, a Cláusula 19 estabelece com rigor as situações que são consideradas como força maior. Refere que a força maior é um evento excepcional que (I) está fora do controle de uma das partes, (II) não poderia ser razoavelmente previsto pela parte antes de ingressar na relação contratual, (III) uma vez surgido, a parte não poderia razoavelmente ter evitado ou superado e (IV) não poderia ser substancialmente atribuível à outra parte. Com isso, traz exemplos como guerras, hostilidades (declaradas ou não), invasões, rebeliões, terrorismo, revoluções, motins, desordem e greves de terceiros (que não os funcionários do construtor ou seus subcontratados), presença de materiais explosivos ou radioativos, catástrofes naturais (terremotos, furacões, etc.), entre outros. O que se percebe é que, tanto no contrato FIDIC como nos demais modelos, as cláusulas aplicam-se aos eventos

⁴²⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. A responsabilidade civil do construtor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.470, 1974, p. 18.

⁴²⁶ Embora, como aponte NORONHA, certos autores (como JOSSERAND na França) tenham trabalhado buscando distinguir as consequências dos eventos. Para isso, dentro do âmbito da responsabilidade objetiva – e apenas neste – consideraram que o caso fortuito seria inerente ao risco das atividades, enquanto a força maior lhe seria externa. Na responsabilidade objetiva, apenas a força maior causaria a exclusão de responsabilidade. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 661-662.

⁴²⁷ PRADO, Maurício Almeida. A prática das cláusulas de força maior nos contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 84.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 85.

com potencial de impedir a execução do contrato⁴²⁹. Ainda que o requisito da imprevisibilidade seja deveras frequente nos contratos, em geral, a força maior é ligada à exterioridade apenas, isto é, o caráter de estar além do controle daquela parte (*beyond control*)⁴³⁰. Para se manter com o mesmo exemplo, o modelo FIDIC estabelece ainda que a força maior não se aplica à obrigação de uma parte realizar pagamentos à outra (Subcláusula 19.2). A consequência da força maior, no contrato FIDIC, é dar direito ao construtor de postular por uma extensão de prazo na entrega da obra e, em raras hipóteses, conceder direito ao pagamento de custos adicionais (Subcláusula 19.4). Em casos extremos em que a obra resta integralmente parada por um período de 84 dias ou ininterrupto de 140 dias, o contrato FIDIC permite a qualquer das partes o desfazimento do negócio (Subcláusula 19.6). Como regra, portanto, evita-se ao máximo a extinção contratual, que passa a ser opção apenas quando o evento de força maior se estende por largo período de tempo⁴³¹.

Uma consequência adicional que o Código Civil traz para eventualidade de casos fortuitos ou de força maior é a possibilidade de suspensão dos trabalhos. Cumpre mencionar, ainda que brevemente, que a possibilidade de suspensão da obra é tema regrado pelo Código Civil e que tem detalhamento bastante específico no contrato de EPC. Neste tocante, aliás, o EPC mostra-se deveras mais rígido que as disposições do Código Civil. Isso porque, em empreendimentos de grandes proporções, "a mera interrupção da execução do contrato EPC representa um verdadeiro desastre à contratante e, às vezes, ao próprio epecista"⁴³². Por sua vez, a lei civil traz regras mais abertas, permitindo a suspensão da obra pelo empreiteiro (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; e (III) se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a

⁴²⁹ PRADO, Maurício Almeida. A prática das cláusulas de força maior nos contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 86.

⁴³⁰ *Idem, ibidem*, p. 88-89.

⁴³¹ A prática das cláusulas de força maior nos contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 97.

⁴³² SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

arcar com o acréscimo de preço. No EPC, todavia, esta é a última *ratio*, mormente em contratos voltados a obras que passem a gerar riqueza imediatamente (por exemplo, usinas hidrelétricas com leilões de energia já agendados).

Em suma, é importante que fique claro que não é todo e qualquer prejuízo ou aumento de custo imprevisto pelo epecista que poderá ensejar a majoração dos preços ou a dilação do prazo. O aumento do preço significa também uma perda razoável ao contratante e seus investidores que acreditaram na realização do empreendimento naqueles parâmetros previamente estabelecidos. Assim, se a conclusão a que se chegar é a de que se está diante de fatos que o epecista poderia e, sobretudo, deveria ter antevisto, poderá este sim amargar os prejuízos daí correspondentes, uma vez que as condições deveriam ter sido objeto de sua proposta (e, quiçá, foram dos demais concorrentes que não foram selecionados)⁴³³.

