PAULO HENRIQUE SIGNORI PINESE

O Regime Jurídico do Contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) no Financiamento de Projetos (*Project Finance*)

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Alcides Tomasetti Júnior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2015

PAULO HENRIQUE SIGNORI PINESE

O Regime Jurídico do Contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) no Financiamento de Projetos (*Project Finance*)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Alcides Tomasetti Júnior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2015

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

DEDICATÓRIA

Dedico este breve trabalho à minha família, que me apoiou e esteve do meu lado em toda a minha vida; ao meu amor, Lidia, por todo o apoio, dedicação e amor nos momentos mais difíceis; à Dona Berenice, que se tornou parte da minha família; aos meus amigos e às pessoas queridas que sempre estiveram do meu lado, nos bons e maus momentos.

Dedico também este trabalho a Deus, que sempre esteve presente no meu pensamento e nas minhas preces.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Alcides Tomasetti Júnior a oportunidade de ser seu Orientando, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde me formei e me tornei quem hoje sou. Agradeço todos os ensinamentos que me foram passados durante os cinco anos de graduação e os três anos de pós-graduação, pelo meu Orientador, de quem sou profundo admirador, e pelos demais docentes da Faculdade de Direito, que contribuíram muito para a minha formação.

Agradeço especialmente os "doutores" George Farath, Marcel Simões, Renato Onofri e Ricardo Freoa, por todo o apoio durante os anos que transcorreram desde o meu ingresso no programa de mestrado da Faculdade de Direito da USP.

Agradeço, por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a conclusão desta dissertação de mestrado.

Afirmam que a vida é breve
Engano – a vida é comprida
Cabe nela amor eterno
E ainda sobeja vida.
(Fernando Pessoa)

RESUMO

PINESE, Paulo Henrique Signori. **O Regime Jurídico do Contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) no Financiamento de Projetos (*Project Finance*)**. 2015. 120 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Esta dissertação de mestrado visa analisar o regime jurídico do contrato de *Engineering, Procurement and Construction* (ou contrato de EPC), tomadas como premissas os princípios do modelo de financiamento de projetos (*project finance*), conforme utilizado no setor de infraestrutura e obras de grande porte. O trabalho parte do regime jurídico do contrato de empreitada do Código Civil de 2002, traçando um paralelo com as características principais do contrato de EPC e os interesses envolvidos em um projeto financiado com recurso limitado (*limited recourse*) ou sem recurso (*no recourse*) ao patrimônio dos patrocinadores, com o objetivo de verificar a adequação das normas da empreitada ao referido instituto ou a eventual necessidade de regramento específico sobre a matéria.

Palavras-chave: contrato de EPC – financiamento de projetos – regime jurídico – empreitada – projetos de infraestrutura.

ABSTRACT

PINESE, Paulo Henrique Signori. **The Legal Framework of the EPC Agreement under the Project Finance**. 2015. 120 p. Master Thesis – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

This master thesis aims at analyzing the legal framework on the Engineering, Procurement and Construction Agreement (EPC), based on the principles and rules of the project finance as applied to the construction and infrastructure areas. The present work sets forth the basis of the construction agreement (*contrato de empreitada*) as set forth in the Brazilian Civil Code, establishing a comparison with the main aspects of the EPC contract and the interests involved in a limited recourse or no recourse financed project with the objective of verifying the adequacy of the rules of the Brazilian construction agreement (*contrato de empreitada*) to the EPC contract or the need to create an specific legal framework for such agreement.

Key words: EPC contract – project finance – legal framework – construction agreement – infrastructure projects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
CAPÍTULO 1 – DO CONTRATO DE EMPREITADA 14
1.1 A Origem do Contrato de Empreitada e sua Evolução Histórica até o Código Civil de 1916 15
1.2 O regime jurídico da empreitada no Código Civil de 2002 17
1.2.1 Delimitação do tipo legal da empreitada 18
1.2.2 Elementos do suporte fático da empreitada 20
1.2.3 As diferentes espécies de empreitada 23
1.2.3.1Conforme o Código Civil 23
1.2.3.2Demais classificações da empreitada 23
1.2.3.2.1Segundo a forma de remuneração 24
1.2.3.2.2Segundo o objeto da empreitada 26
1.2.3.2.3Modalidades especiais de empreitada 27
1.2.4 As regras sobre alocação de riscos pela entrega da obra 28
1.2.5 Artigo 618 do Código Civil: responsabilidade por vícios de solidez e segurança da obra de edifícios ou outras obras consideráveis 29
1.2.6 A empreitada a preço fixo e a problemática da revisão do preço da obra 30
1.2.7 A subempreitada e a responsabilidade do empreiteiro principal por danos ocasionados por subempreiteiros 33
1.2.8 Hipóteses de suspensão e término do contrato de empreitada 34
1.3 O contrato de empreitada e sua aplicação prática na atualidade 36
CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE EPC NO FINANCIAMENTO DE PROJETOS 38
2.1 Conceito preliminar de financiamento de projetos 39
2.2 As Vantagens e Desvantagens do Financiamento de Projetos e sua Aplicação Prática 42

2.3 O Financiamento de Projetos Enquanto Rede de Contratos 46
2.4 O regime jurídico do contrato de EPC no financiamento de projetos 52
2.4.1 A função econômico-jurídica do contrato de EPC 54
2.4.2 A natureza jurídica do contrato de EPC 57
2.4.3 Principais aspectos jurídicos do contrato de EPC 64
2.4.3.1 A elaboração do projeto da obra (*design*) 66
2.4.3.2 Precificação e forma de pagamento 68
2.4.3.3 Regras sobre a revisão do escopo da obra, do preço e do prazo para entrega, tendo em vista circunstâncias específicas surgidas nos trabalhos 73
2.4.3.4 Conclusão dos trabalhos e transferência da obra para o proprietário (*taking over*) 76
2.4.3.5 Medidas para coibir atrasos na entrega da obra (*liquidated damages for delay*) e desvios de performance em relação à obra entregue (*performance liquidated damages*) 79
2.4.3.6 Medidas relacionadas à entrega das obras com defeito (*defective work*) 82
2.4.3.7 Inadimplemento, Suspensão e Término do Contrato de EPC 85
2.4.3.8 Hipóteses de Limitação de Responsabilidade no contrato de EPC 88
2.4.3.9 Aspectos relacionados a seguro no contrato de EPC 90
2.4.3.10 Formas de prevenção, administração e resolução de conflitos em contratos de EPC 93
2.4.4 O regime jurídico do contrato de EPC aplicado às obras públicas 98
2.4.5 Aplicação de dispositivos do Código Civil da empreitada ao contrato de EPC e sua adequação ao financiamento de projetos 103
CONCLUSÃO 107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 108

INTRODUÇÃO

O setor de construção ocupa, atualmente, posição de destaque dentre os ramos da economia brasileira. Algumas das grandes empresas do ramo de construção civil atravessaram, na última década, processos de abertura de capital na BM&FBOVESPA, admitindo acionistas minoritários dentro do seu quadro social e profissionalizando a sua gestão, de forma a torná-las mais atrativas para o investidor nacional e estrangeiro.

Ademais, os principais investimentos governamentais em obras públicas tiveram a participação de determinadas empresas do ramo, as quais contaram, na maioria dos casos, com financiamento do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para conclusão da obra. Em algumas situações, as obras contaram também com financiamento de instituições externas de fomento, tais como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

Um dos modelos mais utilizados de financiamento para a consecução de empreendimentos de infraestrutura, no Brasil e no exterior, é o do financiamento de projetos (em Inglês, *project finance*). O fundamento desse modelo reside no financiamento de empreendimentos em que o financiador não tem acesso (*nonrecourse*) ou tem apenas acesso restrito (*limited recourse*) ao patrimônio dos empreendedores, de forma que a principal garantia dos credores são as receitas futuras do próprio empreendimento.

Para se atingir tal objetivo, os sócios patrocinadores do projeto constituem, via de regra, uma sociedade de propósito específico (também conhecida pela sigla "SPE"), que será a titular dos ativos e passivos relativos ao empreendimento. Os sócios patrocinadores, por outro lado, respondem apenas pelo investimento feito no capital da SPE, ou, eventualmente, na medida de eventual garantia pessoal ou real exigida pela instituição financeira para a concessão do empréstimo (no modelo *limited recourse*).

Para além do contrato de financiamento (mútuo de escopo), o financiamento de projetos, do ponto de vista jurídico, corresponde a uma rede de negócios jurídicos celebrados entre a SPE, os financiadores, fornecedores e adquirentes do produto final do

projeto. Tais negócios jurídicos objetivam regular os direitos e deveres recíprocos dos sujeitos, de modo a permitir a adequada alocação de riscos entre as partes envolvidas no projeto e a consecução do seu fim social, qual seja, a exploração da atividade respectiva e a produção de riquezas para circulação no mercado.

Um dos negócios jurídicos mais relevantes, no âmbito de um financiamento de projetos, é o contrato de construção do empreendimento. São os chamados, na designação anglossaxã, *construction contracts*. Uma das espécies mais recorrentes em um financiamento de projetos de contrato de construção é o contrato de *Engineering, Procurement and Construction* (ou contrato de EPC). Por meio deste contrato, o empreiteiro (ou epecista) obriga-se a elaborar o projeto da obra, segundo as especificações apresentadas pelo dono da obra, a contratar o fornecimento de materiais e equipamentos, construir o empreendimento e entregá-lo à sociedade do projeto para operação.

