

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Erika Donin Dutra

TIPICIDADE SOCIAL E JURÍDICA DO CONTRATO DE CONSTRUÇÃO EPC NO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Porto Alegre

2014

ERIKA DONIN DUTRA

**TIPICIDADE SOCIAL E JURÍDICA DO CONTRATO DE CONTRUÇÃO EPC NO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da
Silva

Porto Alegre

2014

ERIKA DONIN DUTRA

**TIPICIDADE SOCIAL E JURÍDICA DO CONTRATO DE CONTRUÇÃO EPC NO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Aprovada em 19 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Professor Doutor Fabiano Menke

Porto Alegre, 2014.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por tudo.

À Faculdade de Direito da UFRGS, que eu muito amo, assim como a todos os professores, todos os servidores, todos os colegas, indistintamente, por mudarem a perspectiva com que vislumbro os acontecimentos ao meu redor, por ter me transformado em outra pessoa, completamente diferente do que era, quando recém saída do ensino médio.

À minha mestre Professora Judith Martins-Costa, pelo seu coração de mãe, pelo seu carinho, sua paciência, por sempre se alegrar em transmitir seus infinitos conhecimentos, por ser meu maior exemplo, no Direito e na vida. Também agradeço a todos os meus colegas de Judith Martins-Costa Advogados, por quem guardo imenso carinho.

Ao meu mestre Prof. Luis Renato Ferreira da Silva, meu querido orientador, que com paciência ouviu e atendeu minhas dúvidas, que esteve sempre disposto a me ajudar, por ser exemplo para mim de professor dedicado e advogado competente.

Aos professores, que têm o meu afeto e admiração: Prof.^a Véra Fradera, Prof.^a e amiga Raquel Scalcon, Prof. Humberto Ávila, Prof. Jamil Bannura, Prof. Gerson Branco, Prof. Wladimir Barreto Lisboa e Prof. Alfredo Storck.

Às minhas amadas amigas de Colégio e de Faculdade.

Aos meus queridos amigos de Faculdade, em especial, ao Gustavo Sanseverino, porque sua amizade e confiança em mim foram as causas da maior mudança na minha vida acadêmica, e por ter sempre se mostrado disposto a me ajudar, e ao Marcelo Tosin, por compartilhar comigo a angústia de um final de curso turbulento.

Aos meus amigos e companheiros do Grupo de Estudos em Arbitragem Internacional, coordenado pela Prof.^a Véra Fradera. Em especial, ao Lucas Gavronski, pela terna disposição em me ajudar a montar o sumário deste trabalho.

Aos meus colegas de Teixeira Ribeiro Advogados, em especial Fernando Rios, pelo companheirismo, pela amizade sempre.

Aos Professores Fabiano Menke e Gerson Branco pelas pertinentes sugestões, críticas e apontamentos feitos ao meu trabalho ao momento de minha apresentação.

A todos, o meu agradecimento.

“A vida é essencialmente vontade e movimento.”

Eça de Queirós. *A cidade e as serras*, 1901.

RESUMO

O Contrato de Construção EPC é um contrato que se pode dizer socialmente típico. Nascido das práticas internacionais, com o avanço da economia e as grandes construções, vem sendo adotado no Brasil com considerável frequência. A questão que se impõe é determinar qual o regime a ser adotado neste contrato quando sob a égide do Direito Civil Brasileiro. Para isso, necessário que se determine se ele corresponderia ao tipo da Empreitada, previsto no Código Civil, nos artigos 610 a 629, ou se seria um tipo diferente. Esse trabalho, assim, examina o Contrato EPC como contrato atípico misto, porque, considerando os índices de qualificação dos tipos (em especial, objeto e função econômico-social), se distancia do tipo de Empreitada. Na segunda parte deste trabalho, o Contrato EPC é examinado pelas suas características, bem como a distribuição dos riscos e responsabilidades entre o empreendedor e o empreiteiro epecista; faz-se, ainda, breve análise de algumas disposições aplicáveis ao Contrato de Empreitada que, por analogia, são cogentes ao Contrato EPC.

Palavras-chave: Atipicidade Contratual. Qualificação do Tipo. Contrato de Empreitada. Contrato de Construção EPC (*Engineering, Construction and Procurement Contract*).

ABSTRACT

The EPC Contract is a socially typical agreement. It has arisen from international practices; and, because of the economic development and, so, huge constructions, it has been adopted in Brazil quite frequently. The question that this work shall answer is which contractual rules should be applied to this Contract under Brazilian Civil Law. In order solve this problem, it is necessary, first, to determine if EPC Contract corresponds to a Works and Supply Contract, as provided by articles 610 to 629 Civil Code, or if it is a different type of contract. In this sense, the EPC Contract is examined as an atypical contract, as it is different from a Works and Supply Contract, considering the criteria to qualify contractual types (specially, the subject and economic/social function). In the second part herein, the EPC Contract's main characteristics will be examined, as well as the allocation of its risks and the liability regime. Furthermore, some Works and Supply Contract's provisions will be analyzed, since they are applicable to EPC Contract by analogy.

Key-words: Atypical Contracts. Contractual Type Determination. Works and Supply Contract. EPC Contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TIPOS QUE O CONTRATO EPC É FORMADO.....	17
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA: É O CONTRATO EPC UM CONTRATO DE EMPREITADA?	17
2.2 CONTRATO DE EMPREITADA	20
2.3 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	31
2.4 CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E SECURITIZAÇÃO	35
3 CONTRATO DE CONSTRUÇÃO EPC COMO CONTRATO ATÍPICO MISTO	41
3.1 ATIPICIDADE E QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO EPC	41
3.2 REGIME CONTRATUAL DO CONTRATO EPC	49
3.2.1 Objeto e Características	49
3.2.2 Riscos e Responsabilidades	52
4 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1 INTRODUÇÃO

Segundo o historiador Fernand Braudel (*“La Méditerranée et le monde méditerranéen à l’époque de Phillippe II”*), as mudanças na História, de acordo com suas características, podem acontecer em três tempos diferentes. Podem ser: de curto prazo, como as mudanças decorrentes de uma determinação da autoridade; conjunturas, como as que ocorrem após um evento marcante em sua época, por exemplo, a crise econômica após a quebra da bolsa de valores de 1929; e as mudanças de longo prazo, que decorrem de lentas e paulatinas alterações sociais.

A Professora Judith MARTINS-COSTA, citando a teoria acima descrita, observou que, no Direito, ela também perfeitamente se aplica e exemplificou: uma mudança de curto prazo seria a ocorrida no Direito Constitucional com a promulgação de uma Constituição; uma de conjuntura, as alterações no Direito Administrativo, que podem se alterar com a alternância política; e as de longo prazo, como as ocorridas no Direito Privado, notadamente, no Direito Contratual, que se altera com as práticas sociais.

As relações humanas são muito mais complexas do que a lei civil poderia, ou deveria, prever. Em verdade, elas vão se transformando e se adaptando às novas realidades e necessidades, de forma muito lenta, até o momento em que o legislador, percebendo a mudança, decide acomodar as regras a essa nova realidade¹. Conforme leciona REALE², os modelos jurídicos *nunca deixam de ser “momentos da experiência jurídica mesma”, enquanto expressões do mundo da cultura*. E continua:

Não se pode, em suma, configurar os modelos jurídicos como lentes através das quais se observa o mundo da conduta humana, mas sim como estruturas que surgem e se elaboram no contexto mesmo da experiência, como objetos histórico-culturais que são.

¹ Assim, os comentários de Luiz Olavo BAPTISTA, sobre Contratos de Engenharia e Construção: “O fenômeno não é estranho ou singular ao Direito, pois este, dada sua natureza dinâmica, vai aproveitando elementos diversos aprovados pela prática que utiliza na composição de novos modelos jurídicos.” Em: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos de Engenharia e Construção*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. Cap. 1. p. 13-42.

² REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49.

Esses modelos, no Direito dos Contratos, são ainda mais expressivos, em razão da aplicação do Princípio da Autonomia Privada. Expresso nos artigos 421³ e 425⁴ do Código Civil, significa o poder dos indivíduos de produzir, mediante declaração de vontade válida, os efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica⁵. Consiste na vontade, quando manifestada, que retrata o interesse da pessoa no meio social⁶.

Esse princípio está intimamente relacionado ao Princípio da Atipicidade Contratual, na medida em que este depara o estudioso do Direito com o momento em que a autonomia privada encontra sua máxima atuação⁷, porque defere aos particulares o poder de criar regras para si. Quer dizer, a autonomia privada, além de manifestar-se pela liberdade de contratar propriamente dita, também revela-se pela liberdade de os particulares determinarem o conteúdo do contrato firmado⁸.

A iniciativa individual, nos atos de autonomia privada, tem a liberdade de procurar um *interesse socialmente apreciável*⁹, ou seja, de natureza a poder merecer a tutela jurídica, enquadrando-se em funções econômico-sociais dignas de proteção¹⁰. O Princípio da Atipicidade, assim, informa a liberdade de os contratantes estabelecerem o molde, fixarem a estrutura e o conteúdo dos contratos a que ficam obrigados, não necessitando conformarem-se aos tipos contratuais legais¹¹, porém

³ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁴ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

⁷ COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo**. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 10.

⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26.

⁹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 173.

¹⁰ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 173.

¹¹ COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo**. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 11.

sempre atentando à necessidade de que os interesses objetivamente reconhecíveis¹² dos indivíduos sejam tutelados pelo ordenamento.

A ideia de atipicidade não se resume na análise da autonomia privada, mas se concretiza a partir da compreensão do tipo, legal e/ou social. Cumpre, assim, tecer breve comentário sobre os ditos *tipos contratuais legais*. São os moldes pré-fixados pela lei, *daquilo que é característico dos contratos que com maior frequência se celebram na prática*¹³. Essa escolha legislativa se deu, na imensa maioria das vezes, em decorrência das práticas negociais; ou seja, os contratos legalmente típicos foram, antes, socialmente típicos¹⁴.

Tipos sociais são os tipos que existem na prática da vida e da contratação¹⁵, para além dos tipos legalmente previstos. Para que seja classificado como um tipo social, nos ensinamentos de VASCONCELOS¹⁶, é preciso, em primeiro lugar, que se verifique em uma pluralidade de casos; em segundo, essa pluralidade deve se traduzir numa prática socialmente reconhecível¹⁷; e, por fim, é preciso que exista uma reconhecimento social do caráter vinculativo dessa prática¹⁸.

¹² Segundo a Professora Judith Martins-Costa, o interesse objetivado diz respeito a uma necessidade das partes do contrato que não deve ser avaliada com vista aos seus motivos, mas considerada à vista de uma concreta relação econômico-social que aquele contrato visa regular. Em: MARTINS-COSTA, Judith. "Adimplemento e Inadimplemento". In: EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 2002, Rio de Janeiro. **Anais...** . Rio de Janeiro: Emerj, 2003. p. 95 - 113.

¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contrato Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 21.

¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contrato Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 22.

¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contrato Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 61. Também conceituando os tipos socialmente típicos, BETTI analisa que se trata de uma outra tipicidade, além da legal, que também desempenha a função de limitar e orientar a autonomia privada, mas que, em comparação com a tipicidade legal, é muito mais elástica na configuração dos tipos, e *que atua remetendo para as valorações econômicas ou éticas da consciência social historicamente determinada*. Em: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 173.

¹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contrato Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 62.

¹⁷ "(...),ou seja, no meio social em que é praticada, reconhecida como uma prática e não como uma ou mais coincidências fortuitas." In:VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contrato Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 62.

¹⁸ Como já referido anteriormente, para ser reconhecido e tutelado pelo ordenamento, mais do que apenas existente na prática, precisa que o interesse seja lícito, correspondente a alguma das funções econômico-sociais previstas. *Vide* sobre o assunto, a lição de BETTI: "Ora, estando esse intuito prático, ou interesse, subjacente ao preceito da autonomia privada, por sua natureza fora do campo do direito, e indo buscar as suas razões à sempre mutável vida social, está sujeito a uma mera verificação de licitude e de idoneidade para a tutela jurídica. A fiscalização destina-se, aqui, apenas a verificar se o intuito prático ou interesse em questão, se pode, coerentemente, enquadrar numa 'causa' (Cód. Civil, 1.325, nº2; 1.343-45), isto é, se pode reduzir-se a alguma daquelas típicas funções econômico-sociais da autonomia privada (causas dos negócios), que são dignas e carecem de tutela jurídica, segundo o ponto de vista geral do ordenamento. Serve, em particular, para verificar se o intuito concretamente visado, reconstituído na sua identidade psicológica extrajurídica, não é

A partir da análise desses critérios, poder-se-ia afirmar que o Contrato de Construção EPC (*Engineering, Procurement and Construction Contract*)¹⁹, objeto do presente estudo, é um contrato socialmente típico, nascido das práticas negociais internacionais e, atualmente, prática recorrente no ambiente contratual brasileiro. Porém, apesar do reconhecimento de sua existência e vinculatividade, ainda há dúvida acerca de sua posição no cenário jurídico brasileiro.

Dessa sorte, o problema que o presente trabalho visa solucionar, é se o Contrato EPC, socialmente típico, corresponde ao tipo legal do contrato de empreitada ou é um contrato novo, diferente, com características próprias que, apesar de próximo, distancia-se do previsto na lei, exigindo assim, um tratamento distinto.

A questão torna-se relevante ao observamos as transformações do ambiente negocial. O Brasil, desde o início do século XXI, vem mudando seu papel no cenário internacional, em especial considerando a estabilidade econômica, o crescimento da economia e a distribuição de renda, que criam um ambiente favorável para os negócios²⁰. No ambiente das grandes obras, públicas ou privadas, com regimes diferenciados, é necessário o emprego de técnicas contratuais mais aprimoradas. Por isso, vêm sendo adotados modelos contratuais advindos da prática internacional dos países com maior desenvolvimento²¹, como o Brasil.

Ademais, importante que se atente à participação dos investidores nesse novo ambiente, em que o acesso ao crédito confere uma sofisticação aos modelos

incompatível com a causa típica do negócio celebrado, ou se, pelo contrário, é de natureza a desviar e corromper, pela sua ilicitude (Cód. Civil, 1.343-45), ou futilidade social, a destinação econômica-social do tipo de negócio escolhido.” Em: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 174.

¹⁹ Aqui chamado apenas “Contrato EPC”

²⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit: Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. Cap. 5. p. 101-122.

²¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit: Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. Cap. 5. p. 101-122.

contratuais atualmente adotados não antes conhecida. Como bem pontuou ZANETTI²², sobre a importância do estudo desses novos contratos:

“Não raro, tais negócios são entabulados entre diversas partes. A complexidade de suas cláusulas reclama o emprego de dezenas de laudas. Os percalços que marcam sua execução criam divergências entre as partes, cuja solução depende cada vez mais do efetivo conhecimento das particularidades do negócio que se tem diante dos olhos.”

O regime destes contratos no Brasil, porém, precisa ser determinado, na medida do possível, de modo a dar segurança aos investidores, ao contratante dono da obra, ao empreiteiro “epecista”²³, aos fornecedores de material e máquinas, aos subempreiteiros e demais eventualmente envolvidos em sua contratação. Daí a importância do presente trabalho que, apesar de ausente qualquer pretensão de exaurir o tema, poderá ser de alguma valia como início de um estudo continuado e permanente, na medida em que, determinando-se a qualificação do Contrato EPC, será possível entender seu regime.

A primeira hipótese de solução do problema é assumirmos ser o Contrato EPC um contrato típico, correspondente ao tipo legal da empreitada. Neste caso, as regras imperativas, dispositivas e supletivas, presentes nos artigos 610 a 626²⁴ do Código Civil incidiriam sobre o contrato, devendo ser analisado caso a caso as possíveis discussões que disso derivem.

Não é, no entanto, o que parece ser a melhor solução. A segunda possibilidade é ser o Contrato EPC um contrato atípico misto, ou seja, a reunião de vários tipos legais.