Em outros termos, de fato, "há um limite para os riscos que as partes assumem conscientemente em um contrato (risco contratual ou álea contratual normal) e na vida (eventos ordinários e previsíveis)."⁴³⁴ No EPC, no que toca ao preço, o limite é dado a partir dos principais temas relacionados à formação e manutenção do preço ofertado. Por isso, sugere LEONARDO TOLEDO DA SILVA que "somente podem ser objeto de tal pleito os custos efetivamente incorridos que, cumulativamente: i) não tenham sido naturalmente captados pelo mecanismo de reajuste de preço previsto contratualmente; ii) não tenham sido compensados por mecanismos de contingenciamento de riscos inflacionários previsíveis (em relação à variação inflacionária de períodos não cobertos pelo reajuste)."⁴³⁵ O nível de previsão exigido do epecista é grande por conta da própria natureza da relação em que ingressa (que lhe exige o fornecimento de um elevado grau de segurança a seu contratante), entretanto resta espaço alheio à sua esfera de responsabilidade. Esta *ratio* aplica-se em tudo ao tema "prazo": o contratante paga mais exatamente para ter esta certeza também com relação ao prazo contratual. Em se tratando de contrato empresarial voltado especialmente para construção de obras de grande porte, adota-se como padrão de apreciação da previsibilidade ou não de

⁴³³ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

⁴³⁴ LAMB, Felipe Guilherme. *Contratos empresariais e alteração das circunstâncias: onerosidade excessiva e cláusula de hardship*. Porto Alegre, dissertação de mestrado apresentada à UFRGS, 2008, p. 66.

⁴³⁵ SILVA, Leonardo Toledo da. *Op. cit.*, p. 52.

determinado evento aquele do construtor experiente (e não do homem médio)⁴³⁶, conforme expressamente consta das cláusulas acima referidas. Nesse contexto, o nível de diligência, investigação, avaliação, consideração ou descarte de determinadas hipóteses é muito mais exigente que de um simples contrato de construção de uma casa ou edifício de apartamentos.

Fora das hipóteses de força maior e de eventos que se encaixem nos critérios acima identificados (cláusulas de reajuste, cláusulas de *hardship* e caso fortuito/força maior), surge a possibilidade de dilação de prazo e majoração do preço fixado nos casos em que o contratante postula por alterações no escopo do projeto anteriormente aprovado. Ora, em se tratando de modificações que só ocorrem por força de solicitação do próprio contratante, destinatário dos serviços e maior interessado na execução dos trabalhos no tempo e prazo fixados, há que conceder as consequentes alterações de preço e prazo ao epecista. Nesse tocante, como regra, é afastada a disposição do art. 621 do Código Civil que estabelece que, sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária. No EPC, não há necessidade de anuência do epecista como autor do projeto. É o que estabelece, por exemplo, a Cláusula 13 do Contrato FIDIC que dá o direito ao contratante de requerer a qualquer momento antes da entrega e aceitação da obra (e emissão do Certificado de *Taking Over*), as variações e ajustes que entender necessários.

Ao fim da execução dos trabalhos, o Código Civil estabelece em seu artigo 615 que, tendo sido a obra concluída de acordo com o ajuste ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. As hipóteses de rejeição ficam adstritas aos casos em que o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos da estirpe. Trata-se de momento importante em que se opera a transferência de responsabilidade. A rejeição injustificada da obra por parte do seu dono, gera a mora do credor, que passa a responder pela perda da obra (exceto em caso de dolo do empreiteiro), pela perda do material empregado, bem como por eventuais

⁴³⁶ SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

despesas tidas pelo empreiteiro na conservação do bem⁴³⁷. Como visto neste capítulo, no EPC a situação é muito similar, entretanto há uma fase contratual em que o construtor continua responsável pelo acompanhamento da operação da obra executada, ficando responsável por completar qualquer trabalho excepcional necessário, inclusive sanando eventuais defeitos⁴³⁸. Após este período é que se dá, de fato, a extinção do contrato por adimplemento.