Sobre tal contrato paira uma dúvida, na doutrina, acerca da correta classificação de sua natureza. Há autores que defendem ser um contrato atípico, outros que se trata de uma empreitada integral com características próprias a depender das especificações do projeto em questão.

Na contramão do desenvolvimento recente dos contratos de construção fora do Brasil, entre nós o contrato de empreitada é um dos institutos jurídicos que menor atenção recebeu dos doutrinadores e juristas. Existem, atualmente, poucos estudos e monografias dedicados ao instituto jurídico da empreitada, o que parece ser um contrassenso, dada a relevância do tema e sua ampla aplicação ao setor da engenharia, infraestrutura e indústria.

De acordo com a norma constante do Artigo 610 do Código Civil, “o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais”. O Código Civil não apresenta uma definição do que seja o contrato de empreitada, apenas contém uma definição acerca do que pode ser objeto da empreitada.

No entanto, a doutrina, ao discorrer sobre a empreitada, a define como o “contrato pelo qual alguém se obriga a fazer certa e determinada obra a outrem, mediante

remuneração previamente determinada ou proporcional ao trabalho executado".[1] A empreitada, ainda, é classificada, segundo sua natureza, como negócio jurídico bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual e não solene.

Em virtude do acima exposto, o tema da dissertação será a análise do regime do jurídico do contrato de EPC, à luz das regras da empreitada integral previstas no Código Civil de 2002, com o objetivo de apurar (i) a natureza jurídica do contrato de EPC, sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro; (ii) a aplicação das regras previstas no Código Civil e na legislação esparsa sobre a empreitada ao contrato de EPC e ao financiamento de projetos; e, (iii) se tal legislação atende às necessidades da praxe comercial, e, conforme o caso, em que medida o legislador poderia contribuir para o desenvolvimento da dogmática dos contratos de construção no Brasil.

Tomando por base o escopo acima definido, o Capítulo I da dissertação será dedicado a breves considerações acerca do contrato de empreitada, conforme o seu regime jurídico previsto no Código Civil de 2002, bem como o campo de aplicação prática da empreitada no Brasil. O Capítulo II terá como objetivo tratar do regime jurídico do contrato de EPC, levando-se em consideração os princípios que regem o financiamento de projetos (*project finance*) e os interesses dos sujeitos envolvidos em um projeto (e.g. a sociedade do projeto, o empreiteiro-epecista, o agente financiador, os fornecedores e adquirentes do produto final do empreendimento).

A título de desfecho da análise, a conclusão apresentará um sumário dos principais aspectos abordados e as considerações finais sobre o tema.

---

[1] PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.5.

CAPÍTULO 1 – DO CONTRATO DE EMPREITADA

Este primeiro capítulo tem como objetivo a análise, em linhas preliminares, do contrato de empreitada, conforme o regramento previsto nos Artigos 610 e seguintes da Lei nº 10.406/02 (Código Civil).

No início, será objeto de análise a evolução histórica do contrato de empreitada, desde a sua origem romana até o advento do Código Civil de 1916. Na sequência, será objeto de estudo o regramento jurídico do contrato de empreitada no Código Civil de 2002, em especial, as normas que mais interessam à análise do contrato de *engineering*, *procurement* and *construction* (ou contrato de EPC).

Dentre os aspectos a serem abordados, destacam-se a delimitação do tipo da empreitada dos demais tipos contratuais a ele relacionados, tais como a prestação de serviços, a compra e venda e o mandato. Ademais, serão analisados os elementos do suporte fático da empreitada, quais sejam, os elementos do núcleo e completantes, complementares e integrativos do suporte fático, bem como as diferentes espécies de empreitada encontradas no Código Civil e na prática comercial.

No âmbito do estudo da empreitada, serão abordados alguns temas especialmente recorrentes na doutrina e na prática. Entre eles, a problemática da revisão do preço e a questão da subempreitada são assuntos que demandarão nossa atenção. A obrigação de garantia do empreiteiro pela solidez e segurança de construções consideráveis (Artigo 618 do Código Civil), outrossim, será objeto de nossas considerações breves.

Por fim, este capítulo se encerrará com uma análise da aplicação prática do instituto da empreitada em nosso ordenamento jurídico, mormente no que diz respeito à execução de obras de grande porte, com atuação de diversos empreiteiros e subcontratados.

1.1 A Origem do Contrato de Empreitada e sua Evolução Histórica até o Código Civil de 1916

O contrato de empreitada tem sua origem no Direito Romano, o qual previa três espécies de *locatio conductio*: a *locatio conductio rerum* (hoje equivalente à locação de coisas), a *locatio conduction operarum* (antiga locação de serviços do Código Civil de 1916, hoje correspondente ao contrato de trabalho da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) e a *locatio operis faciendi* (hoje correspondente ao contrato de empreitada).[2]

A distinção entre as três espécies consistia em que, na *locatio conduction rerum*, o objeto da locação era uma coisa infungível, ao passo que, na *locatio conduction operarum*, a locação era de serviços prestados a alguém mediante retribuição, e, na *locatio operis faciendi*, a obrigação consistia na entrega de certa obra (*opus*) a alguém, mediante pagamento do preço convencionado.[3] A distinção entre as duas últimas categorias consistia em que, na *locatio conduction operarum*, a obrigação assumida pelo contratado era de meio, enquanto que na *locatio operis faciendi* a obrigação era de resultado.[4]

A *locatio conductio operarum* teve pouca aplicação prática no Direito Romano, dada a predominância do trabalho escravo. Os trabalhos ditos intelectuais (*operae liberales*), em que não concorria o elemento de subordinação, não podiam ser objeto da *locatio conductio operarum*.[5] A *locatio operis faciendi*, por outro lado, manteve sua essência inalterada até os tempos atuais.

O Direito Francês instituiu dois tipos contratuais para expressar a *locatio conductio*: a *louage de chose* (locação de bens móveis e imóveis, dos Artigos 1.713 e seguintes do Código Napoleão) e a *louage d'ouvrage et d'industrie* (Artigos 1.779 e seguintes do Código Napoleão), a qual se subdivide entre a *louage de services* (locação de

---

[2] GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 353.

[3] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit., p. 2.

[4] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 362.

[5] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit., p. 3.

serviços), *louage des voitures par terre e par eau* (contrato de transporte por terra e pelas águas) e, finalmente, a *louage des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés*, que corresponde ao nosso contrato de empreitada propriamente dito.

O Direito Alemão, por meio do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1900, estabeleceu a divisão entre *Mietvertrag* (contrato de locação de coisas, do qual a locação de imóveis – *Mietverhältnisse über Wohnraum*, é subespécie), *Dienstvertrag* (contrato de prestação de serviços de qualquer natureza) e *Werkvertrag* (contrato de empreitada). Com relação ao último, o Código Civil Alemão o definiu como o contrato através do qual o empreiteiro (ou empreendedor) obriga-se à entrega de determinada obra, e o contratante ao pagamento da remuneração acordada (§631, Abs. 1).[6] A definição de obra, no BGB, consiste na criação ou alteração de uma coisa ou obtenção de algum outro resultado por meio de trabalho ou da prestação de serviços do contratado (§631, Abs. 2).[7]

O Código Civil Italiano (*Codice Civile*) prevê o *contratto della locazione* (contrato de locação de bens móveis e imóveis)[8], o *contratto dell'appalto* (contrato de empreitada)[9] e o *contratto del trasporto* (contrato de transporte)[10]. Com relação à prestação de serviços e ao contrato de trabalho, o *Codice Civile* dedica um livro inteiro (*Libro Quinto – Del Lavoro*), dividindo-o em trabalho em uma empresa (*lavoro nell'impresa*) e trabalho autônomo (*lavoro autonomo*), segundo a orientação e o pensamento político da época em que foi elaborado (década de 1940).

---

[6] No original, "*Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*"

[7] No original, "*Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein*".

[8] "*Art. 1.571. La locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo.*"

[9] "*Art. 1.655. L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.*"

[10] "*Art. 1.678. Col contratto di trasporto il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro.*"

O Código Civil brasileiro de 1916, de autoria de Clóvis Bevilacqua, foi imbuído da tradição romana e dos códigos europeus (em especial, do BGB Alemão), ao disciplinar as relações jurídicas obrigacionais. Nesse sentido, foi estabelecida a repartição entre a locação de coisas (Artigos 1.188 e seguintes), a locação de serviços (Artigos 1.216 e seguintes) e o contrato de empreitada (Artigos 1.237 e seguintes)[11].

No Código Civil de 1916, o instituto da empreitada, em linha com a tradição romana, era tradicionalmente vinculado à execução de obras de engenharia e arquitetura, o que motivou a redação do Artigo 1.246 do Código Civil revogado.[12] O atual Código Civil não reproduziu tal restrição, podendo se contratar a empreitada para execução de qualquer tipo de obra.