Um contrato atípico misto distingue-se de um contrato típico, na medida em que não corresponde a um único modelo típico, com um quadro regulativo próprio,

²² ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit: Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. Cap. 5. p. 101-122.

²³ “Epecista” é a designação criada, a partir de um processo de neologismo, para dar nome ao empreiteiro contratado sob o regime do Contrato EPC. O neologismo, como facilmente se percebe, deriva da sigla em inglês “EPC”.

²⁴ Artigos correspondentes aos Capítulo VIII – Da Empreitada, Título VI – Das várias espécies de Contrato, Livro I – Do Direito das Obrigações da Parte Especial do Código Civil.

de maneira a permitir a contratação por referência e a integração de sua disciplina²⁵. Pelo contrário, o regime de um contrato atípico misto exige uma atenção especial. Porém, segundo VASCONCELOS²⁶, *os contratos mistos, embora sejam atípicos, não prescindem do concurso dos modelos regulativos típicos na procura da solução das questões suscitadas*. Assim, não obstante sua atipicidade, mantêm, ainda, uma proximidade importante com os tipos.

Em razão dessa proximidade do Contrato EPC com os contratos típicos dos quais é formado, sobretudo o contrato de empreitada, neste trabalho serão abordadas as características principais do EPC, que o diferenciam dos tipos legais, e a aplicação de determinados dispositivos legais, que disciplinam a empreitada e merecem maior cuidado quando de sua aplicação ao Contrato EPC. Como também serão analisados alguns artigos que, apesar de estarem previstos no Capítulo da Empreitada, são verdadeiras normas gerais para contratos de mesma família, sendo, portanto, de aplicação cogente ao Contrato EPC.

O estudo, enfim, está assim dividido: na primeira parte, far-se-á breve contextualização sobre o problema da qualificação do Contrato EPC e a divergência doutrinária. A fim de resolver a questão, serão analisados os principais tipos que o Contrato EPC é formado, quais sejam, a empreitada, a prestação de serviços, e os contratos de financiamento e securitização. Na segunda parte, propor-se-á uma solução: o Contrato EPC como um contrato atípico misto, explicitando os critérios utilizados para chegarmos a tal conclusão e, por fim, apresentar-se-á o regime contratual geralmente utilizado nos Contratos em análise.

Evidente que o tema não se resume ao presente estudo, e nem buscou-se fazê-lo, presta-se, em verdade, a reconhecer as limitações da produção literária sobre o assunto no Brasil e a provocar, sem pretensão de exaurir, uma análise, na medida do possível, mais acurada de uma matéria que vem ganhando relevância no atual ambiente de negócios brasileiro.

²⁵VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contrato Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 217.

²⁶VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contrato Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 218.

Importa, por fim, esclarecer que não estão incluídos no objeto desta pesquisa os contratos firmados com a administração pública. Apesar de muitos dos contratos de construção que hoje são concluídos no Brasil terem como parte uma entidade estatal, esse tipo de contratação possui regulamentação própria, que não está sendo considerada nesta oportunidade. O foco do presente será, portanto, a análise do Contrato EPC firmado entre particulares.

2 TIPOS QUE O CONTRATO EPC É FORMADO

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA: É O CONTRATO EPC UM CONTRATO DE EMPREITADA?

Por tipo, entende-se o molde, o modelo negocial previsto no ordenamento jurídico, que estabelece uma série de regras cogentes, dispositivas e supletivas, a serem aplicadas a ele. A seu turno, o princípio da atipicidade contratual determina o poder das partes de determinarem livremente o molde, o conteúdo dos contratos que ficarão obrigadas²⁷. Entre a atipicidade e a tipicidade, no entanto, manifestam-se figuras híbridas, cujas soluções acerca de seu regramento por vezes se voltarão à racionalidade de contratos atípicos, como também poderão ser afeitas aos tipos contratuais legais. São os casos dos contratos mistos, uniões de contratos e negócios indiretos²⁸.

Essas diferenciações (típico, atípico puro, atípico misto) nem sempre são claras, de modo que as soluções a serem aplicadas exigem uma análise aprofundada acerca do regime aplicado a determinado negócio jurídico. Essa falta de clareza na distinção é o que acontece com do Contrato de Construção EPC: contrato surgido do ambiente negocial internacional, integrante da família dos Contratos de Construção²⁹, que, em muitos aspectos, se confunde com um Contrato de Empreitada e, por isso, há quem defenda que deve ser integralmente regido pelas regras aplicáveis ao tipo (observada a hierarquia entre regras). Por outro lado, há quem diga tratar-se de contrato atípico misto, porque seus elementos, também presentes em outros contratos típicos, o afasta do tipo legal da empreitada.

²⁷ COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre a autonomia privada e o tipo. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p.11.

²⁸ COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre a autonomia privada e o tipo. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 12.

²⁹ BAPTISTA. "Contratos de Engenharia e Construção". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 13.

Conforme afirmado por ZANETTI³⁰, “o desenvolvimento de novos modelos contratuais responde a necessidades práticas. Qualificá-los é tarefa dos juristas e exige aguda percepção da realidade circundante”. De fato, os novos modelos não surgem a curto prazo, mas de pequenas transformações nas operações econômicas, lentas e graduais. Tais transformações só são verdadeiramente perceptíveis quando aquele tipo, não mais jurídico, mas social, passa a exercer um novo papel aos agentes.

A questão que se coloca, assim, é saber se o Contrato EPC é um contrato típico – de empreitada – ou se, com os novos usos e considerando as funções que a ele vem sendo atribuídas pelas partes, ele deixou de ser um tipo legal e se tornou um tipo social, legalmente atípico, caracterizado por aspectos de mais de um tipo contratual legal.

A fim de contextualizar o debate enfrentado na doutrina a respeito do assunto, importa atentarmos a dois juristas brasileiros, estudiosos dos Contratos EPC: Luiz Olavo BAPTISTA e José Emílio Nunes PINTO.

Na concepção de BAPTISTA³¹, os Contratos EPC são contratos típicos, verdadeiros Contratos de Empreitada, empregados na modalidade de labor e material a preço global. Em seus termos³²:

“Os contratos EPC apresentam características que nos permitem qualificá-los como sendo contratos de empreitada. Com efeito, o objeto do contrato é fazer uma obra por conta de alguém, portanto, similar ao da empreitada; o objeto das obrigações do Construtor EPC é o mesmo da obrigação do Empreiteiro, ou seja, uma obrigação de fazer, a obrigação do dono da obra, de pagar, também coincide. Finalmente, o objeto da prestação do empreiteiro é a obra e a do dono da obra é o preço contratado. Olhando sob o prisma econômico, o contrato visa adquirir uma obra que será feita por alguém, mediante retribuição.”

³⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. “*Build to Suit*: qualificação e consequências.” In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 110.

³¹ BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 28.

³² BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 39.

Assim, na sua visão, a principal prestação do Contrato de Construção EPC é a entrega da obra, no prazo e pelo preço ajustado. No entanto, o mesmo autor ainda alerta para a possibilidade de variação do escopo de obrigações das partes, que poderá ser diferente de acordo com circunstâncias econômicas e outras³³. O exame, neste caso, deverá ser feito concretamente, considerando o contexto em que está inserida sua celebração e execução, a fim de determinar se é um contrato de empreitada ou modalidade diferente.

Por outro lado, para José Emílio Nunes PINTO³⁴, o Contrato EPC, apesar de suas similitudes e da necessidade de atentarmos às normas gerais da empreitada, é modalidade diferente. Segundo o autor, trata-se de uma estrutura maior do que a singela forma “obra por preço”, pois envolve uma estrutura de financiamento muito bem desenvolvida e segura, que se presta a representar estabilidade e consistência aos financiadores. Nesse sentido, o contrato de empreitada, presente também no Contrato EPC, é um importante instrumento de alocação e mitigação dos riscos do negócio, porém não é o único.

Explicita o autor³⁵:

“Ocorre que, na realidade, os EPCs contemplam diversas relações jurídicas entre o contratante e o epecista. O epecista é empreiteiro na medida em que se obriga a construir uma obra de grande porte, o epecista será montador sempre e quando deva proceder à montagem e comissionamento da obra em si, o epecista será tratado como fornecedor de equipamentos em razão de ter o contrato como o objeto o desenho, projeto, construção, fornecimento e montagem de equipamento, comissionamento da obra e teste de desempenho, sendo que o contratante a receberá na modalidade chave de mão, ou seja, pronta para operá-la.”

³³ BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 28.

³⁴ 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, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 13/08/2012.

³⁵ 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, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 13/08/2012.

O trabalho, assim, tem como foco o enquadramento do Contrato de Construção EPC em uma das linhas acima brevemente apontadas, a fim de que, possam ser analisadas as normas legais incidentes e o regime a ser adotado aos Contratos de Construção EPC no Brasil, que poderá ser diferente, de acordo com a conclusão apercebida. Para isso, importa qualificar os possíveis contratos que formam o Contrato EPC e, após, cumpre analisar o próprio Contrato EPC para que se determine quais tipos analisados é formado, se apenas a empreitada ou mais do que ela.

Serão analisados os principais elementos de alguns contratos tipificados no direito brasileiro, quais sejam, o contrato de empreitada, o contrato de prestação de serviços e os contratos de financiamento e securitização. Para então, por meio do cotejamento com as características do Contrato de Construção EPC, possam ser apreendidas as principais semelhanças e diferenças entre eles, para determinar sua tipicidade.

2.2 CONTRATO DE EMPREITADA

O Contrato de Empreitada é o contrato pelo qual *“alguém se obriga a fazer certa e determinada obra a outrem, mediante retribuição previamente determinada ou proporcional ao trabalho executado”*³⁶. A obra a ser realizada, nesse sentido, é o objetivo precípua, específico e imediato do Contrato de Empreitada³⁷.

“Obra” é todo resultado produzido pela atividade ou pelo trabalho, que pode ser coisa móvel, material ou imaterial, ou imóvel³⁸. O que interessa para aquele que encomendou a obra – o dono da obra, neste caso, não é a atividade humana, no que tem de intangível, mas o resultado material dessa atividade, que pretende obter: a edificação, a plantação, a demolição, a reforma, o projeto, o protótipo, o desenho, a pintura, a peça publicitária, a maquete, o jardim, o móvel, a eletrificação, o sistema de segurança etc.³⁹

³⁶ PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 5.

³⁷ PAIVA, *Ob. Cit.*, p. 8

³⁸ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2011, p.368.

³⁹ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2011, p.368.

Para fins da presente análise, vamos atentar especificamente aos Contratos de Empreitada que visam à realização de uma obra civil – contratos de construção civil.

Os integrantes da família dos Contratos de Construção, do qual fazem parte o Contrato de Empreitada, o EPC, o *Build to Suit*, o *Engineering*, e outros, na sua maioria advindos da prática internacional, têm em comum a obrigação de uma pessoa física ou jurídica (construtor) edificar obra civil ou reformar obra preexistente, em troca de um preço a ser pago por um proprietário ou empreendedor (dono da obra⁴⁰). Tal contratação pode envolver apenas o serviço do construtor, ou também compreender o fornecimento de insumos e materiais empregados⁴¹. Ademais, a construção civil é uma atividade, em geral, de longo prazo, trato sucessivo e continuado⁴².

Por muito tempo se discutiu se a empreitada seria uma modalidade de prestação/locação de serviços, ou se seria um tipo diferente. Hoje, já está consolidada a sua diferença. A diferença precípua é o fato de ser o objeto da prestação, no contrato de empreitada, a obra, resultado do cumprimento de uma obrigação de fazer; é o resultado, portanto, da ação do empreiteiro⁴³. Por outro lado, no contrato de prestação de serviços, o objeto da obrigação é fazer certo trabalho (no sentido humano, de esforço físico ou intelectual) a alguém, mediante remuneração⁴⁴. O serviço, nesse caso, é o foco; tratando-se de uma obrigação de meio e não tanto de resultado, como no contrato de empreitada.

⁴⁰ “O conceito de dono de obra não se confunde com o de proprietário, pois a obra resultante apenas ser-lhe-á transferida quando for concluída satisfatoriamente; a denominação menos equívoca, mas de escasso uso linguístico, é empreitante.” Em: LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2011, p.368.

⁴¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos de Construção do Poder Público. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. Cap. 2. p. 43-67.

⁴² MACHADO, Flávio Naval. O Gerenciamento do Contrato de Construção Civil e a Cláusula Penal. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011. Cap. 3, p. 70-82.

⁴³ BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 17.

⁴⁴ PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 8.

Portanto, diferente do contrato de prestação de serviços, no contrato de empreitada, não é o trabalho considerado em si mesmo o objeto da obrigação, no sentido de energia humana utilizada, mas o seu resultado final prático, ou seja, a obra que o empreiteiro se obrigou a construir⁴⁵ e pela sua segurança e solidez se responsabiliza⁴⁶. A obrigação, assim, é de resultado, constituindo a obra o seu objeto específico e imediato⁴⁷.

Ademais, há autonomia do empreiteiro na execução da obra. É característica da empreitada que o empreiteiro assuma os riscos pela sua execução⁴⁸. O fato de o dono da obra dar instruções sobre o resultado não exime o empreiteiro das responsabilidades na execução da obra. As instruções, no entanto, que tirem sua autonomia são violadoras do contrato. Por isso, quando o empreiteiro julgar estas instruções inconvenientes, deverá alertar o dono da obra, ou mesmo submetê-las a medidas judiciais⁴⁹.

Há discussão acerca de tratar-se de contrato personalíssimo ou não. LOBO, entende não ser, via de regra, um contrato personalíssimo, dada a irrelevância do serviço⁵⁰. Porém, segundo PAIVA e BAPTISTA, a obrigação poderá ser dividida e poderá ou não ter caráter personalíssimo, de acordo com a obra a ser realizada, porém, a regra seria tratar-se de uma obrigação *intuitu personae*⁵¹. PONTES DE

⁴⁵PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 8.

⁴⁶ O Art. 618 do Código Civil estabelece o prazo de garantia quinquenal pela solidez e segurança da obra. Essa garantia será pormenorizadamente analisada na segunda parte desse trabalho, quando examinaremos as disposições aplicáveis ao Contrato EPC. Prevê o art. 618: Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

⁴⁷PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997., p. 8.

⁴⁸ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 369.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 389.

⁵⁰ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2011, p.369. Continua o autor: “podem as partes estipular que a execução da obra apenas possa ser feita pelo empreiteiro, dada sua especialidade e qualificação, o que a torna, excepcionalmente, *intuitu personae*”.

⁵¹PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 8 e BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.17. Este assinala a regra como sendo a obrigação indivisível e *intuitu personae*, a exemplo do que ocorre com a grande maioria das obrigações de fazer. No entanto, faz a seguinte ressalva: o art. 614 do Código Civil estabelece que 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

MIRANDA⁵² afirma que trata-se de questão de interpretação contratual: “*pode resultar de manifestação de vontade do empreitante, ou da natureza da obra, ou de qualidades do empreiteiro*”. Esse parece ser o melhor posicionamento, tendo em vista que é possível a contratação *intuitu personae*, porém, não é a regra, como se depreende do art. 629, do Código Civil⁵³.

Trata-se de um contrato oneroso, comutativo e consensual, de execução continuada, se for a preço fixo, ou de trato sucessivo, se a preço unitário⁵⁴. Entende-se que há diferentes modalidades de empreitada, classificada tanto no tocante às obrigações do empreiteiro, como também quanto às do dono da obra.

Iniciando-se pela classificação quanto às obrigações do empreiteiro. Sob esta ótica, o contrato de empreitada poderá ser apenas de labor, de projeto ou de labor e materiais. Ou seja, o empreiteiro poderá fornecer ou não os materiais necessários à conclusão da obra.