Por fim, para se proteger das contingências acima enumeradas, é comum que o contrato de EPC traga a previsão da contratação de uma série de seguros, mormente por parte do epecista. Os contratos trazem consigo a necessidade de que se fixe uma estrutura assecuratória, especialmente para evitar seguros duplicados sobre certos pontos ou ausência de cobertura em outros⁴³⁹. Em geral, a questão dos seguros, que é tratada nos contratos de EPC, pode ser dividida nos seguintes temas: propriedade (voltado aos materiais empregados - ou mesmo em transporte em vias de serem empregados -, aos trabalhos já executados ao longo da construção, equipamento do construtor e, em alguns casos, mesmo lucros cessantes que possam decorrer de dano à obra), responsabilidade civil em geral (danos a terceiros, responsabilidade profissional como na elaboração de projeto insuficiente), os termos do seguro (em especial, é tratada a participação de cada um dos contratantes do EPC na obtenção dos seguros e a ingerência do outro contratante na aprovação daquelas condições), a prova da existência do seguro e as sanções à parte que não providenciar o seguro devido⁴⁴⁰.

Há, neste ponto, verdadeiro problema de ordem prática. Isso porque, em grandes empreendimentos de engenharia, os princípios fundamentais que dão base à contratação de seguros não se coadunam com as características dos negócios celebrados. Não há grande número de projetos similares para que o risco seja compartilhado, os danos não são fácil e diretamente mensuráveis, e eventuais perdas podem, efetivamente, colocar a saúde financeira da própria seguradora em risco⁴⁴¹. Em especial, a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001, as seguradoras tornaram-se ainda mais receosas, uma vez

⁴³⁷ ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. IX: *das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309-310.

⁴³⁸ HUSE, Joseph A. *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*. London: Sweet and Maxwell, 2009, p. 311.

⁴³⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 509.

⁴⁴⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 511-515.

⁴⁴¹ GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turn-key*. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 83-84.

que grandes empreendimentos de engenharia são fortes candidatos a alvo de atentados do mesmo gênero⁴⁴². Por isso, a FIDIC passou a criar recomendações como a nomeação de um assessor de gerência de riscos, que auxilia essencialmente a contratante na definição de uma estratégia de seguros para o empreendimento (abrangendo aqueles seguros a serem contratados pela construtora e aqueles pela proprietária, de forma a evitar zonas de sobreamento ou de ausência de cobertura)⁴⁴³. Os seguros de modelo "Todo Risco" (*Contractor's all-risk insurance - CAR*) vêm sendo paulatinamente substituídos por coberturas específicas⁴⁴⁴ como, por exemplo, cobertura para remoção de escombros, para perdas do proprietário por danos liquidados, para custos do epecista por equipamentos e mão de obra desmobilizados ou inativos, para lucros cessantes decorrentes de atrasos na conclusão das obras e consequente início da obra, etc.⁴⁴⁵

3.3 Conclusão parcial

Neste ponto, fica claro que a técnica mais adequada à construção do regulamento contratual de contratos atípicos mistos é aquela trazida pela teoria da analogia. Com isso, dá-se o devido respeito à autonomia das partes, respeitando o caráter atípico dos contratos. Por outro lado, considerando-se que os contratos mistos são formados com referência a um tipo legal, deve ser investigada a compatibilidade das regras cogentes e dispositivas com as disposições estabelecidas de forma autônoma pelas partes.

No caso do EPC, o contrato visa a regular tendencialmente toda a relação, em esforço voltado a garantir maior segurança ao contratante e aos investidores. Em especial, os temas centrais (prazo, preço e *performance*) do contrato merecem particular

⁴⁴² GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Contratos EPC Turn-key*. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 84.

⁴⁴³ *Idem, ibidem*, p. 90.

⁴⁴⁴ O modelo "Todo Risco" não trazia segurança suficiente tanto à contratante, visto que uma série de questões pontuais relevantes eram desconsideradas (como, por exemplo, fatores de risco como terremotos, guerras, etc., em zonas de certa previsibilidade destes eventos), quanto à construtora, mormente no caso de riscos de projeto. Neste ponto, aliás, nas apólices "Todo Risco", "a engenharia é responsável apenas por projetos negligentes (não necessariamente por projetos ruins" (*Idem, ibidem*, p. 93). Por isso, com a adoção do modelo EPC os construtores passaram a pressionar as seguradoras de forma a que também esta espécie de cobertura passasse a integrar o escopo coberto.