O contrato de empreitada, que teve seu primeiro regramento completo entre nós com o diploma civil de 1916, poucas alterações sofreu com o Código Civil de 2002, que será objeto de estudo a seguir. As bases do instituto foram mantidas, o que demonstra, por um lado, a solidez do arcabouço de normas vigentes, e, por outro lado, denota que poucas inovações foram introduzidas no atual Código Civil no que concerne ao contrato de empreitada.

1.2 O regime jurídico da empreitada no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, em matéria do contrato de empreitada, pouco inovou em relação ao Código Civil de 1916, mantendo em vigor boa parte do regramento constante do Código Civil revogado.

O Código Civil atual mantém, em linha com o Código Civil de 1916, a distinção entre a empreitada só de lavor e a empreitada de materiais e trabalho (Artigo 610). Tal

---

[11] "Art. 1.237. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela ou só com seu trabalho, ou com ele e os materiais."

[12] "Art. 1.246. O **arquiteto**, ou **construtor**, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que os dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se argumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro." (grifos nossos)

classificação adquire relevância no novo diploma, pois na empreitada só de lavor o empreiteiro não responde pelos riscos em que não tiver culpa (Artigo 612 do Código Civil).

Uma das alterações trazidas no Livro I, Título VI, Capítulo VIII do Código Civil de 2002 (dedicado ao contrato de empreitada) foi a inserção da norma do Artigo 620, que possibilita ao proprietário solicitar a revisão do preço da obra, em caso de redução no preço dos materiais ou da mão de obra superior a 1/10 (um décimo) do preço global convencionado. Esse ponto será retomado oportunamente.

Outra inovação prevista foi a previsão de suspensão da obra pelo empreiteiro, quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço (Artigo 625, inciso II do Código Civil de 2002).

Tal dispositivo apresenta-se em linha com a cláusula geral de resolução de contrato de execução diferida ou continuada (como é o caso da empreitada) por onerosidade excessiva, constante dos Artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002.

Outro reflexo da aplicação da regra da onerosidade excessiva em matéria de empreitada pode ser encontrada no Artigo 621 do Código Civil de 2002. Segundo esse dispositivo, o proprietário poderá introduzir alterações no projeto original sem autorização de seu autor, caso, por motivos supervenientes ou de ordem técnica, a sua execução seja inconveniente ou excessivamente onerosa.

1.2.1 Delimitação do tipo legal da empreitada

O contrato de empreitada é comumente associado com outros tipos contratuais previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, costuma-se vincular a empreitada aos institutos da prestação de serviços, ao mandato e à própria compra e venda, dada a similitude das prestações envolvidas nos respectivos negócios jurídicos.

A obrigação principal do empreiteiro é a entrega de determinada obra, para a qual o empreiteiro concorre com os seus esforços. Na lição de ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, "o contrato pelo qual alguém se obriga a fazer certa e determinada obra a outrem, mediante retribuição previamente determinada ou proporcional ao trabalho executado."[13] A obrigação, portanto, do empreiteiro é de resultado, não bastando, para a satisfação do interesse do dono da obra, que o empreiteiro ou terceiros concorram com seus serviços, sem que a obra contratada seja concluída e entregue no prazo e de acordo com as especificações fixadas no contrato.

Diferentemente, no contrato de prestação de serviços (conforme previsto nos Artigos 593 e seguintes do Código Civil), ainda que a remuneração só seja devida ao cabo dos trabalhos (e não por unidade ou medida do trabalho executado), o elemento preponderante é a prestação de serviços em troca de determinada remuneração, ou seja, os serviços são considerados como fim em si mesmo. Consequentemente, a obrigação do contratado é de meio.[14]

A distinção entre o contrato de empreitada e o mandato é um pouco mais tênue. Conforme preconizado por PONTES DE MIRANDA, o mandato é "o contrato pelo qual se criam a alguém o *dever* e a *obrigação*, perante outrem, da gestão de negócios que se lhe entregam, com ou sem poder de representação."[15] Ou seja, é possível que haja mandato sem poder de representação, assim como a outorga de poderes de representação para outrem não depende, necessariamente, da celebração de um mandato.

Na empreitada, pode ser que o empreiteiro pratique atos no interesse do dono da obra, a depender das circunstâncias do caso concreto e do que for estipulado no contrato. No entanto, não constitui o cerne da empreitada a gestão de tais negócios nem a prática de tais atos no interesse do contratante. Ademais, o mandato pode implicar a prática de atos

---

[13] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit., p. 5.

[14] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 364.

[15] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado. t. XLIII**. 3. ed. 2. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 4.

pelo mandatário com poder de representação, ou seja, o ato praticado pelo mandatário produz efeitos na esfera jurídica do mandante.[16] O empreiteiro não age, via de regra, como representante do proprietário ou dono da obra, salvo se estipulado de outra forma no contrato.

No que diz respeito à diferenciação entre a empreitada e o contrato de compra e venda, a primeira tem como objeto a prestação de obra específica, encomendada pelo dono da obra ao empreiteiro, a qual pode demandar a compra de materiais e insumos. Os materiais e insumos adquiridos pelo empreiteiro ou transferidos pelo proprietário são incorporados à obra sendo por ela absorvidos.

A distinção entre a empreitada e a compra e venda reside, portanto, na qualidade da prestação devida pelas partes: na empreitada, o contratado (= empreiteiro) obriga-se a entregar a obra específica, pronta e acabada, para a qual ele contribui com seu trabalho (obrigação de fazer). Na compra e venda, a prestação é a transferência de bem móvel ou imóvel adquirido contra o pagamento do preço respectivo, ou seja, a obrigação preponderante corresponde a um "dar" e não um "fazer".[17]

Na sequência, serão analisados os elementos (nucleares, complementares e integrativos) do suporte fático do contrato de empreitada.

1.2.2 Elementos do suporte fático da empreitada

O objetivo deste subitem é estudar os elementos do suporte fático do contrato de empreitada. Segundo classificação proposta por MARCOS BERNARDES DE MELLO, o suporte fático de um fato jurídico é composto por elementos cerne e completantes do núcleo (= elementos nucleares), elementos complementares e elementos integrativos.[18]

---

[16] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 425.

[17] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 365.

[18] Para uma conceituação acerca de elementos nucleares, complementares e integrativos do suporte fático dos fatos jurídicos *lato sensu*, vide MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85 e seguintes.

Adotar-se-á, como premissa, a classificação da empreitada na categoria de negócio jurídico bilateral de conteúdo patrimonial (= contrato), sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual e (normalmente) de execução única e duradoura no tempo.[19] Além disso, é preconizada na doutrina a natureza divisível da obrigação da empreitada e o elemento pessoal na sua execução.[20]

Em linhas gerais, os elementos cerne e completantes do núcleo correspondem aos elementos de existência do negócio jurídico preconizados por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO.[21]

Com relação aos elementos cerne do núcleo do suporte fático, no âmbito do contrato de empreitada, uma primeira característica diz respeito à qualidade das partes: nas empreitadas de obras de construção, o empreiteiro é normalmente sociedade do ramo da engenharia ou arquitetura com *expertise* na elaboração de projetos e administração de obras, embora isso não seja um requisito legal. O proprietário pode ser um indivíduo ou entidade coletiva com atuação nos mais diversos ramos da economia (i.e. sociedades, associações e fundações).

Outro dos elementos cerne do núcleo do suporte fático é o consentimento das partes (empreiteiro, de um lado, e dono da obra ou proprietário, de outro). Não há exigência em lei de qualquer formalidade para a celebração do negócio jurídico, bastando que o consentimento seja recíproco e abarque todo o conteúdo negocial avençado entre as partes.[22]

---

[19] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 365.

[20] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit., p. 8.

[21] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

[22] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit., p. 11.

O elemento nuclear completante do suporte fático relativo ao objeto do contrato corresponde ao conceito de *obra*, o qual é amplo e pode assumir diversas configurações fáticas. Nesse sentido, é importante ressaltar que o objeto do negócio jurídico empreitada deve consistir na criação, modificação, aumento ou diminuição de algum bem, ou parte dele.[23]

Outro dos elementos completantes do núcleo do suporte fático da empreitada é o preço (= remuneração devida ao empreiteiro), o qual deverá ser objeto de estudo em item específico abaixo. Nesse ponto, cabe antecipar que o preço deverá ser expresso em moeda corrente nacional e, ainda, ser determinado ou determinável, segundo critérios fixados no contrato, uma vez que a empreitada é contrato comutativo e não aleatório.[24]

Com relação aos elementos complementares do suporte fático, são eles, na empreitada, os mesmos aplicáveis aos negócios jurídicos bilaterais em geral e estão previstos nos Artigos 104 e seguintes do Código Civil. No que diz respeito à validade do negócio jurídico em questão, são relevantes os vícios da declaração de vontade, e, em especial, o erro e a lesão[25], uma vez que no contrato de EPC uma das partes (i.e. o dono da obra) pode não ser dotada de conhecimentos específicos em matéria de construção.

Os elementos integrativos do negócio jurídico correspondem, em linhas gerais, aos fatos cuja ocorrência têm como consequência a irradiação de determinado efeito adicional à eficácia normal do negócio jurídico. No âmbito da empreitada, adquirem especial relevância os termos e condições de que as partes dotam o negócio jurídico, que têm a finalidade de lhe modular a eficácia, a depender da verificação de determinados eventos futuros, certos ou incertos.