A empreitada de labor é aquela cuja única obrigação do empreiteiro é fazer a obra. Apesar da denominação, não deve ser confundida com o contrato de prestação de serviços, como já visto, porque o objeto permanece sendo a obra e não o trabalho sob o aspecto subjetivo, esforço físico, o serviço⁵⁵.

É possível ainda classificar o contrato em uma terceira modalidade: a empreitada de projeto. Nesta, o empreiteiro – o arquiteto ou engenheiro, nas obras civis – é responsável pela elaboração dos projetos que serão utilizados para

em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada”. Este dispositivo admite expressamente a divisibilidade da obrigação. E, quanto à natureza personalíssima, PAIVA excepciona, afirmando que deverá ser analisada de acordo com a obra a ser construída: “basta simplesmente que a obra a construir, pela sua natureza, seja de execução personalíssima; isto é, só possa ser executada pessoalmente pelo empreiteiro, sob pena de perder o valor se levada a efeito por outrem.” Em: PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.13.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 388.

⁵³ Art. 626. Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.

⁵⁴ As características da empreitada a preço fixo e da de preço unitário serão abordadas ao longo deste capítulo. Trata-se da classificação do contrato de empreitada feita considerando a obrigação do dono da obra de pagar o preço.

⁵⁵ BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 20.

realização de obra futura. Diferencia-se da empreitada de labor ou labor e materiais porque não será construída a obra, mas serão organizados todos os contratos prévios à construção. A obrigação de elaboração do projeto não implica a obrigação de executá-lo ou fiscalizar a sua execução, conforme previsto no § 2º do art. 610, do Código Civil⁵⁶. Na elaboração dos projetos, a projetista considera informações fornecidas pelo dono da obra, provenientes de pesquisas e consultas de cunho legal e regulatório, após os levantamentos, como as sondagens geológicas, as medições hidrológicas e os levantamentos topográficos⁵⁷.

O Projeto não é um elemento necessário à grande maioria das empreitadas. Porém, se houver, ele é parte do conteúdo contratual, devendo ser observado pelo empreiteiro que irá executar a obra. Podendo, inclusive, ser objeto de proteção pelo direito autoral de exploração, que deve ser respeitado seja pelo dono da obra como pelo empreiteiro⁵⁸. Por isso, há expresse abrigo contra modificações ao projeto elaborado por empreiteiro diferente do executor no Código Civil, art. 621⁵⁹.

Estas seriam as duas modalidades de contratos de empreitada em que há emprego de labor, porém não de materiais: empreitada de construção e empreitada de engenharia. A primeira corresponde à construção civil, com base em projetos básico e executivo fornecidos pelo dono da obra. A segunda tem como obrigações do empreiteiro a elaboração dos projetos básico, executivo, anteprojeto de engenharia, detalhamento⁶⁰, projeto “as built” (“como construído”), podendo ser contratados todos, alguns ou apenas um deles.

A empreitada de labor e materiais, também chamada “mista” envolve suprimento e construção. Aproxima-se muito do Contrato de Construção EPC, mas,

⁵⁶ § 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.

⁵⁷ MACHADO, Flávio R. Naval. “O Gerenciamento do Contrato de Construção Civil e a Cláusula Penal”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, pp. 69-82.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 395.

⁵⁹ Art. 621. 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.

⁶⁰ BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 19.

como se verá, com ele não deve se confundir. O §1º do art. 610⁶¹ estabelece que essa modalidade é facultativa e depende da expressão de vontade pelas partes. Já houve a discussão se o fato de serem fornecidos os materiais pelo empreiteiro não desnatura o Contrato de Empreitada, transformando-o em um contrato de compra e venda⁶². Hoje é pacífico que não, porque os materiais são entendidos parte da prestação, desempenhando papel semelhante às ferramentas e outros instrumentos de trabalho⁶³. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA⁶⁴:

O elemento dêsse contrato [compra e venda] é mínimo, pôsto que de certo modo atenua a tipicidade da empreitada. (...) Então, o empreiteiro tem de entregar os materiais, partes integrantes ou pertenças, como se fôsse vendedor, de modo que os defeitos do sujeito e os defeitos do objeto têm regime como ocorre na compra-e-venda. Em caso de pretensão do terceiro, os arts. 1.107-1.117 do Código Civil, sôbre evicção, são invocáveis. No tocante aos vícios do objeto, as regras jurídicas sôbre a compra-e-venda são tão regras jurídicas que incidem, salvo se a lei concebeu alguma regra jurídica especial (e.g. a do art. 1.238). O contrato de empreitada, com o fornecimento de materiais pelo empreiteiro, não é, nunca, contrato de compra-e-venda, porque a sua finalidade não é a de aquisição dos materiais, mas a fabricação, a atividade do empreiteiro ou de quem trabalhe para êle, a obra.

A diferenciação entre a empreitada de labor e mista é importante no que concerne a distribuição dos riscos. O Código Civil, nos arts. 611 e 612, estabelece que o empreiteiro responderá pelos riscos da obra, até sua entrega, se tiver colaborado também com materiais; do contrário, sendo apenas de labor, os riscos que não decorrerem de ato culposo do empreiteiro correm pelo dono da obra⁶⁵.

No entanto, em razão de seus conhecimentos técnicos, é entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶ que, ainda que o empreiteiro não

⁶¹ § 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

⁶² LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Direito Comercial: textos e pretextos**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 106. Também em: BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 16.

⁶³ BAPTISTA. "Contratos de Engenharia e Construção". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 16.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 385.

⁶⁵ Art. 611. Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos.

Art. 612. Se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono.

⁶⁶ BRASIL. STJ. 4ª Turma. REsp 8.410/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, j. em 23/10/1991, DJ em 09/12/1991. Ementa: EMPREITADA DE LAVOR. RESPONSABILIDADE DO ENGENHEIRO. DESABAMENTO DE PREDIO EM CONSTRUÇÃO. EMBORA SOMENTE CONCORRENDO COM O SERVIÇO, E RECEBENDO DO DONO DA OBRA OS MATERIAIS A SEREM EMPREGADOS, O

tenha fornecido os materiais, ele será responsável pelo perecimento da coisa, se não comunicar previamente o dono da obra sobre a qualidade (ou a falta de) dos materiais recebidos.

Além da obrigação de entrega da obra, com o fornecimento ou não dos materiais, conforme as partes estipularem, é obrigação principal do empreiteiro a entrega da obra no prazo acordado. Há circunstâncias que podem alterar o prazo, prorrogando-o. Há a possibilidade de prorrogação consensual, na ocorrência de caso fortuito ou força maior, como a ocorrência de chuvas imprevisíveis. Nestas situações, poderá o empreiteiro obter com o dono da obra o prazo supletivo ou mesmo requerer judicialmente⁶⁷.

A segunda classificação dos contratos de empreitada é aquela que considera as obrigações do dono da obra. A principal obrigação do dono da obra é o pagamento do preço. Esse pagamento poderá ser por um preço global, conforme inicialmente acordado; ou por um preço unitário (também chamado preço de custo), de acordo com as medições daquilo que já foi construído. Encontra-se também uma classificação quanto à fiscalização da obra pelo dono da obra, podendo ser uma empreitada por administração ou uma empreitada por tarefa. Começaremos por esta última subdivisão.

É possível às partes adotarem a empreitada por administração. Neste caso, o dono da obra é responsável por gerir a obra, acompanhando o cumprimento de cada etapa do processo. Em casos de empreitada por administração, a garantia pela segurança e perfeição da obra permanece sendo de responsabilidade do empreiteiro, que será mero executante de etapas, fases ou pedaços. A peculiaridade desta modalidade é a maneira de retribuição do empreiteiro ou o pagamento pela

ENGENHEIRO CONTRATADO PARA ELABORAR O PROJETO E FISCALIZAR A CONSTRUÇÃO E CIVILMENTE RESPONSÁVEL PELO EVENTO DANOSO, POIS ERA DE SEU DEVER EXAMINAR OS MATERIAIS EMPREGADOS, TAIS COMO OS TIJOLOS, E RECUSA-LOS SE FRÁGEIS OU DEFEITUOSOS. ARTIGOS 159 DO CODIGO CIVIL, INVOCADO NA INICIAL, E 1.245 DO MESMO CODIGO. A OCORRENCIA DE CHUVAS EXCESSIVAS, MAXIME NA REGIÃO DA SERRA DO MAR, NÃO CONSTITUI FATO DA NATUREZA IMPREVISIVEL AOS CONSTRUTORES DE EDIFICIOS. DIVERGENCIA PRETORIANA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. Também: BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp 3.198/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 29/10/1990, DJ em 19/11/1990.

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 400.

obra, uma vez que o preço é determinado, após a sua conclusão, pela avaliação dos materiais e da mão-de-obra incorporados⁶⁸. Ela se aplica, comumente a, por exemplo, fundações, concretagem, revestimentos, hidráulica, eletricidade⁶⁹. Cabe aqui uma fiscalização severa do custo da obra, porque a intenção do empreiteiro será sempre majorá-lo, mediante maior dispêndio de material e mão-de-obra, aumentando, assim, sua retribuição⁷⁰.

Há, também, a empreitada por tarefa, que é, na verdade, uma modalidade da empreitada por administração, geralmente utilizada na execução de pequenos trabalhos. Os tarefairos são pequenos empreiteiros, pessoas físicas normalmente, que executam seu trabalho, apesar da inexistência de um laço de subordinação direta entre eles e o dono da obra⁷¹.

Em relação à forma de pagamento pelo dono da obra e tempo para cumprimento de sua obrigação, a empreitada pode ser a preço fixo e global ou a preço unitário (por medida).

A empreitada a preço fixo ou global é aquela cujo valor da obra é fixado anteriormente, no momento da conclusão do contrato, em quantia certa e invariável, não alterada em razão do aumento ou diminuição do valor dos materiais e da mão-de-obra empregada, ou qualquer outro motivo que poderia vir a alterar o valor da obra. Essa modalidade é chamada pelos franceses de *le marché à prix fait* ou *à forfait*⁷². A empreitada a preço fixo possui três elementos que a definem: a existência de um plano de obras fornecido pelo dono da obra ao empreiteiro, de maneira que este possa determinar o valor fixo e total da obra; a invariabilidade do preço; e o risco do empreiteiro de sofrer prejuízo em razão da alteração dos valores dos insumos⁷³.

⁶⁸ BAPTISTA. "Contratos de Engenharia e Construção". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 20-21; e PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22-23.

⁶⁹ BAPTISTA. "Contratos de Engenharia e Construção". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 21.

⁷⁰ PAIVA, *Ob. Cit.*, p.23.

⁷¹ PAIVA, *Ob. Cit.*, p.23.

⁷² PAIVA, *Ob. Cit.*, p.19.

⁷³ PAIVA, *Ob. Cit.*, p.20.

Apesar da vantagem para o dono da obra, de proteger-se das oscilações de mercado, alerta PAIVA⁷⁴:

“Enumera-se como principal vantagem da empreitada a preço fixo a proteção que assegura ao dono da obra, colocando-o a salvo das oscilações do mercado da mão-de-obra e dos materiais; todavia, não se poderá esquecer, por outro lado, que tal modalidade oferece o inconveniente de favorecer e estimular a má execução da obra contratada, dado o interesse que anima o empreiteiro de ver reduzido seu custo e, conseqüentemente, aumentado seu lucro, empregando material de qualidade inferior ou quantidade insuficiente, ou sacrificando, por outro lado, a perfeição da mão de obra.”

Para fixação do preço nesta modalidade, assim, o empreiteiro busca o resultado econômico favorável, operando dentro do risco calculado, ou seja, usando seu conhecimento acerca das oscilações do mercado para proteger-se dos riscos. Assim, ele somente aceitará obrigar-se por uma obra a preço fixo quando a contraprestação for suficiente para execução da obra, satisfatória economicamente⁷⁵ e segura quanto aos riscos de aumento no valor dos insumos e mão-de-obra. O dono da obra, por sua vez, em razão de sua falta de conhecimento especializado, usa o preço fixo para se proteger de aumentos inesperados no custo da obra⁷⁶.

Na empreitada a preço fixo, os preços podem variar em decorrência de modificações no projeto feitas sob instruções escritas do dono da obra. Neste caso, há a possibilidade de revisão do preço. O art. 619 do Código prevê a possibilidade de alterações realizadas mediante autorização ou requerimento escrito do dono da obra. O seu parágrafo único, no entanto, admite a modificação tácita: 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.

Essa previsão não é senão uma decorrência do Princípio da Boa-fé Objetiva como baliza do comportamento, previsto no art. 187⁷⁷ do Código Civil, que coíbe o comportamento contraditório. Neste caso, o que o Código visa evitar é o

⁷⁴ PAIVA, *Ob. Cit.*, p.20.

⁷⁵ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p.18.

⁷⁶ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p.18.

⁷⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

comportamento contraditório do dono da obra que, sabendo das alterações na obra ou no projeto e delas se locupletando, nunca se manifesta contrariamente, de maneira a criar no empreiteiro a confiança de ter aceito tais modificações; porém, no momento do pagamento, nega-se a realizá-lo, frustrando uma expectativa legítima da outra parte.

Também direcionado à empreitada de preço global, o art. 620 do Código Civil estabelece a possibilidade de redução do valor da prestação do dono da obra, se sobrevierem alterações que impactem o preço em proporção superior a dez por cento para menos. Neste caso, o preço deverá ser diminuído. Isso só se aplica à modalidade de preço global, porque no preço por medida, essa redução sempre acontecerá, uma vez que a aferição do preço só é feita no momento do pagamento, independente de margem⁷⁸.

A empreitada a preço fixo não sofre reajustamento, independente das variações dos custos, mas o preço pode ser revisto em razão de excessiva onerosidade superveniente⁷⁹.

Outra forma de empreitada de acordo com o preço e tempo do pagamento é a empreitada a preço unitário. Trata-se daquela cujo preço é determinado por medida ou por unidade da obra realizada⁸⁰. É proporcional à quantidade ou etapas da obra entregues ou concluídas e medidas. O preço é determinado ou determinável, embora não seja fixo, e é dividido no tempo, vinculado a certos objetivos ou etapas estabelecidas contratualmente⁸¹. O inconveniente deste tipo, para o dono da obra, é a imprevisão quanto ao valor da obra ao início. Neste caso, o dono da obra receberá as partes da obra na medida em que ficarem prontas e forem sendo verificadas.

Presumem-se aceitas e verificadas, de acordo com o Código Civil, quando houver pagamento:

⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Contratos de Construção do Poder Público". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 51.

⁷⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 374.

⁸⁰ PAIVA, *Ob. Cit.*, p. 21.

⁸¹ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 22.

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.

A presunção prevista no Código Civil, porém, é relativa, admitindo-se que o dono da obra prove que pagou mais do que o medido ou o verificado. Dessa sorte, o dono da obra, ou o responsável pela fiscalização, terá trinta dias para denunciar ao empreiteiro a existência de defeitos ou vícios na obra, após o pagamento da parte correspondente. Após os trinta dias, decai o direito de rejeição e a presunção do art. 614 se tornará absoluta⁸². Entende-se que o dono da obra não poderá recusar-se ao pagamento do saldo devido, se não comprovar que ao tempo que recebeu a obra, devidamente protestou ou fez a ressalva⁸³.

Nesse tipo de fixação do preço, o dono da obra assume os riscos dos imprevistos de cada etapa. Assim, para mitigar a ocorrência de surpresas ao longo da execução da obra, as partes podem estabelecer prêmios ou sanções vinculadas a economias e cumprimento de prazos pelo empreiteiro⁸⁴. Em contrapartida, a vantagem do dono da obra é de poder modificar o projeto à medida que este se desenvolve ou alterar a quantidade dos trabalhos a serem feitos, segundo critérios próprios⁸⁵.