⁴⁴⁵ GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluz Tapparo. *Op. cit.*, p. 92-93.

atenção. No que toca ao preço e ao prazo, a regra é a imutabilidade das condições originalmente estabelecidas. A fim de reduzir as incertezas, os contratos trazem as hipóteses excepcionais em que estes elementos podem ser alterados (cláusulas de reajuste, de *hardship*, situações de força maior delimitadas pelas disposições contratuais, requerimentos de variações pelo contratante, etc.). Em suma, evita-se ao máximo que estes fatores sejam alterados, sob pena de inviabilizar os cálculos feitos quando da contratação. No que tange ao elemento *performance*, há que se realizar uma divisão. Primeiro, o tema vícios construtivos deve ser analisado com parcimônia. A regra do art. 618 do Código Civil permanece cogente, todavia o prazo de garantia de cinco anos aplica-se tão somente às obras civis, não alcançando as coisas simples que se agregam à obra (como turbinas, geradores, etc.). Estes elementos não podem ser considerados materiais para os fins da definição da disposição legal e, por isso, a eles aplicam-se os prazos de garantia concedidos pelos respectivos fabricantes. Segundo, a *performance* contratada é objeto de uma série de testes, inspeções e relatórios de acompanhamento para que seja devidamente alcançada. Seu alcance é sujeito à prestação de garantias específicas, mormente em obras voltadas à operação imediatamente posterior à conclusão.

Em suma, o regramento das situações deve ser buscado em primeiro lugar no contrato. Os temas que são objeto das regras do Código Civil são minuciosamente tratados pelos contratantes, porque versam sobre os principais pontos da contratação. Em geral, as regras legais são dispositivas e, portanto, este afastamento não se mostra potencialmente problemático. Há que se ter especial atenção apenas aos vícios construtivos, dado que o art. 618 é de incidência cogente e não pode ser objeto de afastamento pelas contratantes pura e simplesmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se anunciou à introdução do presente trabalho, o emprego de modelo contratual estrangeiro na ordem jurídica nacional é tarefa que merece atenção redobrada do intérprete. Isso porque, de um lado, o contrato transplantado traz consigo características do direito (ou dos direitos) em que surgiu enquanto, de outro, o direito que recepciona o instrumento muitas vezes já possui regras voltadas à situação. É neste choque que se deve verificar se o que se está importando é tão somente o mesmo contrato que já se tem em âmbito nacional ou se se está diante de relação diversa. Além disso, deve-se identificar se o objeto transplantado é compatível com o direito que o recebe e, se sim, em que medida.

A partir das considerações feitas ao longo do trabalho, pode-se responder a estas questões com maior segurança. A investigação empreendida permite concluir que a empreitada é tipo legal de contrato de construção pelo qual uma parte se compromete a fazer e a entregar obra para outra (e não qualquer outro serviço contratado pela finalidade). Por sua vez, o EPC é contrato que engloba a elaboração dos projetos, o fornecimento dos materiais e bens adicionais que comporão a obra, bem como sua construção para entrega após os testes devidos. O EPC traz uma série de elementos que o qualificam e fazem com que se diferencie da empreitada. Em especial, a principal característica que unifica as demais (e que foi tratada acima sobretudo quando da apresentação do sentido e da configuração como índices do tipo) é a tendência a que se forneça a maior segurança possível ao contratante da obra e aos investidores que aportarão capital em trabalhos de ordem multimilionária com a assunção pelo epecista da maioria massiva das responsabilidades sobre as eventuais contingências. É este sentido que dá a configuração do contrato. É a necessidade de maior segurança que determina a rigidez com que os temas "preço", "prazo" e "*performance*" são versados ao longo do contrato. O estabelecimento de uma maior segurança ao contratante é o que faz com que se reduzam consideravelmente as hipóteses em que o construtor pode pleitear a majoração de sua remuneração ou a dilação do prazo de conclusão das obras, a fim de que seja preservada esta segurança contratada. É também por conta da maior assunção de responsabilidade que o epecista é autorizado a cobrar verdadeiro sobrepreço, destinado a cobrir as contingências por si assumidas e os elevados riscos incorporados nas disposições contratuais. A assunção de grandes responsabilidades e a

busca da maior segurança possível é o que determina o caráter tendencialmente exaustivo do EPC, o afastamento de boa parte das regras legais, a conexão expressa com contratos e sua subordinação à sorte deste contrato de construção, etc.