---

[23] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIV. cit. p.375.

[24] Embora o contrato de empreitada seja não comutativo, é possível que dele advenham prejuízos para as partes. No entanto, tal fator não é suficiente para que a empreitada seja classificada dentre os contratos aleatórios (cf. PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit., p. 11).

[25] Os institutos do erro e da lesão estão regrados pelos Artigos 138 e 157 e seguintes do Código Civil de 2002, respectivamente.

1.2.3 As diferentes espécies de empreitada

O Código Civil de 2002 e a prática comercial reconhecem algumas espécies de empreitada, segundo o objeto das prestações, a forma da remuneração avençada e outros critérios específicos. Nos subitens a seguir, as principais modalidades de empreitada serão resumidamente expostas.

1.2.3.1 Conforme o Código Civil

O Código Civil de 2002 previu duas modalidades de empreitada, quais sejam, a empreitada em que o empreiteiro fornece apenas mão de obra (empreitada só de lavor) e a empreitada em que o empreiteiro fornece a mão de obra e também os materiais (empreitada de lavor e materiais ou mista).

A distinção acima exposta adquire relevância, na seara do Código Civil, uma vez que nela se fundamentam as regras sobre transferência de riscos entre empreiteiro e proprietário. A título de exemplo, o Artigo 611 do Código Civil de 2002 prevê que, quando o empreiteiro fornece os materiais, os riscos da obra correm por sua conta até a entrega, a contento do dono da obra, exceto se este estiver em mora de receber.

A empreitada de lavor não obedece à mesma regra: nesta modalidade, o empreiteiro apenas responderá pelos riscos em que efetivamente incorrer com culpa, sendo os demais corridos pelo dono da obra (Artigo 612 do Código Civil de 2002).

Embora de grande relevância dogmática, a distinção entre a empreitada mista e a de lavor não é a única existente e nem a mais relevante do ponto de vista prático. As subseções a seguir tratarão dessas modalidades.

1.2.3.2 Demais classificações da empreitada

A doutrina e a prática empresarial criaram outras classificações para o fenômeno da empreitada, com base em critérios variados. As mais relevantes do ponto de vista prático

são as criadas a partir do critério da forma de remuneração e do objeto empreitado, as quais serão objeto das subseções a seguir.

1.2.3.2.1 Segundo a forma de remuneração

Quanto à forma de remuneração, a empreitada pode ser: (i) a preço global ou a preço fixo; (ii) a preço de custo mais uma margem percentual (*cost-plus basis*); e (iii) fixada por unidade, série ou medida da obra.

A empreitada a preço global ou fixo é aquela que, no âmbito do financiamento de projetos, tem a maior aplicação. O preço é global, ou seja, engloba a elaboração dos projetos, a aquisição de todos os insumos e máquinas, o emprego da mão de obra e a administração da obra. O preço é fixo, reajustável segundo índice oficial pré-fixado no instrumento contratual.

A vantagem, para o empreitante, da empreitada a preço global é que ele já sabe de antemão o quanto vai ter de pagar ao empreiteiro pela obra. Em outras palavras, o risco pela elevação dos custos de construção e mão de obra reside por completo com o empreiteiro.

Essa modalidade pode apresentar a desvantagem para o proprietário de estar sujeito à utilização, pelo empreiteiro, de materiais de inferior qualidade e tecnologia defasada, tendo em vista a procura por redução de custos e garantia de uma margem de lucro do empreiteiro. Tal desvantagem, no entanto, pode ser mitigada por meio de uma fiscalização mais rígida exercida pelo dono da obra.[26]

---

[26] CARVALHO, Miranda Carvalho. **Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 25: "A vantagem da empreitada a preço fixo reside em premunir o dono da obra contra as incertezas do seu custo, sujeito não raro a variações sensíveis e inesperadas, porém a sua desvantagem, aliás, removível ou, ao menos, grandemente diminuível por uma severa fiscalização da obra e outras garantias contratuais de sua perfeita execução, se reduz a expôr o dono a ter uma **obra mal acabada, em consequência da série de machinações e fraudes de que o empreiteiro pouco escrupuloso pode lançar mão, para amenizar o prejuízo oriundo de haver contratado a obra por um preço não compensador**." (grifos nossos)

Diferentemente da empreitada por preço global, a remuneração da empreitada também pode ser estabelecida com base nos custos efetivamente incorridos com a obra, mais uma margem percentual que corresponde ao lucro do empreiteiro (*cost-plus basis*).

Esse arranjo tem a vantagem de garantir, para o empreiteiro, certa maleabilidade com relação a riscos de elevação de custo de mão de obra e materiais, os quais são em grande medida assumidos pelo dono da obra. Para mitigar esse efeito negativo, as partes podem lançar mão de um preço máximo para a obra, o qual não poderá ser ultrapassado pelo empreiteiro sob pena de ter de arcar com os referidos custos.[27]

Como será demonstrado, do ponto de vista do financiamento de projetos, o estabelecimento de remuneração com base em valor de custo implica um risco para os patrocinadores do projeto, razão pela qual a modalidade de empreitada a preço fixo (ou *lump-sum price*) é a mais utilizada.

Por fim, a remuneração pode ser fixada por unidade, série ou outra forma de medida da obra. Segundo ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA,

> "o principal inconveniente desta modalidade de empreitada reside na circunstância de não se poder saber com antecipação o preço total da construção, que somente poderá ser determinado depois de estar a obra definitivamente concluída."[28]

Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 admite expressamente a possibilidade da empreitada ser determinada por medidas. Nesse caso, o pagamento deverá ser feito conforme a proporção da obra executada (Artigo 614 do Código Civil de 2002).

---

[27] Segundo Alfredo de Almeida Paiva, esse arranjo contratual se aproxima muito do contrato de empreitada a preço fixo (PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 22).

[28] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 21.

1.2.3.2.2 Segundo o objeto da empreitada

Outro critério utilizado na classificação da empreitada tem como fundamento o objeto empreitado. Nesse sentido, a empreitada pode ter como objeto a totalidade da obra (empreitada integral) ou apenas parte dela (empreitada parcial), sendo possível a coexistência de duas ou mais empreitadas sobre a mesma obra.

Além disso, também se verifica na prática a existência da empreitada por administração, a qual se caracteriza pelo fato do empreiteiro apenas dirigir e administrar a construção, não tendo envolvimento direto na obra.[29] Normalmente, é o próprio empreitante que contrata o fornecimento de materiais e se encarrega, por si ou mediante a contratação de terceiros, da construção da obra.

É muito comum, na empreitada por administração, que a remuneração seja calculada com base em um percentual sobre o custo final apurado, tendo em vista não só o preço da mão de obra, mas também os materiais e despesas da construção.

Esse modelo tem o inconveniente de exigir, por parte do dono da obra, uma fiscalização mais intensa, dada a tendência do empreiteiro de acrescer o custo da construção, por meio da compra de materiais e contratação de mão de obra mais caras, aumentando, dessa forma, a sua remuneração.[30]

Por essa razão, o contrato de empreitada por administração não é empregado com muita frequência em um financiamento de projetos. Nesse caso, o dono da obra é uma sociedade de propósito específico, a qual procura delegar a maior parte dos riscos aos empreiteiros envolvidos na obra, assumindo para si e para os patrocinadores do projeto o menor grau de riscos possível.

---

[29] No direito da "common law", a empreitada por administração também é conhecida pela sigla EPCM (*Engineering, Procurement and Construction Management Agreement*).

[30] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 23.

1.2.3.2.3 Modalidades especiais de empreitada

Além das modalidades de empreitada mencionadas acima, outras modalidades foram contempladas em legislação esparsa e desenvolvidas na prática negocial.

Com relação às modalidades previstas na legislação esparsa, especial relevo merecem as modalidades da empreitada de obras públicas, cujo regramento está na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas)[31], e a empreitada no âmbito de incorporações imobiliárias, nos termos da Lei nº 4.591/64 (Lei de Incorporações Imobiliárias)[32].

Quanto aos modelos de empreitada desenvolvidos pela praxe, para além daqueles abordados anteriormente, também podem ser citadas, a título meramente exemplificativo, a empreitada por tarefa[33], a empreitada de produção, a empreitada por tempo fixo, a empreitada principal e a empreitada acessória.

Tais denominações, no entanto, pouco contribuem para o estudo do contrato de empreitada, adquirindo apenas relevância no âmbito da prática comercial. Todas elas já se encontram contidas em alguma das modalidades de empreitada explanadas neste item 1.2.3 da dissertação.

---

[31] A Lei de Licitações Públicas (Lei nº 8.666/93) contém uma definição de empreitada integral, a qual é frequentemente associada ao contrato de *Engineering, Procurement and Construction* (= contrato de EPC). Esse ponto será retomado em item específico abaixo.

[32] Vide o Artigo 48 da Lei nº 4.591/64: "Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.
§ 1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato;
§ 2º Do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação."