Por fim, o contrato de empreitada deverá conter, salvo as disposições cogentes⁸⁶: a) definição da obra a ser executada pelo empreiteiro; b) o tipo de empreitada, se será apenas de labor ou se os materiais são adquiridos pelo empreiteiro; c) o preço e as condições de pagamento, além dos critérios de reajustamento, se houver; d) os prazos de execução da obra e de sua entrega; e) o recebimento pelo dono; f) as garantias oferecidas pelo empreiteiro, se houver; g) os

⁸² LOBO, *Ob. Cit.*, p. 373-374.

⁸³ LOBO, *Ob. Cit.*, p. 376.

⁸⁴ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 21.

⁸⁵ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, pp.21-23.

⁸⁶ LOBO, *Ob. Cit.*, p. 370.

direitos e deveres das partes; h) as penalidades pelo inadimplemento; i) os casos de resolução; j) foro do contrato.

Podemos afirmar que o Contrato EPC é formado tanto pelo Contrato de Empreitada de Projeto, como de Contrato de Empreitada mista a preço fixo. De fato, o regime adotado pelos contratantes que optam pela modalidade EPC é de um preço invariável, a fim de garantir maior segurança aos investidores e demais partes do Contrato. Em relação à empreitada, poderá conter, no Contrato EPC, cláusula que preveja a importância do prazo, do preço fixo e da responsabilidade do empreiteiro quanto à integralidade da obra⁸⁷.

2.3 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O Código Civil estabelece, no art. 594, que toda espécie de serviço ou trabalho, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição. Trata-se do Contrato de Prestação de Serviços, firmado entre quem presta serviço a outrem (prestador ou locador de serviços) e quem contrata serviço de outrem (recebedor ou locatário de serviços)⁸⁸. Cumpre, tendo em vista os termos amplos empregados na definição do Código, diferenciá-lo dos contratos de serviços que não são objeto do tipo Prestação de Serviços.

São considerados serviços para fins do tipo em análise, por exemplo, o conserto, a limpeza, a vigilância, o transporte, e miríades infindáveis de trabalhos não assalariados. Outro amplo campo é o dos profissionais liberais, exercendo suas profissões individualmente ou em sociedades.

No Código anterior, eram unificados os contratos de prestação de serviços (em sentido amplo), de maneira a estarem incluídos os contratos de locação de

⁸⁷ Exemplo de Cláusula que poderá ser inserida em um Contrato EPC: CLÁUSULA OITAVA – ÂMBITO DA EMPREITADA 8.1 Obriga-se a Contratada, sem quaisquer encargos adicionais, executar, mesmo no caso em que não haja nenhuma indicação expressa nesse sentido, tudo o que for necessário para a realização completa das obras e demais serviços relativos ao cumprimento deste instrumento, seguindo as normas e procedimentos técnicos da construção civil e segurança do trabalho, aí se incluindo, igualmente, todos os trabalhos preparatórios ou acessórios necessários à execução dos trabalhos de empreitada, incluindo os trabalhos de implantação da obra.

⁸⁸ Nomenclatura conforme entendimento de PONTES DE MIRANDA, em **Tratado de Direito Privado**, Tomo XLVII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1964, p. 23.

serviços, contratos de trabalho, de emprego privado e serviço doméstico e os contratos de simples prestação de serviços, nestes estavam inseridos também os contratos de empreitada⁸⁹.

Mencionou-se, anteriormente, a importância do resultado na Empreitada, de modo que a obra, resultado do serviço, é elemento essencial deste tipo, não bastando o serviço, no sentido de labor, esforço físico ou intelectual, em si mesmo. Esta é, segundo a doutrina, um dos principais (quicá o mais importante) critérios de diferenciação entre estes dois tipos contratuais⁹⁰. Segundo PONTES DE MIRANDA⁹¹, o conteúdo do Contrato de Prestação de Serviços é a atividade como tal, dirigida a determinado resultado; por outro lado, contudo, na empreitada, o empreiteiro se vincula a prestar determinado resultado. Ele exemplifica, afirmando que *“mesmo se o locador de serviços ou trabalhador, que tem a incumbência de determinada obra, não loca o resultado, a obra; loca a atividade, que se destina ao resultado, à obra”*.

A própria remuneração, nesse sentido, é contabilizada de forma distinta: na empreitada, a remuneração é estabelecida considerando a obra a ser construída; no contrato de locação de serviços, o tempo é elemento de toda a relevância⁹², mas também devem ser considerados outros critério, como a atividade técnica, a reputação profissional, os recursos do cliente, a importância do serviço⁹³. No caso da locação de serviços, a remuneração é devida ainda que o resultado esperado não seja alcançado, porque se tem em mira, de fato, o resultado a produzir imediatamente em virtude da atividade, eis que se trata de obrigação de meio⁹⁴.

O Contrato de Prestação de Serviços é bilateral, duradouro, constituindo para o contratado uma obrigação de meio (ainda que direcionada a um resultado), mediante determinada quantia – oneroso, portanto. Como regra geral, trata-se de

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 290.

⁹⁰ MARQUES NETO, *Ob. Cit.*, p. 48-49. Também em: BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 25.

⁹¹ **Tratado de Direito Privado**, Tomo XLVII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1964, p. 9. Em consonância GOMES, *Ob. Cit.*, p. 292, segundo quem, as relações que não configuram empreitada são aquelas nas quais a atividade não consiste na relação realização de obra propriamente dita.

⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo XLVII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1964, p. 10.

⁹³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 293.

⁹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 292.

contratos personalíssimos⁹⁵, com autonomia do prestador⁹⁶, ou seja, sem subordinação hierárquica em relação ao locatário⁹⁷.

Este último é o grande diferenciador da prestação de serviços do contrato de trabalho, no qual se estabelece uma relação de dependência: na prestação de serviços, “*a parte que presta o serviço estipulado não o executa sob a direção de quem se obriga a remunerá-lo, e utiliza os métodos que julgar convenientes, exercendo sua atividade profissional com liberdade*”⁹⁸. Alerta PONTES DE MIRANDA⁹⁹, porém, que este não sempre transforma o contrato de prestação de serviços em contrato de trabalho, nem mesmo o contrário. Eis que há também outros elementos a serem considerados, de acordo com as especificações de legislação específica, em especial a continuidade (ou não eventualidade) do serviço prestado pelo empregado¹⁰⁰.

Na locação de serviços, a atividade pode ser física ou intelectual, necessitando ou não de conhecimentos especiais e independente se estão subordinados à vontade e indicações do dono do serviço.

O art. 598 do Código Civil estabelece o prazo máximo de quatro anos de vigência do contrato de prestação de serviços. A *ratio* de tal previsão é a contrariedade do ordenamento à restrição excessiva pela liberdade individual. Seria uma espécie de proteção ao locador de serviços¹⁰¹, à utilidade de todos: se o prazo expira, a prorrogação apenas será possível com a expressão de vontade de ambos os contraentes.

⁹⁵ Segundo BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 25, também diferencia a prestação de serviços da empreitada o fato de que nesta é possível a abrangência de serviços próprios e de terceiros, podendo-se determinar a celebração de contratos de prestação de serviços vinculados ou ancilares a serem fornecidos por terceiros.

⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LXVII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, p. 12.

⁹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 292.

⁹⁸ Também afirma ser a independência econômica dos que exercem profissão em regime de cliente que, ao lado da natureza da atividade profissional, possibilita a autonomia técnica na execução do trabalho. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 293).

⁹⁹ **Tratado de Direito Privado**. Tomo LXVII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, p. 13.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 290-291.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LXVII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, p. 29-30.

O prestador de serviços responde por culpa, inclusive se se incumbir de serviço para que não esteja apto ou não tenha habilitação. No entanto, se o prestador estiver impedido momentaneamente de prestar seus serviços, sem culpa sua, e o tempo de atraso não for excessivo, o outorgado dos serviços tem de pagar o total da remuneração. De acordo com PONTES DE MIRANDA¹⁰², *“a lei brasileira não tem regra jurídica escrita, de modo que se há de apreciar a relatividade do tempo ou razoabilidade de máximo conforme os usos”*.

Segundo o jurista, os pressupostos para recebimento da remuneração, sem que tenha havido serviço por determinado período de tempo, salvo disposição em contrário, são: a) o impedimento deverá se dar na pessoa do prestador de serviços, ou por caso fortuito ou força maior; b) período curto de tempo; e c) ausência de culpa do prestador, sem que a culpa consista em infração do contrato.

É possível ao credor, ainda, a “despedida” com ou sem justa causa. Despedida, nesse sentido, deve ser entendida como denúncia, que poderá ser cheia ou vazia. São hipóteses de despedida, por exemplo, a negativa pelo credor dos serviços quando a existência ou permanência da relação jurídica contratual e a não aceitação do serviço prestado por inconformidade com o contratado.

Nas hipóteses de denúncia, ocorrida em prestação de serviços por tempo determinado ou destinada a determinado resultado, deverá o credor do serviço remunerar o prestador por inteiro a retribuição vencida; responderá o locador, contudo, por perdas e danos, conforme previsão do art. 602, parágrafo único do Código Civil. A denúncia vazia em contrato por tempo indeterminado poderá ser praticada por qualquer dos figurantes. Por fim, o Contrato de serviços também poderá extinguir-se por expiração temporal, por cumprimento do resultado ou morte do prestador de serviços.

No Contrato EPC, podem estar previstos determinados serviços a serem prestados pelo epecista ou, ainda, a subcontratação pelo epecista de empresas que prestam serviços. Como serviços prestados diretamente pelo epecista podemos

¹⁰² **Tratado de Direito Privado.** Tomo LXVII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, p. 52.

considerar o serviço de terraplanagem, a execução de laudos periciais e fotográfico do terreno e dos imóveis circunvizinhos. São exemplos de serviços contratados diretamente pelo empreiteiro, como tomador, a contratação de empresas que fornecem e implantam materiais, equipamentos, instalações elétricas, hidráulicas, de combate à incêndio e dos contratos para retirada e tratamento de resíduos industriais do canteiro das obras. Outrossim, a contratação de instalação de sistema de condicionamento de ar, automação e som.

Observa-se que podem também estar previstos no Contrato EPC serviços contratados pelo próprio dono da obra com uma prestadora terceira, diferente da pessoa do epecista, como os contratos para administração técnica da empreitada, instauração de *dispute boards* ou para medição e testes da obra.

2.4 CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E SECURITIZAÇÃO

O pagamento para construção de grandes obras, por estas envolverem alto risco, não é, na grande maioria dos casos, suportado apenas pelo construtor. São utilizados, notadamente, estruturas de securitização dos passivos e financiamento de projetos, ou seja, o preço do empreendimento é convertido em títulos comercializáveis no mercado de capitais, de maneira a permitir que investidores, instituições financeiras, patrocinadores, e outros participantes desta cadeia assumam determinados e bem calculados riscos da obra.

A securitização designa a forma de captação de recursos por uma sociedade chamada “originadora”. Essa captação, se dá mediante a cessão ou venda de direito de crédito a um terceiro, como uma sociedade de propósito específico (SPE “securitizadora”)¹⁰³. Essa SPE poderá emitir valores mobiliários (debêntures, certificados de recebíveis) lastreados por esses créditos adquiridos, utilizando o valor da emissão para fazer frente ao preço devido pela aquisição dos referidos direitos. É uma operação que se aproxima dos financiamentos de projetos, na medida em que ambos permitem a captação de recursos sem endividamento

¹⁰³ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.

adicional da sociedade originadora. Envolvem financiamento focado nos ativos e não na sociedade¹⁰⁴.

O financiamento de projetos é uma espécie de mútuo mercantil¹⁰⁵, que se poderia entender previsto no Art. 591 do Código Civil. No entanto, segundo LOPES¹⁰⁶, diferente do antigo diploma civil, “a distinção entre mútuo civil e mútuo mercantil caiu por terra com o Código Civil de 2002, que revogou as disposições do Código Comercial pertinentes a essa matéria”. Assim, hoje o mútuo mercantil é regulado pelos artigos do Contrato de Mútuo (arts. 586-592). Diz-se que o financiamento é um mútuo de escopo¹⁰⁷, ou seja, com uma finalidade previamente acordada e mediante uma garantia prestada pelo mutuário.

Em razão dessa finalidade, o contrato de financiamento vem normalmente conjugado com outros contratos, como o de aquisição de um bem, por meio do qual se assegura a destinação dos recursos¹⁰⁸. Por exemplo, a operação de alienação fiduciária em garantia, em que um bem móvel é adquirido por meio de um financiamento e o próprio bem servirá como garantia para a instituição financeira.

O financiamento de projetos é o instrumento para financiar um empreendimento. É utilizado pelas grandes empresas quando, em geral, os recursos são escassos e não é possível a construtora ou empreendedora arcar com todos os investimentos sozinha. A sociedade que cria a idéia de desenvolver uma obra é chamada de patrocinadora do projeto¹⁰⁹. Para compartilhar os riscos, outras sociedades empresárias podem ser chamadas a atuar como co-patrocinadoras. Quando o projeto é de maior porte, as patrocinadoras não têm interesse de utilizar

¹⁰⁴ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p.69.

¹⁰⁵ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p.9.

¹⁰⁶ LOPES, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**: Parte Especial: das várias espécies dos contratos, Vol. 7 (arts. 565 a 652). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140.

¹⁰⁷ ANNESI, Máximo. “Finanziamento” in **Enciclopedia Del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1958, v. 17, p. 605.

¹⁰⁸ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p.11.

¹⁰⁹ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17

capital próprio, por isso, se utilizam do mútuo mercantil¹¹⁰. Porém, neste caso, a garantia seria todo o patrimônio de cada uma das patrocinadoras.

Para evitar que respondam com o seu patrimônio no futuro, as patrocinadoras formam uma sociedade de propósito específico, a fim de explorar o empreendimento idealizado. As patrocinadoras provêm recursos a esta sociedade, por meio de integralização de capital e esta sociedade, sem passado, que solicita o financiamento aos agentes financeiros¹¹¹.

Como não é possível basear-se no histórico da empresa para conceder ou não o crédito, a decisão da instituição financeira sobre conceder ou não o crédito baseia-se na perspectiva de sucesso da obra. Assim, sua concessão envolve um grau de confiança mínimo quanto à capacidade de gerar lucros suficientes para manter-se em operação e pagar o financiamento. A garantia do crédito, com base no fluxo de caixa, é uma contribuição do sistema financeiro brasileiro, a fim de separar os resultados obtidos pelo empreendimento dos investimentos em outras obras, para que não haja “contaminação pelo passado”¹¹².

Essa estrutura não é simples, demanda um complexo de contratos que será aqui muito brevemente aventado. A estrutura do *Project Finance* é suportada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, sendo os ativos de tal projeto a garantia do financiamento¹¹³. É chamado, nesse sentido, de *non-recourse*, porque é financiado e garantido pelo caixa do próprio projeto e não por meio dos ativos dos proprietários¹¹⁴.

Segundo informações coletadas no Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES), para que seja possível essa modalidade de financiamento, alguns

¹¹⁰ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18

¹¹¹ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

¹¹² BONOMI, Cláudio Augusto. MALVESSI, Oscar. **Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

¹¹³ Banco Nacional do Desenvolvimento. **BNDES Project Finance**. 2014. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/Project_Finance/>. Acesso em: 19 nov. 2014.

¹¹⁴ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluzza Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, pp. 60-61.

requisitos são necessários, como já comentados, entre outros: a) criação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), constituída para separar os fluxos de caixa, patrimônio e riscos da obra, das demais operações da construtora; b) os fluxos de caixa do projeto devem ser suficientes para saldar os financiamentos; e c) vinculação das receitas aos financiadores.

A necessária confiança de que o contrato seja bem-sucedido, pressupõe a alocação eficiente dos riscos associados ao empreendimento, “*de forma que, tanto quanto possível, certos riscos sejam transferidos da sociedade de propósito específico (e conseqüentemente dos agentes financeiros que concederão crédito a ela) para terceiros que possam melhor absorvê-los*”¹¹⁵.