Por fim, pode-se concluir que o EPC é compatível com a ordem jurídica brasileira. Trata-se de contrato atípico misto, que possui a empreitada como seu tipo de referência. Desse modo, não se trata da empreitada global como afirmam alguns autores, mas de contrato socialmente típico (e legalmente atípico) de natureza diversa. Como se afirmou, os tipos não se identificam só porque sua prestação principal e sua contraprestação sejam idênticas, ou porque sua causa função seja a mesma. Há uma série de elementos que tonalizam as relações e que, no caso, apartam o EPC do regramento da empreitada. Em sua maior parte, as regras do contrato são estabelecidas de forma autônoma pelas partes e sua autonomia merece ser respeitada pelo intérprete e aplicador. Os casos de aplicação de regras cogentes da empreitada no âmbito do EPC são escassos, merecendo especial atenção a regra do art. 618 do Código Civil, cuja aplicação deve se limitar às obras civis, afastando-se dos equipamentos que são incorporados à obra como um todo. A par dos raros casos de cogência, portanto, as regras da empreitada aplicam-se ao EPC apenas de forma parcial e por analogia. Desse modo, o intérprete deve buscar sempre, em primeiro lugar, a solução contratual para que, só de modo residual e naquilo que efetivamente for compatível, sejam aplicadas as regras da empreitada. Se o EPC é voltado à busca de segurança ao contratante e aos investidores, não pode a qualificação do contrato e a formação de seu regulamento sabotar o intento das partes. Assim, os contributos do presente trabalho destinam-se exatamente a reduzir o espaço de insegurança, fornecendo ao intérprete e aplicador subsídios para a qualificação e interpretação do EPC na ordem jurídica brasileira.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. "Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico". Coimbra: Almedina, 1992, v. I

_____. "Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca". 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016

ALMEIDA, Marcelo Manhães de. Incorporação imobiliária e o construtor. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012, P. 361-370

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei. "Comentários ao Novo Código Civil, v. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito." Rio de Janeiro: Forense, 2008

ANTUNES VARELA, João de Matos. "Das obrigações em geral", vol. I, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2004

ARAÚJO, Fernando. "Teoria Económica do Contrato". Coimbra: Almedina, 2007

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Negócio jurídico: existência, validade e eficácia." 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Contratos inominados ou atípicos". São Paulo: Bushatsky, 1975

_____. "Teoria geral dos contratos típicos e atípicos." São Paulo: Atlas, 2002

BAPTISTA, Luiz Olavo. A responsabilidade civil do construtor. "Revista dos Tribunais", São Paulo, n.470, 1974

BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). "Construção e Direito Civil." São Paulo: Lex Magister, 2011

BESSONE, Darcy. "Do contrato". Rio de Janeiro: Forense, 1960

BESSONE, Mario. "Adempimento e rischio contrattuale". Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1969

BETTI, Emilio. "Teoria generale delle obbligazioni". Milano: Giuffré, 1953, vol. I

_____. "Interpretação da lei e dos atos jurídicos". São Paulo: Martins Fontes, 2007

BEVILÁQUA, Clóvis. "Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua". Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976

BUENO, Júlio César. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61-78

BUNNI, Nael. "The FIDIC Forms of Contract". 3. ed. Oxford: Blackwell, 2005

CAMINHA, Uinie. "Securitização". São Paulo: Saraiva, 2007

CARMO, Lie Uema do. "Contratos de construção de grandes obras". São Paulo: 2012, Tese de doutorado

CARMONA, Carlos Alberto. "Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96". São Paulo: Atlas, 2009

CARVALHO, E. V. de Miranda. "Contrato de empreitada". Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. "Tratado de direito comercial brasileiro". Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, vol VI, parte I

CARVALHOSA, Modesto. "Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976", vol. 4, tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998

COMIRAN, Giovana Cunha. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: "Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paolo Grossi". Org: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Contrato de Engineering. In: "Revista de informação legislativa", v. 29, nº 115, p. 509-526, jul./set. de 1992

_____. "A obrigação como processo". Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

DE NOVA, Giorgio. "Il tipo contrattuale". Padova: CEDAM, 1974

ENEI, José Virgílio Lopes. "Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)". São Paulo: Saraiva, 2007

_____. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101-120

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. "A boa-fé e a violação positiva do contrato". Rio de Janeiro: Renovar, 2002

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. "Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

FIDIC. "Conditions of contract for EPC/Turnkey projects". The Silver Book. 1999

FIDIC. "Conditions of contract for Construction for building and engineering works designed by the employer". The Red Book. 1999