[33] A empreitada por tarefa é subespécie da empreitada por administração, utilizada na lavoura e em pequenos trabalhos de natureza manual, e na qual os tarefeiros "nada mais são do que pequenos empreiteiros, ou melhor, operários que executam seu trabalho, não obstante a inexistência de um laço de subordinação direta entre eles e quem tenha encomendado a obra" (PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 23). Segundo o próprio autor indica, há uma tendência desses contatos serem absorvidos pelo contrato de trabalho, conforme regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

1.2.4 As regras sobre alocação de riscos pela entrega da obra

O Código Civil de 2002, seguindo a tradição do Código Civil de 1916, optou pela distinção da empreitada de lavor e de materiais (ou mista), da qual decorre o regime de responsabilidade pelos riscos da obra.

No caso da empreitada de materiais, o empreiteiro responde por todos os riscos até a entrega da obra (Artigo 611 do Código Civil de 2002), exceto se o dono da obra estiver em mora em relação ao recebimento, hipótese em que os riscos correrão por sua conta.[34] Tal não se verifica na empreitada de lavor: nesta, os riscos pelo fornecimento e emprego dos materiais correm por conta do proprietário, exceto se verificada culpa do empreiteiro (Artigo 612 do Código Civil de 2002).

A questão de alocação de riscos na empreitada é mais ampla do que as regras contidas na seção a ele destinada no Código Civil. Nesse sentido, a alocação de riscos é elemento essencial negociado entre as partes quando da determinação da remuneração do empreiteiro. Em regra, quanto maior o risco assumido pelo empreiteiro, maior a remuneração por ele exigida do dono da obra.[35]

Ainda, segundo o Artigo 613 do Código Civil de 2002, sendo a empreitada unicamente de lavor, caso o objeto do contrato pereça antes da entrega sem culpa do empreiteiro ou mora do empreitante, o empreiteiro perderá o direito ao recebimento da remuneração, salvo se o empreiteiro provar que o perecimento foi consequência de defeito de qualidade ou quantidade dos materiais por ele reclamado a tempo. Tal dispositivo deve

---

[34] Tal exceção constitui uma inovação do Código Civil de 2002. No Código Civil de 1916, caso se configurasse a mora do proprietário em receber a obra, os riscos eram repartidos entre o dono da obra e o empreiteiro, uma vez que se supunha que, não obstante a mora do proprietário, a obra permaneceria sob a guarda do empreiteiro (PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 35).

[35] ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-outs e Outras Figuras Afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 337.

ser interpretado como uma exceção à regra do Artigo 612, que prevê que os riscos em que o empreiteiro não tiver culpa ficam por conta do dono da obra.[36]

Outro risco também relevante no âmbito da empreitada é aquele oriundo da elevação ou redução acentuada no custo dos materiais e da mão de obra empregada. Tal risco, no entanto, será objeto de estudo no item a seguir.

1.2.5 Artigo 618 do Código Civil: responsabilidade por vícios de solidez e segurança da obra de edifícios ou outras obras consideráveis

Esse subitem terá como propósito tratar, especificamente, da norma contida no Artigo 618 do Código Civil de 2002, que corresponde ao Artigo 1.245 do Código Civil de 1916.

De acordo com a redação da norma, o empreiteiro de mão de obra e materiais responde pela solidez e segurança de obra de edifício ou outra construção considerável, durante o prazo de 5 (cinco) anos, decaindo deste direito o dono da obra que não intentar com a ação dentro de 180 (cento e oitenta) dias a contar do conhecimento do vício. Segundo explica a doutrina, o prazo de 5 (cinco) anos é irredutível, uma vez que o Artigo 618 constitui norma cogente, de interesse público.[37]

Uma primeira questão suscitada diz respeito à forma de contagem do prazo decadencial previsto na norma. Parte da doutrina defende que o prazo de 5 (cinco) anos constitui garantia legal e, portanto, o prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias deve ser contado, necessariamente, a partir do término do prazo inicial de 5 (cinco) anos.[38]

---

[36] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 37.

[37] REGO, Frederico Estellita de Macedo Rego; VECCHI, Denise Bueno. Contratos de Empreitada. In: **Revista de Direito Renovar**, n. 40, jan./abr. 2008, p. 14.

[38] DUQUE, Bruna Lyra. A responsabilidade civil no contrato de empreitada. In: **Boletim de Direito Imobiliário**, n. 13, jul. 2011, p. 7.

Diversamente, há autores que sustentam que, apesar da obrigação de garantia do empreiteiro ter sido fixada em lei, a norma do parágrafo único do Artigo 618 estabeleceu que o termo inicial para contagem do prazo de exercício do poder formativo modificativo ou extintivo da relação jurídica é a data de verificação, pelo dono da obra, do vício que afeta a solidez e segurança da obra e não o término do prazo de 5 (cinco) anos previsto no *caput* do Artigo 618.[39] Tal opinião parece, do ponto de vista dogmático, a mais acertada, tendo em vista a garantia dos interesses de ambas as partes envolvidas.

Ademais, a norma do Artigo 618 do Código Civil de 2002 deve ser interpretada em consonância com o Artigo 206, §3º, inciso V do mesmo diploma legal. Ou seja, se o dono da obra pretender simplesmente a reparação civil pelos prejuízos que lhe foram causados pelo empreiteiro, o prazo é prescricional e será de 3 (três) anos a contar da data de conhecimento do vício ou defeito.[40]

Caso o vício ou defeito não seja de espécie tal que afete a solidez e a segurança da obra, as normas serão aquelas aplicáveis aos vícios redibitórios em geral. Nesse sentido, sendo o bem imóvel, o prazo decadencial para redibição ou abatimento do preço (*actio quanti minoris*) será de 1 (um) ano a contar da entrega definitiva da obra (Artigo 445 do Código Civil).

1.2.6 A empreitada a preço fixo e a problemática da revisão do preço da obra

Outra problemática que aparece com grande frequência nos contratos de empreitada é a que diz respeito à estipulação de um preço fixo (ou *lump-sum price*) para a totalidade da obra e a possibilidade de revisão ulterior desse valor, tendo em vista acréscimos no valor de materiais, da mão de obra e outras alterações supervenientes nas condições contratadas.

---

[39] REGO, Frederico Estellita de Macedo Rego; VECCHI, Denise Bueno. *Contratos de Empreitada*. cit. p. 14.

[40] Cabe aqui ressaltar que, em se tratando de relação jurídica de Direito do Consumidor, o prazo para obtenção da reparação civil por fato do produto ou serviço é de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria (Artigo 27 da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor).

Segundo a teoria tradicional da imprevisão, em um contrato comutativo de execução continuada ou diferida no tempo, eventos extraordinários e não previstos pelas partes contratantes no momento da celebração do negócio jurídico podem ensejar a sua revisão, ou, se as partes não chegarem a um acordo quanto aos novos termos, à resolução do vínculo contratual.

Tal racional foi traduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, nos Artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002. No entanto, os tribunais brasileiros já vinham aplicando a teoria da imprevisão para determinar a revisão de avenças contratuais com base no Código Civil de 1916[41], em casos nos quais "o equilíbrio econômico inicialmente pactuado pelas partes tivesse sido rompido por circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis surgidas durante sua execução, com o fim de restabelecê-lo."[42]

A transformação ocorrida com o Código Civil vigente foi a de transformar uma regra antes excepcional e somente aplicada a casos específicos em norma jurídica dotada de amplitude e aplicação geral, uma vez verificados os seus pressupostos legais, fundamentada nas cláusulas gerais da boa fé na celebração e execução do contrato (Artigo 422), da função social do contrato (Artigo 421) e da vedação do enriquecimento sem causa (Artigo 884), todos do Código Civil de 2002.[43]

A aplicação da regra geral da revisão contratual em caso de onerosidade excessiva é muito discutida na doutrina sobre o contrato de empreitada.[44] O Código Civil de 2002

---

[41] Não obstante o Código Civil de 1916 proibisse expressamente o reajuste do preço em caso de acréscimo dos materiais e da mão de obra (Art. 1.246 do Código Civil de 1916), a doutrina e a jurisprudência já vinham reconhecendo tal possibilidade, em face de eventos imprevisíveis e que impactassem de forma considerável nos custos da empreitada (PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 41).

[42] WALD, Arnoldo. Aplicação da Teoria da Imprevisão na Empreitada. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 28, n. 98, jul. 2008, p. 61.

[43] WALD, Arnoldo. *Aplicação da Teoria da Imprevisão na Empreitada*. cit. p. 62.

[44] Algumas referências sobre a aplicabilidade das regras sobre revisão do preço da empreitada por onerosidade excessiva (cláusula *rebus sic stantibus*) na vigência do Código Civil de 1916 e após a promulgação do Código Civil de 2002 são as seguintes: PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. pp. 40 ss., MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, p. 252, JÚNIOR, Humberto Theodoro. O Contrato de Empreitada por Preço Global e a Teoria da Imprevisão. In: **Revista Magister de Direito Empresarial**, nº 43, fev-mar/2012, pp. 10 ss., WALD,

estabeleceu duas normas específicas sobre a revisão contratual no âmbito da empreitada, quais sejam:

a) *Artigo 619*: consagração da revisão do preço do contrato no que tange à realização de serviços complementares, quando resultarem de instruções do dono da obra (*caput*) ou se este tiver ciência dos serviços excedentes que estavam sendo realizados pelo empreiteiro e não se opuser (parágrafo único); e,

b) *Artigo 625, inciso II*: previsão de hipótese específica de revisão por onerosidade excessiva na empreitada, que independe do enriquecimento do dono da obra. Os seguintes requisitos específicos são necessários para sua incidência: (i) verificação de dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa; e, (ii) oposição do dono da obra ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado.