O risco de falta ou aumento dos insumos e de construção da obra pode ser mitigado mediante a celebração do Contrato EPC. Essa estrutura se presta a segmentar e compartimentar o risco de um empreendimento, oportunizando a cada investidor que escolha o risco que irá assumir, recebendo o retorno proporcional a ele. Assim, além do Contrato EPC, é também firmada uma gama de contratos de seguros para proteger a SPE. Sem contar eventuais finanças, garantias reais, etc.

Essa estruturação contratual de *Project Finance* segmenta os padrões de risco de um empreendimento entre os participantes, por isso é tão relevante considerar se os riscos do projeto e da obra estão apropriadamente identificados e mensurados, para que possam ser mitigados ou conscientemente assumidos por algum participante do empreendimento. Ademais, deve-se verificar se a remuneração de cada participante é compatível com os riscos assumidos e a expectativa da parte em relação à obra¹¹⁶.

Para que estas questões sejam, com razoável precisão, sanadas, a estrutura contratual adotada deve ter considerado os riscos de engenharia e tecnologia, os seus custos, as exigências dos órgãos e agências de fiscalização e distribuído a responsabilidade entre os contratantes, a previsibilidade das receitas e a sua

¹¹⁵ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p.20.

¹¹⁶ BONOMI, Cláudio Augusto. MALVESSI, Oscar. **Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

administração e as estruturas legais mais adequadas para suportar a legítima expectativa dos investidores¹¹⁷.

Como se percebe, exige-se um arcabouço a ser firmado a partir de uma obra que garanta alto nível de segurança, com riscos muito bem mitigados e alocados. Essa estrutura requer um contrato de construção o mais seguro possível, distribuindo riscos e responsabilidades de maneira clara e tendente à exaustão. Por isso, além de contratos adicionais – como de empréstimo, de garantia das ações e outros títulos emitidos, de seguros, entre outros¹¹⁸ –, um arranjo como o previsto no Contrato EPC¹¹⁹ é muito bem aceito neste caso: há previsão de um preço global, pago pelo dono da obra em troca da engenharia (elaboração dos projetos e estudos prévios à obra), subcontratações, pelo epecista, de empreiteiras e prestadores de serviços pela obra em si, com a construção e o fornecimento de todos os materiais necessários. Tudo por um prazo certo, conforme cronograma de obras.

O método de *Turnkey Lump Sum*¹²⁰ é o preferido dos financiadores, pois há uma previsão desde o início sobre os gastos totais e dos riscos. No entanto, é necessário obter informação suficiente para o epecista realizar uma oferta e isso pode tomar algum custo e tempo iniciais¹²¹.

¹¹⁷BONOMI, Cláudio Augusto. MALVESSI, Oscar. **Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

¹¹⁸BONOMI, Cláudio Augusto. MALVESSI, Oscar. **Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 56-57.

¹¹⁹ Os principais elementos do Contrato de Construção são fixados de forma interdependente: (i) escopo ou objeto da construção; (ii) cronograma contratual, com prazos de entrega e de pagamento; e (iii) preço da obra, calculada a partir de quantidades e preços unitários. Assim explicita MACHADO, Flávio R. Naval. “O Gerenciamento do Contrato de Construção Civil e a Cláusula Penal”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Aleida (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, pp. 69-82.

¹²⁰ *Turnkey* é uma modalidade de EPC, no qual a contratada deve executar a obra global e entregar uma obra complexa pronta para operar (BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 40), bastando “ligar a chave” (“*turn the key*”). *Lump Sum* é a nomenclatura americana para o que chamamos de preço global. Sobre a importância do preço global para os financiadores: “Do ponto de vista da proprietária, e dos financiadores do projeto, a forma de contratação de Preço Global é a ideal, já que requer um mínimo de provisões para eventuais variações e reivindicações. A quantidade a ser gasta é definida com antecedência e dá à contratada o maior incentivo para completar o trabalho no prazo e reduz a um mínimo os custos de administração do contrato. Esses benefícios, porém, só podem ser obtidos se a contratada apresentou uma proposta realista.” Em: GÓMEZ, Luis Alberto *et alii*. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 32.

¹²¹ GÓMEZ, Luis Alberto *et alii*. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 31.

Assim, uma vez conhecidos os Contratos com os quais o Contrato EPC pode ser formado, estamos aptos a verificar a ocorrência ou não dos tipos, e qualificá-lo como contrato típico ou atípico, segundo índices de qualificação, em especial da causa ou função econômico-social do contrato e o seu objeto.

3 CONTRATO DE CONSTRUÇÃO EPC COMO CONTRATO ATÍPICO MISTO

Após a análise de tipos legais e sociais (ainda que complexos), estamos aptos, na medida do possível, a verificar se o Contrato EPC abrange elementos de todos eles, que o transformam em um contrato único e diverso, ou se, ainda que influenciado ou com obrigações acessórias, seus principais elementos são correspondentes ao do contrato de empreitada, cumprindo, também, a mesma função econômico-social.

Importante que se atente, nesta análise, ao todo, a rede em sua integralidade¹²², para que seja possível entendê-lo, isto é, compreender sua racionalidade e sua funcionalidade econômico-social¹²³. Sob esse ângulo, na nossa visão, o Contrato de Construção EPC é um contrato socialmente típico¹²⁴, apesar de legalmente atípico. Possui elementos do contrato de empreitada mista e da empreitada de projeto e ainda, integra uma cadeia de financiamento e securitização.

Apesar de apresentar, também, semelhanças com o contrato de prestação de serviços, não são elas capazes de enquadrá-lo nessa espécie. Porém, em relação aos Contratos de Financiamento e Securitização, há um importante aspecto a ser considerado: a função econômico-social de toda a estrutura.

3.1 ATIPICIDADE E QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO EPC

O Contrato de Construção EPC é contrato de Engenharia (*Engineering*), Administração de Subcontratações¹²⁵ (*Procurement*) e Construção (*Construction*),

¹²² Compreendido como um sistema estrutural possuído de uma racionalidade dotada de sentido. Em: COMIRAN, *Ob. Cit.*, p. 94.

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e Inadimplemento. *In: EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 2002*, Rio de Janeiro. **Anais...** . Rio de Janeiro: Emerj, 2003. p. 95 - 113.

¹²⁴ A tipicidade social, conforme já mencionado, cujo conceito tem origem na doutrina bettiana, cumpre o papel de limitar e endereçar a autonomia privada, atuando mediante “a utilização de avaliações econômicas e éticas da consciência social”. Em: BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A causa do Contrato”. *In: MELGARÉ, Plínio (org.). O Direito das Obrigações na Contemporaneidade*. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. pp. 331-350. É dizer que a tipicidade social estabelece padrões, cujos interesses ou finalidades já são reconhecidos socialmente, não havendo violação, como analisar-se-á adiante, da *função social dos contratos*.

¹²⁵ Não nos parece a única tradução para *Procurement*, haja vista que a obrigação não é apenas Administração de Subcontratações, mas também contratação das subcontratadas, empreiteiras ou

cujo escopo é a implantação de um empreendimento, desde o projeto básico até o empreendimento pronto¹²⁶, firmado em caráter comutativo, sinalagmático, consensual e de execução continuada. Por vezes, na maioria delas diga-se, envolve partes diferentes, relacionadas pela participação numa mesma obra ou por financiamento comum¹²⁷.

Considerando essas características, BAPTISTA entende que, sob esse prisma econômico, o contrato visa a adquirir uma obra, feita por alguém, mediante retribuição. Assim, conclui ser “*apenas uma designação em inglês do que para nós é uma empreitada*”¹²⁸. A única diferença vista por ele entre a configuração das obrigações das partes no Contrato EPC, como utilizado nos países de *Common Law* e no Brasil, concerne a obrigação do epecista de compra dos materiais: no primeiro caso, o empreiteiro atuaria como *agent*, realizando as transações em nome do dono da obra; diferente do que ocorre em nosso direito, uma vez que o empreiteiro faz compras por contra própria, para cumprir a sua obrigação¹²⁹.

Discorda-se, com todo o respeito, deste posicionamento. A começar pelo fato de que não é apenas uma obra em troca do preço, trata-se, também, de projetos para a elaboração da obra em troca do preço. Portanto, conjugam-se, em um único contrato, obrigações de uma empreitada mista e de empreitada de projeto, conforme descritas no item 2.2, acima.

Quando um contrato é basicamente de um tipo, mas contém elemento característico de outro tipo contratual, diz-se que se trata de um contrato atípico misto¹³⁰. Não é apenas uma combinação de obrigações de diferentes tipos, mas a

prestadoras de serviços, que projetam, fornecem e instalam microsistemas da obra, como a refrigeração de ar, automação e som ou fornecem e instalam máquinas, além do fornecimento e suprimento de materiais e equipamentos.

¹²⁶ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 19. Para alguns trata-se, por assim dizer, de uma empreitada integral (contraposta à empreitada parcial): “quando se contrata a obra em sua integralidade, compreendendo todas as etapas, serviços e instalações necessários, sob inteira responsabilidade do empreiteiro até a sua entrega ao dono em condições satisfatórias, com as características adequadas às finalidades para que foi contratada. Em: LOBO, p.371

¹²⁷ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 13.

¹²⁸ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 40.

¹²⁹ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 40.

¹³⁰ COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre a autonomia privada e o tipo. 2007.

169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 62.

prestação unitária de uma das partes é totalmente pertencente a dois ou mais tipos não excludentes reciprocamente¹³¹. No caso do Contrato EPC, ressalta-se, sem exclusão de uma delas, a obrigação do epecista, não apenas de fazer a obra, com o fornecimento de materiais, é também e tão relevante quanto, elaborar todos os projetos para a execução. Isso o enquadra exatamente na situação de um contrato atípico misto.

Mais do que isso, porém, pode-se dizer que o Contrato de Construção EPC, por envolver, na grande maioria dos casos, uma obra de grande porte (em verdade, ele surgiu na prática como um arranjo para esse escopo), acarreta a contratação subjacente de um complexo de financiamento de projeto. Assim, a finalidade de referido esquema é cumprir com as expectativas de lucro dos investidores e das instituições financiadoras sobre sua remuneração. Para isso é preciso ser o empreendimento, porque de elevado custo, executado conforme o cronograma e, ainda, mantendo-se o preço inicialmente estipulado.

Essa estrutura, em verdade, exige que o Contrato para construção da obra seja o mais seguro possível, em relação ao preço e ao tempo de sua execução. A conclusão de um contrato que preveja, à mesma parte, a obrigação de realizar todo empreendimento, desde os seus projetos até os testes finais, incluindo as contratações que possam ser necessárias nesse ínterim, fornecimento e montagem de máquinas e equipamentos, sistemas internos e, ainda, por preço determinado e tempo pré-estabelecido¹³², é medida que se impõe. Por isso, diz-se que a finalidade buscada pelas partes ao concluir um Contrato EPC, nessas circunstâncias, não estará tão voltada à simples realização de uma obra (se fosse, firmaria um contrato de empreitada), mas à segurança que sua estrutura gera aos investidores, ao empreendedor, às instituições financeiras e aos demais envolvidos no processo de financiamento do empreendimento.

¹³¹ COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre a autonomia privada e o tipo. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 62.

¹³² MACHADO, Flávio R. Naval. "O Gerenciamento do Contrato de Construção Civil e a Cláusula Penal." In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 70.

Dessa sorte, o contrato firmado com aproveitamento de elementos de operações econômicas já conhecidas, assume novas funções, mediante as modificações realizadas e respondendo a necessidades práticas. É tema a ser considerado para a análise a finalidade concreta do novo negócio estabelecido, para, então, em vista da realidade circundante, seja admissível a determinação da tipicidade do contrato, social ou legal¹³³.

Os artigos 421¹³⁴ e 425¹³⁵ do Código Civil, ao admitir os contratos atípicos, estabelecem a necessidade de que estes observem as suas normas gerais¹³⁶ (art. 425) e sejam concluídos “*em razão e nos limites da função social do contrato*” (art. 421). Esta última disposição diz respeito à obrigatoriedade de o negócio jurídico represente, além do interesse individual de cada uma das partes, o interesse social e geral¹³⁷. Essa análise faz deferência à função do negócio em tese, justificação normativa do ato, a fim de desvendar sua natureza jurídica. Trata-se da análise da causa¹³⁸ em abstrato, como elemento de qualificação e diferenciação dos tipos negociais¹³⁹.

¹³³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. “Build to Suit: qualificação e consequências.” In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, pp. 101-122.

¹³⁴ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹³⁵ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

¹³⁶ Ressalta-se, neste caso, a necessidade de se observarem as normas gerais fixadas no Código, dentre as quais se pode lembrar a regra prevista no art. 187, referente ao abuso do direito, aí incluído, pois, o abuso da liberdade contratual. Em: BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A causa do Contrato”. In: MELGARÉ, Plínio (org.). **O Direito das Obrigações na Contemporaneidade**. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. pp. 331-350.

¹³⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A causa do Contrato”. In: MELGARÉ, Plínio (org.). **O Direito das Obrigações na Contemporaneidade**. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. pp. 331-350.

¹³⁸ Não é objeto deste estudo, elaborar-se uma teoria da causa ou da função social dos negócios, nem analisarem-se as normas gerais do Código Civil em seus pormenores. É conhecida a plurissignificação da “causa”, porém, adotar-se-á aqui, apenas a teoria objetiva da causa, conforme doutrina de Emílio Betti, para o fim de, como índice do tipo, classificar o Contrato EPC quanto à sua tipicidade. Sobre a multiplicidade de sentidos da “causa”: 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 Editora, 2013.

¹³⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A causa do Contrato”. In: MELGARÉ, Plínio (org.). **O Direito das Obrigações na Contemporaneidade**. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 331-350.

A causa é ainda mais do que elemento de qualificação e diferenciação, é tida como “*função objetiva do tipo legal*”¹⁴⁰, ou seja, a função econômico-social do contrato, na doutrina bettiana, é elemento que oferece a justificação normativa e desvenda a natureza jurídica propriamente dita do ato¹⁴¹. A partir da análise da causa, é possível individualizar os elementos essenciais de determinado contrato e se investigar e qualificar o tipo. Segundo BODIN DE MORAES, a causa é a função que o sistema jurídico reconhece¹⁴² a determinado ato, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia.

Os elementos essenciais do tipo são constantes em cada tipo, são, portanto, indispensáveis à verificação. A causa, assim, permite a identificação destes elementos e diferenciar um tipo do outro. São típicas também as causas que, ainda que não previstas expressamente, são admitidas pela consciência social como referentes a um interesse durável e recorrente¹⁴³.

Assim, a causa é o instrumento objetivo de verificação, primeiro, se o negócio de autonomia merece ser tutelado pelo ordenamento e, após, permite que sejam delimitados os traços característicos, o conteúdo mínimo do ato, na medida em que

¹⁴⁰ COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre a autonomia privada e o tipo. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 101.

¹⁴¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A causa do Contrato”. In: MELGARÉ, Plínio (org.). **O Direito das Obrigações na Contemporaneidade**. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 331-350.. A autora diferencia a função abstrata e a função concreta: “A função abstrata releva, como se viu, porque dela se extrai o conteúdo mínimo do negócio especificamente estipulado, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode – ainda que assim se tenha idealizado –, alcançar aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. No exemplo da compra e venda, se falta o preço, de compra e venda não se tratará mas, talvez de doação. A causa abstrata do negócio estipulado, porém, abarcou, em nosso exemplo, também o efeito garantia. Conforme os efeitos previstos pelas partes, ter-se-á sempre três possibilidades: identidade com certo tipo, (re) qualificação como outro tipo (como no exemplo da ‘compra e venda a preço vil’, que deve ser considerada doação), independentemente do nomen iuris, ou então contrato atípico. Já a função concreta diz respeito à eficácia concretamente produzida pelo contrato, que está, como bem sabemos, sujeito às mais diversas vicissitudes, fáticas ou jurídicas, que podem alterar, muitas vezes radicalmente, os efeitos normalmente pactuados pelas partes.”