FRANCO, Vera Helena de Mello. "Contratos: direito civil e empresarial". 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

FRANTZ, Laura Coradini. "Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática". São Paulo: Saraiva, 2007

GIERKE, Otto von. Dauernde Schuldverhältnisse. "Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts", Bd. 64, p. 355-411

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. "A onerosidade excessiva em contratos de engineering". São Paulo, 2007, tese de doutorado

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara; RODRIGUEZ, Caio Farah. Aspectos do EPCM. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012

GOMES, Orlando. "Contratos". 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GÓMEZ, Luis Alberto; COELHO, Christianne C. S. Reinisch; FILHO, Elo Ortiz Duclós; XAVIER, Sayonara Mariluzza Tapparo. "Contratos EPC Turn-key". Florianópolis: Visual Books, 2006

GORDLEY, James. "Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment". New York: Oxford University Press, 2007

GLOVER, Jeremy. "FIDIC: An Overview, The Latest developments, coparisons, claims and force majeure". Construction Law Summer School 2007. Queen's College Cambridge

GUASTINI, Riccardo. "Das fontes às normas". Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005

HAICAL, Gustavo. As partes integrantes e as pertenças no Código Civil. "Revista dos Tribunais", São Paulo, vol. 934, 2013, p. 49-135

HOSIE, Jonathan. "Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: what do owners want? What do they get?". Mayer Brown International LLP, november, 2007

HUSE, Joseph A." Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts".London: Sweet and Maxwell, 2009

IMBRECHTS, Luc. Aspectos particulares de contratos de dragagem e aterros. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012, P. 151-180

JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. "FIDIC – A guide for praticioners". New York: Springer, 2010

KONDER, Carlos Nelson. "Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados". Rio de Janeiro: Renovar, 2006

KRÜCKMANN, Paul. Einige Bemerkungen zu den "dauernden Schuldverhältnissen". "Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts", Bd. 66, p. 1-17.

KULESZA, Gustavo Santos; AUN, Daniel. Contratos FIDIC. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). "Construção e Direito Civil". São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 175-208

LARENZ, Karl. "Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil". München: Beck, 1967

_____. "Methodenlehre der Rechtswissenschaft". Berlin: Springer, 1995

LAMB, Felipe Guilherme. "Contratos empresariais e alteração das circunstâncias: onerosidade excessiva e cláusula de hardship". Porto Alegre, dissertação de mestrado apresentada à UFRGS, 2008

LEONARDO, Rodrigo Xavier. "Redes contratuais no mercado habitacional". São Paulo: RT, 2003

_____. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. "Tratado de direito empresarial, vol. IV, contratos mercantis". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

LOBO, Paulo. "Direito Civil: contratos". São Paulo: Saraiva, 2011

LOOTS, Phil; HENCHIE, Nick. "Worlds apart: EPC and EPCM contracts: risk issues and allocation". Mayer Brown International LLP, disponível em http://m.mayerbrown.com/files/Publication/fe15bba4-fbe2-4eb0-804e-17911edb0b15/Presentation/PublicationAttachment/ecb7569b-e0ef-4aee-9ff9-a7c4e853aac6/ART_EPC_EPCM_5DEC07.PDF

LOPEZ, Teresa Ancona. "Comentários ao código civil: parte especial - das várias espécies de contratos, vol. 7 (arts. 565 a 562)". São Paulo: Saraiva, 2003

MARCONDES, Antonio Fernando Mello. Os Dispute Boards e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luis Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). "Construção Civil e direito". São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 123-148

MARIANGELO, Rafael. Aspectos relevantes dos modelos contratuais FIDIC. In: MARCONDES, Fernando (org.). Temas de direito da construção. São Paulo: Editora PINI, 2015, p. 187-208

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. "Contratos coligados no direito brasileiro". São Paulo: Saraiva, 2010

_____. "Interpretação do negócio jurídico". São Paulo: Saraiva, 2011

MARTINS, Sérgio Pinto. "Direito do trabalho". 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014

MARTINS-COSTA, Judith. "Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do inadimplemento das obrigações". Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2

_____. "Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações". 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, t. 1

_____. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. "Revista Trimestral de Direito Civil", vol. 26, abr/jun. 2006, p. 213-249

_____. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. "Revista de arbitragem e mediação", n. 25, Ano 7, abr.-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

_____. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). "Teoria Geral dos Contratos". São Paulo: Atlas, 2011

_____. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). "Modelos de direito privado". São Paulo: Marcial Pons, 2014

_____. "A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação". São Paulo: Marcial Pons, 2015

_____; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. "Revista dos Tribunais", São Paulo, vol. 979, 2017, p. 215-241

MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito de construir". 11ª ed. atualizada por DALLARI, Adilson Abreu (et al.). São Paulo: Malheiros, 2013

MOLINEAUX, Charles. Moving Toward a Lex Mercatoria - A Lex Constructionis. 14 "J. Int'l Arb. 1997", No. 1, disponível em www.trans-lex.org/126700.