Cabe ressaltar que a incidência do regime geral previsto nos Artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002 e as duas normas específicas à empreitada expostas acima devem ser concomitantes e não excludentes.

Por fim, a questão da revisão contratual por onerosidade excessiva carece análise específica no modelo do contrato de EPC, no âmbito de um financiamento de projetos. O motivo disso reside no fato de que a aplicação irrestrita e sem critério das regras contidas no Código Civil de 2002 sobre a revisão contratual por onerosidade excessiva pode resultar em assunção de riscos, por parte do dono da obra, que normalmente seriam imputados ao epecista (= empreiteiro) em um modelo típico de contrato de EPC.[45] Esse ponto deverá ser objeto de tratamento ulterior no Capítulo II desta dissertação.

Arnoldo. *Aplicação da Teoria da Imprevisão na Empreitada*. cit. p. 64 e JÚNIOR, Hamid Charaf Bdine. Da Empreitada. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 858, abr/2007, pp. 82 ss.

[45] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 337: "Como se vê, o Contrato EPC pretende alocar para o empreiteiro uma série de riscos que, de outras forma, seriam incorridos pela SPE na construção de seu

1.2.7 A subempreitada e a responsabilidade do empreiteiro principal por danos ocasionados por subempreiteiros

Na maioria dos contratos de empreitada observados na prática, o empreiteiro não tem o conhecimento técnico ou a capacidade física de desempenhar todas as tarefas contratadas, sendo necessário o recurso a um ou mais terceiros para executar partes da obra (subempreitada parcial) ou o todo da obra contratada (subempreitada total).[46]

O elemento pessoal, no contrato de empreitada, é prescindível, salvo se o contrato for celebrado *intuitu personae*. Ou seja, poderá o empreiteiro, salvo se as partes tiverem acordado o contrário, subempreitar parte da execução da obra a um ou mais terceiros.

Na lição de PONTES DE MIRANDA,

> "subempreitada é o contrato de empreitada em que o empreiteiro contrata com terceiro, ou com terceiros, a execução daquilo de que se incumbira. Assemelha-se à sublocação. Não há qualquer sucessão no negócio jurídico de empreitada. O *subempreiteiro* está para o empreiteiro (*subempreitante*) como o empreiteiro para o empreitante."[47]

Em virtude do que precede, o empreiteiro permanece responsável, perante o empreitante, pela execução da obra e entrega no prazo e forma convencionados, independentemente do vínculo jurídico estabelecido entre o empreiteiro e o subempreiteiro.[48]

---

estabelecimento, incluindo risco de atraso na obra, risco de estouro do orçamento em decorrência do aumento de custos nos insumos ou de erro na previsão de quantidades de materiais e componentes e risco de ineficiência ou defeito dos equipamentos. Sendo da essência desse contrato a assunção de tais riscos pelo empreiteiro, **princípios tradicionais do direitos dos contratos devem ser aplicados com ressalvas e cuidados, como é o caso do princípio da onerosidade excessiva ou da teoria da imprevisibilidade (arts. 478 e 317, respectivamente), inclusive na sua versão aplicável ao contexto da empreitada (art. 625, II, do CC)**." (grifos nossos)

[46] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 371.

[47] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIV. cit. p.379.

[48] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 138.

Distinção, no entanto, deverá ser estabelecida entre o contrato de subempreitada e a cessão do contrato de empreitada, a qual depende da anuência de todos os contratantes. Na subempreitada, "cria-se nova relação jurídica, distinta da relação jurídica entre o empreitante e o empreiteiro."[49]

A subempreitada encontra grande campo de aplicação prática, considerando-se a exigência cada vez maior de *expertise* e competência técnica dos agentes na execução de obras de engenharia. Não se há de confundir, outrossim, a subempreitada com os contratos de trabalho que o empreiteiro celebra com os empregados que, sob sua direção e responsabilidade, executam a obra contratada.[50]

Ainda, importante ressaltar que nas espécies de empreitada em que o elemento pessoal predomina, a celebração de subempreitadas poderá caracterizar infração de dever por parte do empreiteiro, tornando o negócio jurídico de subempreitada *ineficaz* perante o empreitante (= ineficácia relativa).[51]

1.2.8 Hipóteses de suspensão e término do contrato de empreitada

Cabe, nesse ponto, analisar as hipóteses de suspensão e término do contrato de empreitada previstas no Código Civil de 2002, e os direitos que cabem a cada uma das partes em decorrência do exercício do poder formativo de extinção da relação jurídica.

O Código Civil de 2002 esquematizou, com maior detalhe, as hipóteses de suspensão da obra, prevendo situações em que o empreitante e o empreiteiro poderão, com ou sem justa causa, pôr fim à relação jurídica.

---

[49] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIV. cit. p.379.

[50] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., p. 372.

[51] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIV. cit. p.380.

Em primeiro lugar, cabe ao empreitante suspender a obra, sem qualquer motivação prévia, desde que pague ao empreiteiro as despesas relativas aos serviços já feitos, mais o lucro razoável que o empreiteiro deveria ganhar com a conclusão da obra (Artigo 623 do Código Civil de 2002). Essa norma corresponde, em linhas gerais, ao conteúdo da parte final do Artigo 1.247 do Código Civil de 1916.[52]

Inovação maior ocorreu no que diz respeito às hipóteses de suspensão da obra pelo empreiteiro. Segundo o Artigo 625 do Código Civil atual, poderá o empreiteiro suspender a obra (i) por culpa do dono da obra (inciso I); (ii) em caso de onerosidade excessiva decorrente de dificuldades imprevisíveis de execução (inciso II); ou, (iii) se as modificações exigidas pelo empreitante forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que este se disponha a pagar o incremento (inciso III).

Caso o empreiteiro decida interromper os trabalhos por motivo que não um dos elencados acima, deverá ele responder perante o empreitante por perdas e danos (Artigo 624 do Código Civil de 2002).

Para além das hipóteses mencionadas acima, também constitui hipótese de término do vínculo contratual o distrato de comum acordo entre empreitante e empreiteiro.[53]

O contrato de empreitada também pode ser resolvido na hipótese de um dos contratantes deixar de cumprir qualquer das obrigações contraídas (e.g., o empreiteiro não entrega a obra no prazo acordado, ou deixa de cumprir qualquer das instruções emitidas pelo dono da obra, ou caso este deixe de efetuar algum dos pagamentos por ele prometido). Em caso de inadimplemento, pelo empreiteiro, de alguma das instruções ou orientações emitidas pelo dono da obra, este pode também optar por enjeitar a obra (Artigo 615 do

---

[52] "Art. 1.247. O dono da obra que, fora dos casos estabelecidos nos ns. III, IV e V do art. 1.229, rescindir o contrato, apesar de começada sua execução, indenizará ao empreiteiro das despesas e do trabalho feito, assim como dos lucros que este poderia ter, se concluísse a obra."

[53] PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do Contrato de Empreitada*. cit. p. 142.

Código Civil de 2002), ou recebê-la com abatimento no preço (Artigo 616 do Código Civil de 2002).[54]

Para resolver questão controvertida no Código Civil de 1916, o Código Civil vigente prevê regra clara no sentido de que o contrato de empreitada não se extinguirá em caso de morte ou dissolução de qualquer das partes, salvo se tiver sido contraído levando em consideração qualidades especiais do empreiteiro (Artigo 626 do Código Civil de 2002).

1.3 O contrato de empreitada e sua aplicação prática na atualidade

O contrato de empreitada encontra vasta aplicação no ramo de engenharia, indústria e construção civil, em especial nas obras de construção de edifícios e outras construções complexas (e.g. obras de infraestrutura na área de energia, transportes, telecomunicações, bem como na engenharia civil).

No entanto, não se restringe a empreitada a este campo. Como elucidado por PONTES DE MIRANDA, a empreitada também abrange outros espectros de casos, tais como os contratos para representação de peças teatrais ou dação de concertos, ou mesmo o contrato por meio do qual alguém se compromete a pintar retrato de outrem, podendo a obra consistir em bem corpóreo ou incorpóreo.[55]

A praxe dos negócios tem criado diariamente novas espécies de empreitada, ao que surge a dificuldade de se classificar essas espécies como empreitadas dotadas de características especiais ou de verdadeiros contratos atípicos.

Alguns dos exemplos discutidos na atualidade, e que congregam elementos de diferentes tipos legais, são o contrato de "built-to-suit" (que reúne elementos de um

---

[54] GOMES, Orlando. *Contratos*. cit., pp. 370-1.

[55] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIV. cit. p.383.

contrato de locação, empreitada e financiamento)[56], o contrato de *Engineering, Procurement and Construction* (= contrato de EPC), que será objeto do Capítulo II desta dissertação e, no âmbito das obras públicas, as parcerias público privadas (PPP's), objeto de regulamentação pela Lei nº 11.079/04[57].

A discussão dos elementos típicos e atípicos deverá ser retomada no Capítulo II desta dissertação, na medida em que for empreendido esforço no sentido de classificar o contrato de EPC como contrato de empreitada com elementos especiais ou, eventualmente, como contrato atípico (de tipo modificado ou misto) ou socialmente típico.