¹⁴² Todo e qualquer negócio tem uma função própria reconhecida no ordenamento, seja de forma típica, ou atípica, isto é, permitido implicitamente pelo sistema. A tutela é garantida ao negócio quando as razões para sua celebração sejam reconhecidas pelo ordenamento como merecedoras de proteção. É principal utilidade do elemento causal ter sido, antes, a recusa de proteção jurídica: é elemento que dá ou nega juridicidade (BODIN DE MORAES, *Ob. Cit.*). Para o presente estudo, para além desse aspecto, é um importante elemento de qualificação do contrato.

¹⁴³ BODIN DE MORAES, *Ob. Cit.*, p. 340.

todo o negócio jurídico tem uma função econômico-social, que poderá ser legalmente típica ou socialmente típica¹⁴⁴.

Para qualificar, então, um contrato como típico ou atípico, deve-se analisar se a causa é uma causa prevista ou não. Causa e tipo não devem ser confundidos, no entanto, porque em um mesmo negócio podem ser identificadas várias causas, mas para que o tipo seja determinado, deverá ser escolhido um desses escopos¹⁴⁵. Ademais, também é possível a determinação do tipo por meio da análise dos demais índices do tipo.

São índices do tipo, além da causa, o fim, a estipulação, o objeto, a contrapartida, a configuração, o sentido, as qualidades das partes e a forma. Segundo a teoria de VASCONCELOS, deve-se considerar não apenas a causa¹⁴⁶, mas todos índices do tipo, nele incluídos os seus elementos sociais. Índices são os elementos típicos hábeis para fornecer indícios que contribuem, uns mais e outros menos, para a qualificação do tipo¹⁴⁷. Para o fim do presente estudo, considera-se a causa o elemento determinante, porém não o único, de individualização e qualificação do Contrato de Construção EPC.

Índice relevante para qualificação do Contrato EPC, além da causa, é o objeto. O Contrato EPC é formado por elementos da empreitada de projeto, empreitada mista e está inserido em uma estrutura de financiamento e securitização

¹⁴⁴ A Professora Judith MARTINS-COSTA alerta sobre a diferença entre a função econômica concretamente considerada e a causa-função: “(...), é preciso atenção: vivemos uma época em que a função das categorias jurídicas ou econômicas ‘corre o risco de ser desviada’. O intérprete deve buscar, pois, a materialidade dos esquemas negociais e não a *abstrata* causa-função do negócio. Além do mais, a referência à finalidade (ou função) econômico-social do contrato não deve ser compreendida como o acolhimento, pelo Código civil, do método propagado pelos adeptos do movimento da *Law and economics*, mas como a de *elemento de fato*, isto é, à função econômica que o negócio opera, concretamente, na ordem jurídica.” Em: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Temas Relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 475-506. No presente caso, analisamos a causa-função, abstrata, porém, ainda que considerássemos a função econômica no sentido exposto por MARTINS-COSTA, o Contrato EPC se distinguiria do contrato de empreitada.

¹⁴⁵ COMIRAN, *Ob. Cit.*, pp. 103-104.

¹⁴⁶ Segundo VASCONCELLOS (**Contratos Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 120), a utilização apenas da causa como critério de qualificação não é hábil para distinguir todos os casos. Porque, ou a causa como função econômico-social se confunde com o próprio tipo, ou não consegue distinguir tipos diferentes que tenham a mesma função econômico-social. Para ele, portanto, é inoperante a tentativa de individualização em apenas um critério de distinção dos tipos.

¹⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, pp. 117-118.

complexa. Empreitada de projeto e empreitada mista possuem a mesma função econômico-social: são contratos de atividade¹⁴⁸, em que uma parte presta um atividade em troca de uma retribuição monetária.

Não é possível, nesse caso, qualificar o contrato apenas considerando a sua função; por isso, analisar o objeto torna-se imprescindível. O contrato de empreitada de projeto e o contrato de empreitada mista diferenciam-se pelo objeto da prestação: no primeiro, a prestação é o projeto para posterior execução da obra; no segundo, o objeto é a própria obra. Veja-se que se trata de diversos objetos, porém ambos no Contrato EPC. Isso torna o Contrato EPC um tipo diferente da simples empreitada mista, como aduziria BAPTISTA.

Porém, a principal diferença com a empreitada mista reside na causa: enquanto o Contrato de Empreitada visa, basicamente, a construção de uma obra em troca do preço, seja ela o projeto ou o próprio empreendimento, o sistema de alocação de riscos e responsabilidade como alocado no Contrato EPC tem uma finalidade social bastante distinta – visa, primordialmente, a dar segurança na contratação, para que a cada parte seja assegurada a retribuição conforme suas expectativas. Seja o investidor, seja a instituição financiadora, seja o empreiteiro ou o empreendedor. Por esse motivo, impossível considerar-se o Contrato EPC um contrato típico e equivalente ao contrato de empreitada.

A fórmula mais utilizada na contratação de financiamentos, chamados *Project Finance*, como antes comentado, é adotar o contrato a preço fixo e global, empreitada integral, como o Contrato EPC, porque tanto o dono da obra como os financiadores e financiados operam com orçamentos rígidos, recursos limitados e uma determinada estimativa de rentabilidade da obra desde o momento da conclusão do contrato¹⁴⁹. Esta modalidade tem como finalidade assegurar aos financiadores um certo grau de certeza quanto ao tempo e aos custos da obra, sem

¹⁴⁸ Segundo classificação de Orlando Gomes: “O principal *contrato de atividade*, é o de *trabalho subordinado*, também chamado de *contrato de emprego*. / São ainda contratos de atividade: o de *prestação de serviços*, a *empreitada*, o *mandato*, o de *agência*, a *comissão*, o de *corretagem*, e, segundo alguns, o *depósito*.” Em: GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

¹⁴⁹ BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 26.

a necessidade de preocuparem-se com as questões técnicas, operacionais, de materiais, de elaboração de projetos, de fornecimento e instalações de equipamentos – responsabilidade deixada a cargo do epecista.

Ademais, como instrumento de gerenciamento e administração, o Contrato EPC torna-se bastante eficiente, porque capaz de estabelecer mecanismos adequados a flexibilizar e adaptar o contrato aos fatos que possam ocorrer durante a sua execução: assim, podem ser modificados, se necessário, o escopo, o cronograma e o preço de forma pré-acordada e com resultados negociados e previsíveis, mantendo sempre o equilíbrio contratual¹⁵⁰.

Segundo o entendimento de PINTO¹⁵¹, considerando as operações de *Project Finance* têm como *elemento dominante* (nos seus próprios termos) a necessidade de alocação e mitigação dos riscos, não se pode ignorar a importância desempenhada pelo Contrato EPC nesse complexo. Segundo ele:

“a partir da expectativa de conclusão, em certa data, de determinadas instalações, desenvolve-se uma cadeia de direitos e obrigações de natureza variada e em que não necessariamente coincidem as partes. (...) A dificuldade com que se defrontam os que estejam envolvidos em operações dessa natureza é justamente harmonizar cláusulas, direitos e obrigações contidos em diversos instrumentos contratuais, inclusive dos que não sejam partes contratantes.”

Assim, decompondo-se os elementos do Contrato EPC e do complexo contratual em que está comumente inserido, para que se tenha uma visão geral de sua estruturação, e visualizando-o concretamente, é impossível correspondê-lo ao Contrato de Empreitada simplesmente; porém, inegável sua aproximação a esse tipo, a partir de um juízo de graduabilidade¹⁵², que o aproxima do contrato tipo, nunca se afastando, contudo, do seu sentido global.

¹⁵⁰ MACHADO, Flávio R. Naval. “O Gerenciamento do Contrato de Construção Civil e a Cláusula Penal.” In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 71.

¹⁵¹ 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, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 13/08/2012

¹⁵² Sobre o coeficiente elástico do tipo, COMIRAN Giovana Cunha. Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, pp. 116-117.

Portanto, o Contrato EPC é um contrato atípico misto, eis que seus elementos integram aspectos de mais de um tipo contratual, notadamente seu objeto, que inclui projeto e obra. Ademais, sua função econômico-social é diferente da buscada pelas partes em um contrato de empreitada, diga-se ordinário. Contudo, impossível que o afastemos por completo do Contrato de Empreitada e do seu regime.

3.2 REGIME CONTRATUAL DO CONTRATO EPC

Assim, uma vez qualificado o contrato como contrato atípico misto, cumpre conhecer seu objeto e suas características (3.2.1) e, em especial, como são distribuídas as responsabilidades pela obra e seus riscos, observadas, contudo, as disposições aplicáveis, sejam elas normas gerais do Código Civil, sejam específicas, por meio de uma aplicação analógica dos preceitos relativos ao contrato de empreitada do mesmo diploma (3.2.2).

3.2.1 Objeto e Características

Como todo tipo social, e mesmo legal, o Contrato EPC não possui um fórmula estanque, mas adapta-se às necessidades dos contratantes. No entanto, a *International Federation of Consulting Engineers* (também chamada *Fédération International des Ingenieurs Conseils* - FIDIC) criou livros com modelos de contratos de construção. O *Silver Book* (livro prateado), contém um modelo de Contrato EPC e *Turnkey*. Nele, a FIDIC detalha as condições do contrato EPC e *Turnkey* e define alguns conceitos fundamentais para diferenciá-lo dos demais tipo sociais da construção¹⁵³.

O importante para o Contrato EPC e razoavelmente constante é a grande quantidade de riscos assumidos pelo epecista e a forma de pagamento, que costuma se dar na modalidade de preço global e fixo, com um valor de remuneração acordado previamente a execução. Também regulam os prazos de entrega, que tendem a ser imutáveis, e as condições técnicas de performance. A contratada,

¹⁵³ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluzza Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 9.

assim, vincula-se a um contrato onde o preço e os prazos são pré-fixados, e deverá observar os critérios de performance previsto no contrato¹⁵⁴.

Como já antes aduzido, o Contrato EPC envolve três principais obrigações ao epecista¹⁵⁵ (a principal obrigação é a entrega da obra no prazo, pelo prazo e condições estabelecidos no Contrato): a fase de engenharia (*Engineering*), para análise e estudos econômicos, viabilidade dos projetos e das obras, para que se possa dar início ao desenvolvimento de todos os projetos; a fase de busca e contratação de fornecimento de materiais e equipamentos, necessários à execução dos projetos (*Procurement*); e, por fim, a fase de construção propriamente dita, com o desenvolvimento físico da obra (*Construction*).

Ao dono da obra, contratante (*Main Contractor*), importa que seja uma empresa competitiva, para que esteja apta a receber investimentos de terceiros e, ainda, detenha uma estrutura organizacional que permita gerenciar o empreendimento de grande porte, alavancar grande volume de recursos financeiros e, dentre outras características, capacidade gerencial para tratar com uma rede de subfornecedores e parceiros¹⁵⁶.

O Contrato EPC apresenta vantagem comparativa frente às demais modalidades de Contrato de Construção, quando o objeto é um empreendimento de elevado custo, com utilização de novas tecnologias, equipamentos e recursos e procura pelo melhor preço final¹⁵⁷. A principal desvantagem, no entanto, é a dificuldade de gerenciamento de contratos de longo prazo e a dicotomia entre custo fixo e execução satisfatória da performance acordada.

Se o contrato EPC for do tipo em que a obra será entregue pronta para entrar em operação, com aplicação de equipamentos e técnicas mais avançadas, será considerado *turnkey*. São contratos que tem uma função diretamente produtiva,

¹⁵⁴ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluz Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 10.

¹⁵⁵ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluz Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 10.

¹⁵⁶ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluz Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 10.

¹⁵⁷ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluz Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 11.

como, por exemplo, a construção de uma usina hidroelétrica, com a instalação de turbinas, cabos elétricos, transformadores, devidamente testados e prontos para gerarem energia¹⁵⁸.

Há quem diga que o Contrato *Turnkey* seria uma modalidade diferente do Contrato EPC, porque este incluiria um objeto mais estreito, como apenas a barragem da hidrelétrica, sem a instalação dos equipamentos¹⁵⁹. Essa não é nossa posição, haja vista que, como já debatido no Capítulo 3.1, o que diferencia o contrato EPC não é o objeto do contrato, mas a alocação de riscos em função da distribuição de responsabilidades. Ou seja, seja o objeto uma obra com ou sem equipamentos, o Contrato *Turnkey* é um EPC na medida em que o epecista assume a totalidade dos riscos pela execução das fases do empreendimento, sempre visando ao ressarcimento dos investidores.

Além disso, o fato de o *turnkey* ter como objeto sempre uma obra completa e global, não o torna modalidade diferente. Apenas evidencia que é uma espécie de Contrato EPC, no qual exige-se um grau mais acentuado de conhecimento técnico do epecista.

Eventualmente, no entanto, poderá estar incluído no *turnkey* prestações relacionadas à propriedade intelectual, como patentes e *know-how* relativos ao produto da obra ou das instalações¹⁶⁰. Segundo BAPTISTA, o EPC envolveria propriedade intelectual apenas relacionadas à obra, e não à sua produção decorrente de sua utilização¹⁶¹. No entanto, discorda-se desse entendimento, porque a nosso ver e considerando o coeficiente elástico do tipo (ainda que social) antes tratado, o estabelecimento de responsabilidades ligadas à propriedade intelectual no produto da obra não teria o condão de tornar o *Turnkey* um contrato diferente do EPC¹⁶².

¹⁵⁸ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 40.

¹⁵⁹ *Idem, Ibidem.*

¹⁶⁰ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 41.

¹⁶¹ BAPTISTA, *Ob. Cit.*, p. 41.

¹⁶² Não se pretende alongar demasiadamente no assunto, porque diferenciar um contrato do outro demandaria análise de outras questões que não são objeto do presente.

Em síntese, o Contrato EPC disporá sobre a descrição de todos os serviços prestados, a obra e etapas, que poderá se dar pelo regime da empreitada parcial ou global (não precisa ser uma obra inteira, mas poderá sê-lo), considerando as especificidades do tipo social EPC; a elaboração dos projetos e dos testes; e o fornecimento de todo material, equipamentos, estruturas e instalações, como as elétricas, hidráulicas, ar condicionado, necessários à integral realização do empreendimento no prazo fixo estabelecido (podendo haver prazos parciais, inclusive). Em contraprestação, disporá o contrato o preço global da obra, como remuneração por todas as etapas, materiais e subcontratações¹⁶³.

3.2.2 Riscos e Responsabilidades

A alocação de riscos é uma das mais importantes questões (se não a mais importante) na gerência dos grandes empreendimentos. Cada modalidade de risco deve ser alocado à parte que tenha melhores condições de controlá-lo e/ou suportá-lo¹⁶⁴. Há, no entanto, uma diferença relevante entre controlar o risco e suportar o risco: nem sempre a mesma parte pode controlar e suportar o risco assumido, ao mesmo tempo. Como exemplo, uma construtora que tem as melhores condições de financiar a obra com recursos próprios (não utilizando do sistema de securitização descrito); porém, não poderá controlar a venda da obra, ou seja, não controla o risco

¹⁶³ Para fins ilustrativos, poderá estar assim estabelecido no Contrato: “CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO E DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS. O presente Contrato tem por objeto regular as relações entre a Contratante relativamente à realização da Empreitada Parcial por Preço Global, com cessão de mão-de-obra especializada, e com o fornecimento de todo o material, equipamentos e ferramentas necessários à execução dos serviços de obras civis, bem como os pacotes de estrutura metálica, instalações elétricas e hidráulicas, ar condicionado, sistemas especiais e todos os serviços adicionais descrito neste Contrato e seus Anexos.