MONTEIRO, Washington de Barros. "Curso de direito civil, 5: direito das obrigações - 2ª parte". São Paulo: Saraiva, 2010

MOREIRA ALVES, José Carlos. "Direito Romano". Rio de Janeiro: Forense, 2007

NADER, Paulo. "Curso de direito civil, v. 3: contratos". Rio de Janeiro: Forense, 2005

NANNI, Giovanni. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). "Teoria Geral dos Contratos". São Paulo: Atlas, 2011

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. "Arbitragem e revisão contratual: entre autonomia e heteronomia", 2011, Dissertação de mestrado, UFRGS

_____. Ativismo arbitral e 'lex mercatoria'. "Revista Jurídica Luso-Brasileira", v. 2, 2015, p. 863-910

NORONHA, Fernando. "Direito das obrigações". 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

OPPO, Giorgio. I contratti di durata. "Rivista di diritto commerciale". Milano: Vallardi, 1943

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. "Contratos atípicos". Coimbra : Almedina, 2009

PELUSO, Cezar (org.). "Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência". Barueri: Manole, 2010

PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Instituições de direito civil. Vol. III: contratos". Rio de Janeiro: Forense, 2011

_____. Empreitada - Cláusula de revisão do preço - reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda. In: "Doutrinas essenciais obrigações e contratos, vol. 6". São Paulo: Revista do Tribunais, 2012

PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. "Revista da AARJ - Associação dos advogados do Rio de Janeiro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, disponível em <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil> acessado em 02.08.2016.

_____. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. In: "Conversas sobre arbitragem". Cadernos do Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, 2013, p. 29-44

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Tratado de direito privado". Rio de Janeiro: Borsoi, 1984, tomo XXV

_____. "Tratado de direito privado". Rio de Janeiro: Borsoi, 1984, Tomo XLIV

_____. "Tratado de direito privado". Rio de Janeiro: Borsoi, 1984, Tomo XLVII

PUGLIESE, Giovanni. Locatio-conductio. In: "Derecho romano de obligaciones". Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994

RIBEIRO FILHO, Valfrêdo de Assis. "Modelo de contrato EPC - Engineering, Procurement and Construction - como instrumento de redução de riscos e de custos em project finance de geração hidrelétrica no Brasil". Dissertação de Mestrado defendida perante a Universidade Salvador, Salvador, 2008

RODRIGUES, Sílvio. "Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade". São Paulo: Saraiva, 2003

ROPPO, Enzo. O contrato (trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988

ROPPO, Vincenzo. "Il contratto". 2ª Ed. Milano: Giuffré, 2011

ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cezar (coord.). "Código civil comentado: doutrina e jurisprudência". Barueri: Manole, 2010

SCHEINMAN, Maurício [et al.]; ARRUDA ALVIM, Thereza e CLÁPIS, Alexandre Laizo (coord.). "Comentários ao Código Civil brasileiro. v. 6: do direito das obrigações". Rio de Janeiro: Forense, 2009

SERPA LOPES, Miguel Maria de. "Fonte das obrigações: Contratos". Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993

SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-60

_____. Aliança à brasileira. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121-126

SMITH, Peter. Contratos internacionais: usando os modelos-padrão para contratos FIDIC. In: SILVA, Leonardo Toledo da (org.). "Direito e infraestrutura". São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181-214

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. "Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias". Belo Horizonte: Editora Arraes, 2016

USTARRÓZ, Daniel. "Contratos em espécie". São Paulo: Atlas, 2015

VIANA, Marco Aurélio S. "O contrato de construção e responsabilidade civil (teoria e prática)". São Paulo: Saraiva, 1981

WALD, Arnoldo. "Curso de direito civil brasileiro, vol. II". 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. "Einführung in die Rechtsvergleichung". Tübingen: Mohr, 1996