---

[56] Tal contrato, antes legalmente atípico mas socialmente típico, passou a ser regulado pelo Art. 54-A da Lei nº 8.245/91, introduzida pela Lei nº 12.744/12, nos seguintes termos: "Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei."

[57] Serão tecidas breves considerações sobre o regime das parcerias público privadas (PPP's) no item 2.4.4 desta dissertação, que tratará do regime do contrato de EPC aplicado às obras públicas.

CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE EPC NO FINANCIAMENTO DE PROJETOS

Este capítulo terá como objeto o estudo do regime jurídico do contrato de engenharia, fornecimento e construção (*engineering, procurement and construction contract*, ou, simplesmente, contrato de EPC) tendo como contexto o modelo de engenharia financeira do financiamento de projetos.

Para tanto, será estabelecido um conceito preliminar de financiamento de projetos, o qual permeará toda a análise sobre o tipo contratual do contrato de EPC. Em sequência, serão abordadas as principais vantagens e desvantagens do financiamento de projetos e analisados os principais ramos de aplicação prática do instituto, desde projetos de infraestrutura, passando por plantas industriais e usinas termelétricas, culminando nas parcerias público-privadas (PPP's) implantadas recentemente no Brasil.

Para fins de auxiliar na análise do contrato objeto desta dissertação, far-se-á um resumo das etapas que compreendem um financiamento de projetos e da natureza do financiamento de projeto enquanto rede de contratos coligados entre si. A intenção não será analisar, em detalhe, cada um dos contratos que compõem a rede contratual do financiamento de projetos, mas tão somente indicar a função econômica e jurídica de cada etapa do processo e o papel reservado para os contratos de construção e, mais especificamente, para o contrato de EPC.

No bojo da análise do regime jurídico do contrato de EPC, estabelecer-se-á sua função econômico-social, sua natureza jurídica e classificação no ordenamento jurídico brasileiro (isto é, se contrato típico, atípico ou socialmente típico), bem como a questão da alocação de riscos no contrato de EPC, ou seja, por quais riscos responde o empreiteiro (também designado "epecista") e quais os riscos que os patrocinadores do projeto (no caso, a sociedade de propósito específico constituída para exploração do projeto) podem suportar sem afetar a sua capacidade de cumprir com os termos do financiamento e dos demais contratos celebrados no âmbito do projeto.

Ainda, serão analisados os principais aspectos jurídicos envolvidos em um contrato de EPC e que definem o seu regime jurídico. Apenas a título exemplificativo, alguns dos aspectos a serem abordados neste capítulo são: a elaboração dos desenhos e trabalhos de engenharia pelo empreiteiro, os métodos de precificação e forma de pagamento em um contato de EPC, as regras sobre a alteração do escopo, do preço total e do prazo de entrega da obra, bem como as medidas destinadas à recomposição do proprietário em virtude de atrasos na entrega da obra e de desvio de desempenho e qualidade do empreiteiro na obra entregue.

Este capítulo deverá contemplar, outrossim, uma análise preliminar do contrato de EPC na seara das obras públicas e, em especial, da Lei nº 8.666/93. Vale ressaltar que a aplicação do contrato de EPC no âmbito do Direito Público não constitui o escopo principal deste trabalho e está sujeito a um aprofundamento doutrinário e sistemático ulterior.

Encerra o capítulo uma análise da aplicação de determinadas normas previstas no regramento típico da empreitada no Código Civil ao modelo do EPC, tendo em vista a sua natureza e qualificação jurídica. Por fim, será empreendida uma análise da adequação das regras do Código Civil sobre a empreitada às necessidades atuais da praxe negocial, tendo como contexto a análise da demanda por um regramento unitário do contrato de EPC no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Conceito preliminar de financiamento de projetos

O financiamento de projetos, como método de engenharia financeira para consecução de projetos específicos de infraestrutura e similares, surgiu nos Estados Unidos da América em meados do século XX[58], tendo em vista a necessidade de que determinados projetos de escopo específico fossem financiados sem que os empreendedores nele

[58] LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O Projeto de Financiamento. In: **Pareceres. Vol. II**. São Paulo: Singular, 2004, pp. 1444-5.

envolvidos comprometessem todo o seu patrimônio com a exploração da atividade. Esta tem permanecido como a marca central desta forma de financiamento até os dias atuais.[59]

Há diversas definições de financiamento de projetos. A maioria das definições tem como base aquilo que distingue o financiamento de projetos das demais formas ordinárias de financiamento de empreendimentos empresariais, ou seja, o fato do credor receber, somente (a princípio), em garantia do financiamento concedido ativos relacionados ao projeto em questão. Nesse sentido, segundo definição constante de obra clássica de JOHN D. FINNERTY sobre o tema:

> "Project financing may be defined as the raising of funds on a limited-recourse or nonrecourse basis to finance an economically separable capital investment project in which the providers of the funds look primarily to the cash flow from the project as the source of funds to service their loans and provide the return of and a return on their equity invested in the project."[60]

Conforme se depreende da redação acima, os elementos principais do financiamento de projetos são três:

(i) o financiamento, contratado sem recurso (*nonrecourse*) ou com recurso limitado (*limited recourse*) ao patrimônio dos patrocinadores;

(ii) um projeto patrocinado por uma entidade dotada de personalidade jurídica e autonomia patrimonial em relação a seus sócios (comumente sob a forma de "sociedade de propósito específico" ou "SPE"); e

(iii) a existência de fluxo de caixa e outros ativos vinculados ao projeto em montante suficiente para repagar o financiamento e o investimento dos

---

[59] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*, cit. p. 19: "Para solucionar essas preocupações frequentes em grandes projetos, em que as sociedades patrocinadoras não têm capacidade ou disposição de responder diretamente pelo endividamento, desenvolveu-se a técnica do financiamento de projeto."

[60] FINNERTY, John. **Project Financing: Asset-Based Financial Engineering**. 2.ed. Hoboken, New Jersey (EUA): John Wiley & Sons, Inc., 2007, p. 1.

> patrocinadores do projeto (*equity*), mais um lucro a ser repartido entre as sociedades patrocinadoras do projeto, observadas as eventuais limitações para distribuição de resultados constantes dos instrumentos de financiamento.

A definição ora expressa ressalta a função econômico-social do fenômeno do financiamento de projetos, ou seja, o papel que ele exerce em determinados ramos da economia (em especial, no desenvolvimento de projetos na área de infraestrutura e geração de energia) e a sua relevante aplicação prática na sociedade atual.

De um ponto de vista econômico, o financiamento de projetos permite aos agentes econômicos a captação de recursos, junto a instituições financeiras ou outros agentes de crédito, por meio de um ou uma série de contratos que garantam ao financiador o recurso aos ativos do empreendimento, tais como o imóvel, as máquinas, equipamentos, as receitas oriundas da atividade, e, eventualmente, o patrimônio destinado por cada um dos patrocinadores ao projeto (isto é, as ações e demais valores mobiliários de titularidade dos sócios na sociedade de propósito específico).

O risco de crédito de um financiamento de projetos encontra-se, de um lado, no próprio financiador, que confia na capacidade do empreendimento de gerar receita para pagar pontualmente as parcelas do financiamento e seus encargos. Por outro lado, o financiador poderá exigir que o seu risco de crédito seja mitigado por meio da celebração, pela sociedade de propósito específico, de contratos de venda do produto ou serviço, por preço firme pré-acordado, a um comprador ou grupo de compradores que tenham risco de crédito bom, bem como que a referida sociedade mantenha, durante todo o período de exploração do projeto, contratos de fornecimento de insumo adequados às suas necessidades operacionais.[61]

Outra forma do agente financiador reduzir o risco de inadimplemento do seu crédito é garantir que a sociedade de propósito específico celebre um contrato de

---

[61] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 20.

empreitada global, também conhecido como contrato de engenharia (*engineering*), fornecimento (*procurement*) e construção (*construction*), ou contrato de EPC, por meio do qual o empreiteiro (também designado "epecista") obrigue-se a entregar a obra pronta e acabada, e a receber, em contrapartida, preço fixo pré-acordado (ou sujeito a variações mínimas, em especial para cobrir inflação acumulada no período dos custos incorridos pelo empreiteiro), sob pena do empreiteiro ter de arcar com penalidades que permitam à sociedade envolvida no projeto pagar as parcelas do financiamento acrescidas dos encargos respectivos.[62]

De um ponto de vista jurídico, o financiamento de projetos constitui uma rede complexa de contratos, verdadeira união de contratos interna ou por dependência (na terminologia de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS[63]), tendo como figura central o contrato de financiamento entre a sociedade de propósito específico (como mutuária) e a instituição financiadora do projeto (como mutuante). Este ponto será retomado no item 2.3, abaixo.

2.2 As Vantagens e Desvantagens do Financiamento de Projetos e sua Aplicação Prática

O financiamento de projetos, como aqui ressaltado, constitui uma modalidade de financiamento voltada para a consecução de projetos de médio e grande porte. Característica essencial dessa forma de financiamento é a condução, pelas patrocinadoras, do projeto de forma segregada de suas demais atividades, por meio de uma sociedade de propósito específico (ou, simplesmente, "SPE").