CLÁUSULA NONA – PREÇO. Pela execução dos serviços objeto deste Contrato, a Contratante obriga-se a pagar à Contratada, em regime de Empreitada Parcial, o preço global e total de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões), sendo que o detalhamento deste valor está descrito na Proposta Comercial que faz parte do presente Contrato como Anexo I, que foi estabelecido de comum acordo entre as partes, sendo que, deste valor R\$ 2.000.000,00 (dois milhões), serão destinados ao pagamento de mão-de-obra, e o restante R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões), para equipamentos, materiais e outros objetos necessários ao cumprimento deste Contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA - PRAZO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 14.1 O prazo para a integral execução e conclusão da empreitada é de 10 (dez) meses, com início em 19/12/2014 e término em 19/10/2015. 14.2 Além do cumprimento do prazo total, deverão ser cumpridos os prazos parciais nos Anexos ao Contrato.”

¹⁶⁴ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluzza Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 52.

de não ser devidamente ressarcida e ir à falência. Neste caso, a combinação de financiamento bancário seria a solução¹⁶⁵.

A arquitetura financeira do Contrato EPC é um instrumento para alocação dos riscos, por meio da distribuição de pagamentos, participações, investimentos e garantias, como visto no Capítulo 2.4, acima. Por meio dele, o epecista assume a responsabilidade integral pelos riscos da obra, assumindo desde os projetos (*design*), os serviços de engenharia e administração (*engineering*), pela construção (*construction*), pelo fornecimento (*supply*) de materiais e equipamentos a partir de fontes próprias ou de terceiros subcontratados (*procurement*), pela montagem e instalação dos equipamentos (*mounting, erection and assembly*), pelos testes e comissionamentos dos equipamentos (*testing and commissioning*), e por tudo mais que seja necessário à conclusão e entrega da obra dentro das especificações e diretrizes definidas pelo dono da obra¹⁶⁶.

Assim, é também responsabilidade dos epecistas o gerenciamento dos subempreiteiros e prestadores de serviços. Como o próprio nome informa, os *procurements*¹⁶⁷ deverão ser firmados observando o domínio do conhecimento técnico do subcontratado para aquele determinado objeto, em observância dos prazos e do preço estabelecido no contrato, sempre sob gerência do epecista. O risco da subcontratação é seu, devendo fiscalizar o andamento do serviço prestado. Neste caso, cria-se uma nova relação jurídica entre contratada e cada subcontratado, sendo o dono da obra estranho a essa relação, respondendo perante este sempre o epecista¹⁶⁸. Esta é a mesma obrigação do empreiteiro, em contratos típicos.

Assim como no caso de subcontratação, muitas são as responsabilidades do epecista semelhantes às do empreiteiro e decorrentes da aplicação dos dispositivos aplicáveis aos Contratos de Empreitada no Código Civil. Isso porque, como já foi

¹⁶⁵ GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluza Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006, p. 54.

¹⁶⁶ ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, Leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 334

¹⁶⁷ Traduzido para este efeito como subcontratações e fornecimentos de equipamentos e sistemas.

¹⁶⁸ Aplicam-se, neste caso, as regras relativas ao Contrato de Empreitada, em que os subempreiteiros são de responsabilidade do empreiteiro. Veja-se em LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 376-377.

objeto de análise pormenorizada, o negócio jurídico, ainda que atípico, entendido como um sistema estrutural dotado de sentido deve ser considerado para interpretação e aplicação das normas do Direito. Apesar de não estar previsto expressamente no Código Civil, a ele se submete, devendo respeitar suas normas gerais (art. 425).

Como anteriormente referido, a qualificação do contrato por meio do recurso à causa (como função econômico-social), não é o único elemento para distinção dos tipos, porém, conduz a um gênero contratual, podendo ser útil para estabelecer quais disposições podem servir melhor ao contrato concretamente considerado¹⁶⁹. Dessa forma, além das normas gerais aplicáveis a todos os contratos, esse procedimento permite a aplicação de normas mais específicas, atraindo regras de determinado tipo, dado as características análogas de suas funções¹⁷⁰. No caso do Contrato EPC, ainda que se defenda causa preponderante diversa quando considerado o contrato inserido no complexo contratual de financiamento, a obrigação de resultado do epecista permanece tendo a mesma função econômico-social: a construção de uma obra. Resta saber de que maneira devem estas disposições ser aplicadas ao Contrato EPC.

Diversas são as teorias para determinar a disciplina dos contratos atípicos. Em síntese, há, segundo VASCONCELOS¹⁷¹ quatro principais teorias: absorção, combinação, analogia e criação. Pela teoria da absorção, preconiza o tipo predominante do contrato atípico misto, e sua disciplina será aplicada ao contrato em análise. A teoria da combinação determina a aplicação combinada da disciplina de diversos tipos que formam o contrato atípico, a cada “parte” em que seja conveniente, de acordo com o tipo a que corresponde. A teoria da analogia enxerga os contratos atípicos em sua unidade; assim, sua disciplina será aplicada em analogia a tipos em referência, porém atentando às peculiaridades do contrato atípico; dessa forma, *mutatis mutandis*, a disciplina do(s) tipo(s) que o contrato atípico é formado será aplicada analogicamente a este. A teoria da criação é

¹⁶⁹ COMIRAN, *Ob. Cit.*, p. 104.

¹⁷⁰ COMIRAN, *Ob. Cit.*, *Loc. Cit.*

¹⁷¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, pp.234-248.

aplicável aos contratos atípicos puros, nos quais não há referência clara a um dos tipos previstos.

Para os efeitos do presente estudo, a teoria analógica parece ser a mais pertinente, uma vez que, apesar das muitas semelhanças explicitadas entre o Contrato EPC e o Contrato de Empreitada, o primeiro guarda especificidades e com este não poderá se confundir. Tais especificidades, devem ser consideradas na subsunção e prescrição de consequências jurídicas das disposições do Código Civil, em especial seus artigos 610 a 627.

Ilustrativamente, vejamos como se propõe sejam aplicados alguns dispositivos, quais sejam, os artigos 618 (garantia quinquenal), art. 619 (alterações no preço contratual em razão de modificações no projeto), art. 620 (redução do preço da obra em razão da diminuição do valor dos materiais) e art. 623 (denúncia vazia do contrato).

Diz-se que a garantia prevista no artigo 618 do Código Civil é uma norma de ordem pública¹⁷², pois a solidez e a segurança de uma obra de grande porte, como é o caso das construções realizadas sob a modalidade EPC, interessam não apenas ao dono da obra e ao empreiteiro, mas ao Estado e a todos os cidadãos.

Não é possível, considerando sua natureza cogente e sua linguagem imperativa, afastar sua aplicação, ainda que se diga tratar de um tipo diferente. Neste caso, a finalidade da norma está relacionada à função econômica de construção, também encontrada no Contrato EPC. Não é possível, portanto, que as partes reduzam o prazo quinquenal de garantia pela solidez e segurança. Porém, alguns problemas podem eclodir dessa análise: como já vimos, as obrigações do especialista ultrapassam em muito as obrigações do simples empreiteiro.

Em relação à obrigação de fornecimento de máquinas e equipamentos, por exemplo, quando o fornecedor apenas lhe dá garantia de 24 meses, deverá o empreiteiro garantir funcionamento, segurança e solidez do equipamento fornecido

¹⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 341-345.

por cinco anos, sendo que ele próprio não recebeu a mesma garantia do fornecedor?¹⁷³.

Nesse sentido, se poderia responder que os equipamentos e instalações estariam incluídos na necessária garantia pelos “materiais” utilizados? A discussão se encerra na conceituação do que seriam os “materiais” a que se referiu o Código. Se entender-se que equipamentos e instalações são materiais, então, ainda que os fornecedores não prestem a mesma garantia, o especista terá que por eles responder por cinco anos.

Podemos analisar a linguagem da lei de suas formas: comparando com a utilização dada para a palavra “materiais” pelo legislador, veja-se que é bastante improvável que materiais, no seu ponto de vista, seja sinônimo de equipamentos, instalações. À guisa de exemplo, o artigo 1.447 menciona diversos itens que podem ser objeto de penhor:

Art. 1.447. Podem ser objeto de penhor máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; (...)

Entendesse o legislador serem “materiais” sinônimo de máquinas, instrumentos ou aparelhos, não precisaria ter editado dispositivo com quatro palavras de mesmo significado. Ademais, parece bastante oneroso impor uma obrigação ao epecista que nem mesmo o fabricante do item, o principal *expert*, que pensou e construiu o bem, não assumiu¹⁷⁴. Por isso, em geral, o contrato prevê a obrigação do epecista de garantir a solidez e segurança da obra, porém, o prazo de garantia dos equipamentos é dado pelos seus fornecedores, como no exemplo:

CLÁUSULA DÉCIMA NONA – ENTREGA DEFINITIVA DA OBRA

¹⁷³ 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, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 13/08/2012.

¹⁷⁴ 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, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 13/08/2012.

19.4 Não obstante o recebimento definitivo da obra, a Contratada continuará responsável pela solidez e segurança da obra nos termos do Art. 618 do Código Civil Brasileiro, pelo que fica desde já obrigada a refazer, às suas expensas, os serviços porventura executados com vícios ou defeitos, sem prejuízo do direito da Contratante e/ou Gerenciadora de requerer o pagamento de eventuais perdas e danos, lucros cessantes e danos emergentes, decorrentes dos vícios ou defeitos da construção.

CLÁUSULA VIGÉSIMA – GARANTIAS TÉCNICAS

20.1 A Contratada é responsável, na forma do art. 618 do Código Civil Brasileiro, no todo ou em parte, pela solidez e segurança da obra pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados a partir da data do Termo de Recebimento Definitivo da Obra.

20.2 As garantias específicas dos equipamentos serão concedidos por seus fabricantes, prevalecendo os prazos especificados pelos mesmo.

Por fim, cumpre ressaltar que o Art. 618 é mais do que uma simples garantia, é a declaração da responsabilidade técnica do epecista, que é o detentor do *know-how* e não poderá, ainda que solicitado pelo dono da obra, proceder a trabalhos que comprometam o empreendimento na sua estrutura, sob pena de responsabilizar-se por eventuais danos, ainda que tenha devidamente o informado do risco. Assim, poderá o contrato prever (o que não exonera o epecista de seguir as instruções do contratante):

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO E DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS

1.9 Reconhece ainda a Contratada que os projetos, memoriais, especificações e demais informações e instruções fornecidas pela Contratante não a eximem de suas responsabilidades legais e técnicas quanto aos serviços ora contratados.

O art. 619 determina que não haverá direito assistido ao empreiteiro de aumento do preço por modificações feitas na obra, sem que tenha havido instruções expressas do dono da obra. O parágrafo único excepciona a disposição, permitindo o aumento quando o dono da obra sabia das alterações e nunca se manifestou em contrário. Esse artigo, sob a ótica do Contrato EPC, poderá ter a aplicação expressamente afastada pelas partes.

No Contrato EPC as partes pensam o preço da obra e todas os seus detalhes minuciosamente no momento das negociações e da conclusão do Contrato. Em geral, o contrato já possui uma cláusula extensa de como e quando deverá/poderá ocorrer alguma alteração no projeto e/ou obra. Ademais, a execução desse tipo de contrato costuma ser acompanhada de perto por meio de uma parte gerenciadora/

administradora da obra, contratada pelo próprio empreendedor. Veja-se que, aceitando-se a aplicação cogente de tal dispositivo, haveria o risco que a concordância tácita pode ocasionar e isso alterar completamente a relação previamente estabelecida entre todas as partes desta rede contratual. Assim, é altamente recomendável e, em nossa visão, possível, que seja afastada o § único, do Art. 619, pela vontade das partes, especialmente quando se tratar de alterações na obra que alterem o preço¹⁷⁵ – a necessidade de o preço ser fixo, como já salientado, é elemento determinante para a negociação do Contrato EPC.

Como exemplo de Cláusulas sobre o procedimento para alteração contratual:

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO E DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS

1.11 A Contratada compromete-se a executar os serviços de acordo com as instruções e com os planos estabelecidos pela Contratante e/ou Gerenciadora obedecendo ao contido nos projetos aprovados, pela Contratante, dentro dos padrões, normas brasileiras e condições técnicas de qualidade julgadas satisfatória pela Contratante, observados os parâmetros da presente contratação, comprometendo-se também a Contratada a não proceder nenhuma alteração ou modificação, seja qual for, sem prévia e expressa autorização da Contratante e/ou Gerenciadora, inclusive no que se refere a materiais e equipamentos especificados com abertura a similares.

CLÁUSULA SEGUNDA – ANEXOS

2.3 Sempre que se verifique que este Contrato e seus Anexos forem omissos relativamente a determinados métodos ou soluções construtivas e/ou materiais, caberá à Contratada propor por escrito para aprovação da Contratante e/ou Gerenciadora, uma ou mais opções de solução adequadas ao conceito arquitetônico do projeto, com antecedência necessária para evitar atrasos nos trabalhos, esses métodos e materiais, sendo certo que as soluções propostas não poderão afetar os pressupostos previstos no presente Contrato e seus Anexos, designadamente, preços, prazos, qualidade e segurança. Recebida a proposta, caberá à Contratante e/ou Gerenciadora aprová-la ou não nos 15 (quinze) dias úteis seguintes.

CLÁUSULA SÉTIMA – ALTERAÇÃO DE ESCOPO

7.1 Eventuais alterações de projeto solicitadas pela Contratante e/ou Gerenciadora e/ou acordadas entre esta e a Contratada deverão ser realizadas nos termos do presente Contrato e seus Anexos.

7.2 Se, no decorrer dos trabalhos, surgirem outros não previstos ou, ainda, caso a Contratante e/ou Gerenciadora entenda que alguns dos trabalhos previstos não devem mais ser realizados, a Contratada se compromete a realizá-los pelos preços unitários contratuais, ou, no caso de exclusão dos serviços, os preços unitários serão

¹⁷⁵ 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, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 13/08/2012.

decrecidos, segundo os termos estabelecidos neste Contrato e seus Anexos.

7.3 O preço unitário dos bens e serviços contidos na Proposta Comercial, anexa ao presente Contrato como Anexo I, deverá ser respeitado pela Contratada na hipótese de alteração do escopo contratual, alterações de projetos e/ou outras determinações da Contratante e/ou Gerenciadora, que impliquem no aumento ou na diminuição do valor total do Contrato, até o limite em quantidade de 20% (vinte por cento), ou seja, na hipótese da Contratante e/ou Gerenciadora desejar acrescentar ao escopo um novo bem e/ou serviço não incluído na proposta original, mas que na composição deste custo, todos os itens constem da planilha de preços vigentes, deverá a Contratada executá-lo com o mesmo valor unitário contido na Proposta Comercial, bem como nos casos de diminuição, o valor a ser retirado também será o constante na Proposta Comercial. De qualquer forma, caso haja alterações que impliquem aumento do escopo contratual ou diminuição deste escopo além dos 20% acima, poderá haver repactuação dos preços e prazos ajustados neste instrumento mediante negociação entre as partes.

7.5 Qualquer serviço ou fornecimento que implique alteração do valor contratado somente poderá ser executado após apresentação de documentação explicativa, no padrão estabelecido pela Contratante e/ou Gerenciadora (especificando descrição, quantidade, unidade, valor unitário, valor total, prazo de execução e projetos e/ou croquis comparativos e explicativos entre o contratado e a alteração proposta), e autorização expressa e formal da Gerenciadora, com aprovação prévia da Contratante.

7.6 Qualquer serviço executado e/ou material aplicado não previsto contratual que seja executado ou adquirido sem a prévia aprovação da Contratante e/ou Gerenciadora será de responsabilidade exclusiva da Contratada, seja quanto à sua execução e/ou seu custo, não cabendo à Contratada qualquer reivindicação a esse título.

Da mesma forma como o preço é de suma importância ao dono da obra, que não quer aumentá-lo, o epecista não quer que ele diminua, afinal, o cálculo do preço fixo foi estudado com base em uma análise profunda do mercado e dos insumos, considerando possíveis aumentos e possíveis quedas, de modo que, eventual baixa dos preços, não será senão uma remuneração ao epecista por ter assumidos todos os riscos da obra. Permitir a alteração do preço em benefício apenas do dono da obra gerará instabilidade na relação, além de ter como possível consequência a oneração demasiada dos Contratos EPC a longo prazo, o que não seria vantajoso aos agentes do mercado. Dessa forma, entende-se que é possível, inclusive recomendável, que se afaste a aplicação do art. 620 no Contrato EPC:

CLÁUSULA NONA – PREÇO E REGIME DA EMPREITADA

9.4 Em qualquer preço unitário considerado, estão contidos todos os componentes de custo relativos à completa execução do serviço a ele correspondente, abrangendo todas as despesas diretas e indiretas, taxas, honorários e lucros.

9.5 Fica desde já estabelecido entre as partes que não será aceita nenhuma solicitação de modificação do valor, especificação, ou

preços contratuais sob a alegação de omissão, erro de quantidades, inexatidão ou desconhecimento das características dos serviços objeto deste Contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – REAJUSTE

12.1 O regime da Empreitada quanto ao modo de retribuição da Contratada será o de “Empreitada Parcial por Preço Global”, de valor completo, fixo e não reajustável pelo período de 12 (doze) meses.

Por último, mas não menos importante, não raro são encontradas cláusulas em Contratos EPCs que liberam o dono da obra do pagamento de indenização em caso de suspensão ou “rescisão” (*rectius*: resilição):

CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA – SUSPENSÃO

27.1 Sem prejuízo da possibilidade de rescisão do Contrato, a Contratante e/ou Gerenciadora poderá, livremente, suspender os efeitos do presente Contrato, a seu exclusivo critério, mediante o envio de carta registrada à Contratada, com 15 (quinze) dias de antecedência, sem que caiba à Contratada, nenhuma remuneração, exceto o período trabalhado e não remunerado durante o mês.

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA – RESCISÃO

28.1 A Contratante poderá rescindir imotivadamente o presente Contrato sem a incidência de qualquer ônus ou penalidade, mediante aviso prévio por escrito, de 30 (trinta) dias, sendo que eventuais custos comprometidos com todos os materiais, prestação de serviços e equipamentos decorrentes de contratos já firmados e que não foram possíveis de cancelamentos, desde que sejam efetiva e comprovadamente suportados pela Contratada, a Contratante assumirá os mesmos, desde que, ainda, tais custos tenham sido assumidos pela Contratada até o dia da entrega da notificação. Serão devidos à Contratada os serviços executados até a data.

Ocorre que o art. 623 determina ser permitido ao dono da obra suspender a construção, mesmo após iniciada, *“desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.”* Seria esse dispositivo passível de disposição pelas partes?

A redação é imprecisa, pois não especifica o que seria “indenização razoável”, nem o critério para o cálculo “em função do que teria ganho”. Certo é que o dispositivo não alude à necessidade de se pagar tudo o que o epecista receberia se concluísse a obra, porque é lícito ao dono da obra que a suspenda; por outro lado, verifica-se um reflexo do Princípio da Boa-fé Objetiva, na medida em que se protege a confiança do contratante na execução completa – e consequente remuneração – do empreendimento.

O mesmo ocorre, em análise sistemática, com o contrato de prestação de serviços (que, assim como a empreitada e o epc, pode ser um contrato de longa duração), tendo em vista a preocupação do legislador com a remuneração do prestador de serviço após ser “despedido” sem justa causa. Estabelece o art. 603, do Código Civil que “*se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte poderá ser obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocava de então ao termos legal do contrato*”.

Nesse caso, mais feliz foi o legislador ao determinar critério matemático para cálculo do valor da indenização devida ao prestação de serviços, que não foi feito ao Contrato de Empreitada. O importante é, em verdade, a preocupação com a confiança legítima (não a confiança interna e subjetiva, mas a confiança juridicamente tutelável, criada a partir de comportamentos concludentes da outra parte) do empreiteiro, prestador de serviços, e também com o epecista. Assim, não poderiam cláusulas como a acima mencionada afastar aplicação de norma decorrente dos princípios gerais que formam o Código Civil de 2002.

Portanto, como determina o art. 425 do Código Civil, as partes podem firmar contratos atípicos e suas disposições, observadas as normas gerais deste diploma, quais sejam, além dos Princípios nele previstos, como a Boa-fé Objetiva e a Função Social do Contrato também as normas gerais dos Contratos. Nesse sentido, quando as partes dispuserem acerca da alocação dos riscos e responsabilidades das partes, devem ser observadas as normas aplicáveis analogicamente ao Contrato Atípico, considerando sua unidade e o tipo em referência. Assim, ao Contrato EPC devem ser aplicadas, *mutatis mutandis*, as normas cogentes relativas às responsabilidades das partes aplicáveis ao Tipo de Empreitada, ainda que dele se diferencie.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo buscar qualificar o Contrato de Construção EPC como legalmente típico – correspondente ao tipo da empreitada – ou atípico, para, então, determinar seu regime.

A questão ganhou relevância com as transformações do ambiente negocial brasileiro. O Brasil, desde o início do século XXI, vem mudando seu papel no cenário internacional, em especial considerando a estabilidade econômica, o crescimento da economia e a distribuição de renda, que criaram um ambiente favorável para os negócios. Esse contexto possibilitou o aquecimento do mercado imobiliário, com investimentos mais altos em obras de grande porte. No entanto, para mitigar os riscos de desses empreendimentos, são necessários regimes diferenciados, com o emprego de técnicas contratuais mais aprimoradas. Por isso, vêm sendo adotados modelos contratuais advindos da prática internacional, como o Contrato de Construção EPC e o Financiamento de Projeto.

Socialmente típico, seu regime no Direito Civil Brasileiro, porém, precisa ser determinado, na medida do possível, de modo a dar segurança aos investidores, ao contratante dono da obra e ao empreiteiro “epecista”. Para tanto, é preciso, antes, determinar-se a qualificação do Contrato EPC.

Nesse sentido, foram abordados os contratos típicos pelos quais o Contrato EPC é (poderia ser) formado: Contrato de Empreitada, Contrato de Prestação de Serviços e Contratos de Financiamento. A partir da análise de suas características, foi possível verificar que o Contrato EPC possui características de cada um deles, apesar da maior proximidade com o Contrato de Empreitada.

Podemos afirmar que o Contrato EPC é formado tanto pelo Contrato de Empreitada de Projeto, como de Contrato de Empreitada mista a preço fixo, porque dentre as principais obrigações do epecista estão a elaboração dos projetos da obra e a sua construção, com o fornecimento de todos os materiais necessários. Ademais, o regime adotado pelos contratantes que optam pela modalidade EPC é de empreitada por preço fixo, a fim de garantir maior segurança aos investidores e

demais partes do Contrato. Em relação à empreitada, no Contrato EPC há cláusula prevendo a importância do prazo, do preço fixo e da responsabilidade do empreiteiro quanto à integralidade da obra.

No Contrato EPC, ainda podem estar previstos determinados serviços a serem prestados pelo epecista ou, ainda, a subcontratação pelo epecista de empresas que prestam serviços. Como serviços prestados diretamente pelo epecista podemos considerar o serviço de terraplanagem, a execução de laudos periciais e fotográfico do terreno e dos imóveis circunvizinhos. São exemplos de serviços contratados diretamente pelo empreiteiro, como tomador, a contratação de empresas que fornecem e implantam materiais, equipamentos, instalações elétricas, hidráulicas, de combate à incêndio e dos contratos para retirada e tratamento de resíduos industriais do canteiro das obras. Outrossim, a contratação de instalação de sistema de condicionamento de ar, automação e som. No entanto, essa obrigação de subcontratação e fornecimento não tem o condão de transformar o Contrato EPC em Prestação de Serviços, pois ainda é a principal obrigação do epecista a obra completa.

Em razão do complexo contratual de Financiamento de Projeto em que comumente estão lastreadas as grandes obras, é necessário um contrato de construção que garanta alto nível de segurança, com riscos muito bem mitigados e alocados. Essa estrutura requer seja o contrato o mais seguro possível, distribuindo riscos e responsabilidades de maneira clara e tendente à exaustão. Por isso, além de contratos adicionais – como de empréstimo, de garantia das ações e outros títulos emitidos, de seguros, entre outros –, um arranjo como o previsto no Contrato EPC é muito bem aceito neste caso: há previsão de um preço global, pago pelo dono da obra em troca da engenharia (elaboração dos projetos e estudos prévios à obra), subcontratações, pelo epecista, de empreiteiras e prestadores de serviços pela obra em si, com a construção e o fornecimento de todos os materiais necessários. Tudo por um prazo certo, conforme cronograma de obras.

Isso se justifica, porque nas estruturas de financiamento de projeto, o risco determinado que não seja adequadamente alocado e mitigado gerará sempre um

impacto no patrocinador do projeto, seja pelo aumento dos custos do empréstimo, seja pela necessidade de aporte de garantias do patrocinador ou de garantias bancárias ou securitárias adicionais.

Assim, após a análise de tipos legais e sociais (ainda que complexos), estamos aptos, na medida do possível, a verificar se o Contrato EPC abrange elementos de todos eles, que o transformam em um contrato único e diverso, ou se, ainda que influenciado ou com obrigações acessórias, seus principais elementos são correspondentes ao do contrato de empreitada, cumprindo, também, a mesma função econômico-social. Porém, se considerado um contrato atípico, exige-se que realize um interesse considerado merecedor de tutela jurídica, sendo insuficiente, ainda que necessário, que não contrarie normas inderrogáveis, o bom costume e a ordem pública.

A fim de qualificar o Contrato EPC como típico ou atípico, é necessário que se aproxime, compare ou afaste e diferencie dos tipos contratuais em referência e se analise se é possível a aplicação direta das normas que disciplinam um tipo, ainda que não seja idêntico (considerando o coeficiente elástico do tipo), ou se, considerando suas características, consiste em tipo diferente, que requer a aplicação de regime legal próprio; seja este um regime intermediário entre vários tipos, seja o mesmo regime de determinado tipo, aplicado analogicamente.

A partir dessa análise, e tendo em vista os índices do tipo, conclui-se parcialmente ser o Contrato EPC um contrato atípico misto, porque o objeto do EPC conjuga o objeto da empreitada mista – a obra, e da empreitada de projeto – os projetos para a construção da obra. Ademais, considerando que o Contrato EPC foi escolhido pelas partes em razão da assunção dos riscos e responsabilidades quase totalmente pelo epecista, a função econômica-social do Contrato é diferente: muito mais se aproxima da função de crédito, porque necessário à estruturação contratual de financiamento; do que da função de atividade dirigida a um fim, como a simples empreitada.

Tendo em vista estes fatores, na segunda parte deste trabalho foram delineadas as características do Contrato EPC, bem como alguns aspectos sobre a

alocação dos riscos e responsabilidades ao empreiteiro, considerando a aplicação analógica do regime legal do contrato de Empreitada. Como se observou, o epecista assume o risco pelo atraso na obra, pelo estouro no orçamento em decorrência dos aumentos do custo dos insumos ou de erro na previsão das quantidades de materiais componentes, de ineficácia ou defeito dos equipamentos. Assim, sendo próprio do Contrato EPC essa distribuição, as teorias da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva devem ser aplicadas com parcimônia.

Mesmo porque, todos esses riscos foram assumidos, quantificados e refletidos no preço da obra, que tende a ser mais alto do que a estimativa para uma simples empreitada, em que o contratante assume responsabilidade pelo pagamento dos materiais, equipamentos e mão-de-obra, conforme os preços vigentes à época das respectivas compras ou contratações.

De todo modo, há previsões legais do Contrato de Empreitada que devem ser aplicadas ao Contrato EPC, uma vez que, aplicando-as analogicamente – quer dizer, *mutadis mutandis* – constituem normas gerais dos contratos de construção, sobre as quais as partes não podem dispor. São exemplos: a garantia quinquenal, prestada pela empreitada, pelo solidez e segurança da obra, bem como pelo solo e pelos materiais empregados, prevista no art. 618; e a impossibilidade de denúncia vazia do contrato pelo dono da obra sem justa indenização, considerando o período que ainda viria a ser cumprido no Contrato, previsto no art. 623.

Conclui-se, assim, que o Contrato EPC é um contrato atípico misto, que deve ser interpretado e integrado considerando a sua unidade; porém, as normas gerais do Código Civil – sejam os princípios gerais da Boa-fé Objetiva, sejam as normas gerais aplicáveis aos contratos – devem ser aplicadas, bem como as disposições cogentes relativas ao Contrato de Empreitada que, analogicamente, também incidem sobre o tipo social do Contrato EPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANNESI, Máximo. “Finanziamento” *in* **Enciclopedia Del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1958, v. 17, p. 605.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos contratos Típicos e Atípicos**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BAPTISTA. “Contratos de Engenharia e Construção”. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BETTI, Emílio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Tomo II. Campinas: LZN Editora, 2003.

Banco Nacional do Desenvolvimento. **BNDES Project Finance**. 2014. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financieiro/Produtos/Project_Finance/>. Acesso em: 19 nov. 2014.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A causa do contrato”. *In*: MELGARÉ, Plínio (org.). **O Direito das Obrigações na Contemporaneidade**. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BONOMI, Cláudio Augusto. MALVESSI, Oscar. **Project Finance no Brasil: fundamentos e estudo de casos**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 de dezembro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 3.198/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 29/10/1990, DJ em 19/11/1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 8.410/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, j. em 23/10/1991, DJ em 09/12/1991.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMIRAN, Giovana Cunha. **Atipicidade contratual**: entre a autonomia privada e o tipo. 2007. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

ENEI, José Virgílio. **Project Finance**. Financiamento com foto em Empreendimentos (Parcerias Público Privadas, *Leveraged buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

FLETCHER, Phillip. PANDLETON, Andrew. "International Project Finance". *In*: BUENO, Julio César (editor). **The Projects and Construction Review**. London: Law Business Reaserch Ltd, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GÓMEZ, Luis Alberto. COELHO, Christianne C. S. Reinisch. DUCLÓS FILHO, Elo Ortiz. XAVIER, Sayonara Mariluzza Tappara. **Contratos EPC Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006.

KULESZA, Gustavo Santos. AUN, Daniel. "Contratos FIDIC". *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Direito Comercial: Textos e pretextos**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil: Parte Especial: das várias espécies dos contratos**, Vol. 7 (arts. 565 a 652). São Paulo: Saraiva, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e Costumes no Processo Obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Flávio R. Naval. “O Gerenciamento do Contrato de Construção Civil e a Cláusula Penal.” *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

MARCONDES, Antonio Fernando Mello. “Os *Dispute Boards* e os contratos de Construção”. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. “Classificação dos Contratos”. *In*: JABUR, Gilberto Haddad. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos Contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Contratos de Construção do Poder Público”. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. BENETTI, Giovana Valentiniano. “Arbitragem e Construção Civil: Algumas Notas”. *In*: **Revista Direito ao Ponto**. Ano 6, n.º 8. Rio de Janeiro, 2013, pp. 51-54.

MARTINS-COSTA, Judith. “Adimplemento e Inadimplemento”. In: EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 2002, Rio de Janeiro. **Anais...** . Rio de Janeiro: Emerj, 2003. p. 95 - 113.

MARTINS-COSTA, Judith. “Cláusulas Gerais: um ensaio de qualificação”. In: ANDRADE, José Maria Arruda de. COSTA, José Augusto Fontoura. MATSUO, Alexandra Mery Hansen (org.). **Direito: Teoria e Experiência**. Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 993-1021.

MARTINS-COSTA, Judith. “O método de concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil”. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Temas Relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 475-506.

PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Foresne, 1997.

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, também disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 13/08/2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XLVII. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1964.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XLIV. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1964.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. "*Build to Suit*: qualificação e consequências." In: BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO, Maurício Almeida. (org.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.