Para que se possa melhor entender a aplicação prática do financiamento de projetos, faz-se necessário analisar as razões que levam à utilização desta forma de financiamento, bem como algumas das vantagens e desvantagens que ela apresenta, mormente para (i) as sociedades envolvidas; (ii) o agente financiador; e, (iii) terceiros envolvidos no projeto (e.g. fornecedores de insumos utilizados no projeto, compradores do produto ou serviço e assim por diante).

---

[62] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 20.

[63] VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 222-3.

As razões e motivos que levam os patrocinadores a optarem por esta forma de financiamento são diversas. Um dos fatores é a complexidade e especificidade de determinados projetos, que demandam a atuação conjunta de empresas através de uma estrutura segregada de suas demais atividades. Dessa forma, permite-se que as sociedades concentrem seus esforços na geração de fluxo de caixa para o pagamento das parcelas do financiamento, sem que a entidade autônoma seja afetada pelos passivos das demais atividades conduzidas pelas patrocinadoras.[64]

Outra vantagem é a alocação de riscos entre as partes em um modelo de financiamento de projetos. Em um modelo clássico de financiamento, os patrocinadores têm de demonstrar o seu perfil de crédito para obter o financiamento desejado, sendo que, por vezes, o agente financiador exige determinados níveis de capitalização da sociedade (relação capital sobre dívida) como requisito para a concessão do empréstimo. Em um financiamento de projetos, como as receitas oriundas da exploração do empreendimento constituem a garantia principal dos credores, os patrocinadores transferem parte do risco de inadimplemento para os compradores do produto ou serviço, possibilitando, portanto, a maior alavancagem da sociedade de propósito específico.[65] [66]

---

[64] FINNERTY, John. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. cit. p. 27: "The structure of a project's liabilities will normally be less complex than the structure of each sponsor's liabilities. A project entity's capital structure typically has just one class of debt, and the number of other potential claimants is likely to be small." (tradução livre: "A estrutura dos passivos de um projeto normalmente será menos complexa do que os passivos de seus patrocinadores. A estrutura de capital de uma entidade utilizada no projeto tipicamente apresenta apenas um tipo de débito, e a quantidade de outros potenciais credores é possivelmente mais baixa").

[65] FINNERTY, John. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. cit. p. 26: "Project financing enables a project sponsor to finance the project on someone else's credit. Often, that someone else is the purchaser(s) of the project's output. (…) The project company may be able to finance with significantly greater leverage than would be normal the sponsor's capitalization." (tradução livre: "O financiamento de projetos permite ao patrocinador financiar o projeto com base no risco de crédito de terceiros. Esse terceiro, muitas vezes, é o adquirente do produto do projeto. A sociedade envolvida no projeto poderá se financiar com alavancagem maior do que seria o normal com base nos níveis de capitalização do patrocinador").

[66] Uma outra parte do risco de inadimplemento da sociedade de propósito específico é transferida para o próprio agente financiador, caso o comprador do produto ou serviço deixe, por qualquer razão, de adimplir as suas obrigações e, em virtude disso, os patrocinadores do projeto não tenham recursos para pagar as parcelas do financiamento, assumindo que os patrocinadores tenham constituído garantias em favor do credor apenas sobre as receitas e demais ativos da sociedade de propósito específico (*nonrecourse*) (v. BREALEY, Richard; COOPER, Ian; HABIB, Michel. **The Financing of Large Engineering Projects**. In: MILLER, Roger;

No entanto, também há algumas desvantagens reconhecidas pela doutrina na utilização do financiamento de projetos. Um dos pontos mais considerados é a complexidade envolvida na negociação dos diversos instrumentos jurídicos que compõem a rede de contratos. Tais contratos, em regra geral, demandam mais tempo e um engajamento maior de especialistas e consultores das partes do que a negociação de um financiamento convencional.[67]

Ademais, o custo de se obter dívida para o financiamento de um projeto é, em média, superior em relação às formas de financiamento convencionais, devido ao fato de que as garantias outorgadas em benefício do credor não envolvem, em regra geral, o patrimônio direto dos patrocinadores do projeto, mas apenas os ativos e as receitas futuras do empreendimento. Existem formas de reduzir o prêmio requerido pelo agente financiador, caso, por exemplo, o comprador do produto ou serviço assuma a obrigação de adquirir determinados volumes ou quantidades pré-acordados do referido produto ou serviço, independentemente das circunstâncias (*hell-or-high water contract*), reduzindo significativamente os riscos de inadimplemento das parcelas do financiamento pela sociedade de propósito específico.[68]

Cabe aqui ressaltar que, embora o termo "financiamento de projetos" refira-se, primordialmente, ao financiamento obtido pela sociedade de propósito específico para a finalidade de consecução de um objeto específico durante um determinado prazo, a expressão também pode assumir uma acepção mais ampla, podendo significar a obtenção, qualquer que seja a forma empregada (inclusive a subscrição e integralização do capital da

---

LESSARD, Donald. The Strategic Management of Large Engineering Projects: Shaping Institutions, Risk and Governance, MIT, 2000, p. 169).

[67] FINNERTY, John. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. cit. p. 29.

[68] FINNERTY, John. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. cit. p. 29: "(…) the cost of debt is typically higher in a project financing than in a comparable conventional financing because of the indirect nature of the credit support" (tradução livre: "(…) o custo da dívida é tipicamente superior em um financiamento de projetos em comparação com um financiamento convencional devido à natureza indireta da garantia outorgada para satisfação do crédito").

sociedade de propósito específico pelos patrocinadores), de recursos para o custeio de certo objetivo.[69]

Entre os ramos de maior aplicação prática do financiamento de projetos, estão os setores de infraestrutura e obras de engenharia complexa, incluindo túneis, gasodutos e oleodutos, produção de energia (inclusive em regime de cogeração), construção e implantação de plantas industriais, bem como outros setores, regulados ou não, que demandem relevante investimento de capital e com possibilidade de repagamento do financiamento obtido e do capital investido pelos patrocinadores em prazo razoável.[70]

No Brasil, seguindo tendência observada nos países em fase de desenvolvimento ou emergentes, o modelo do financiamento de projetos tem sido amplamente utilizado como método de obtenção de financiamento para projetos de médio e grande porte, em especial na área de infraestrutura (sejam eles projetos que envolvam obras destinadas ao público ou privadas, financiadas por instituições públicas ou privadas[71]), geração de energia, óleo e gás e transportes, que tenham entre suas características básicas a geração de um fluxo de caixa mínimo para pagamento das parcelas do financiamento e dos encargos devidos ao agente financiador.[72]

---

[69] Tal acepção mais ampla, no entanto, não corresponde ao emprego tradicional da expressão "financiamento de projetos", a qual normalmente está associada à relação que se estabelece entre a sociedade de propósito específico e o agente financiador, quer por meio de um contrato de mútuo de escopo específico, quer por meio da emissão de um valor mobiliário (e.g. debêntures conversíveis ou não em ações da sociedade de propósito específico), título de crédito ou contrato de outra natureza que contemple os direitos e obrigações das partes, em especial os direitos do agente financiador em face da sociedade envolvida no projeto e os deveres desta perante aquele (v. ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 27).

[70] Para exemplos recentes de aplicação do financiamento de projetos nos EUA e na Europa, com base no método analítico do *case study*, vide os capítulos 15 a 19 da obra de FINNERTY, John. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. cit. pp. 288-399.

[71] Dentre as obras públicas realizadas sob o modelo do financiamento de projetos, observa-se na prática a utilização dos regimes de concessão pública, permissão pública e o regime de parceria público-privada – PPP, recentemente instituída no Brasil através da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Este tema será retomado, no âmbito da análise do contrato de EPC, no item 2.4.4 abaixo.

[72] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 19. Neste ponto, especial relevo deve ser dado ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, o qual é "certamente o banco brasileiro que mais concede financiamentos com foco em projetos e um dos maiores responsáveis pela introdução e disseminação de tal modalidade de financiamento no Brasil" (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., pp. 24-5).

2.3 O Financiamento de Projetos Enquanto Rede de Contratos

Muito se tem debatido na doutrina qualificada sobre a natureza do financiamento de projetos. Cediço é que o financiamento de projetos não foi tipificado em lei pelo legislador nacional, de forma que não se pode falar em um contrato legalmente típico "financiamento de projetos".[73]

Em virtude disso, discute-se se o financiamento de projetos poderia enquadrar-se na categoria do "tipo social", enunciada dentre nós por CLÓVIS DO COUTO E SILVA como os tipos que se estabelecem à margem dos tipos legais, pela reiteração de práticas e costumes, mas que ainda não receberam o devido tratamento legal.[74] De forma semelhante, VINCENZO ROPPO atribui aos tipos sociojurisprudenciais uma tipicidade ainda não normatizada, porém já amplamente reconhecida no trato social.[75] Dada a utilização disseminada no Brasil do financiamento de projetos nos últimos vinte anos, já se é possível sustentar entre nós a sua tipificação social.

Além da classificação dentre os negócios jurídicos típicos e atípicos, e, dentre estes, os negócios socialmente típicos, há que se traçar a distinção entre os contratos mistos e a união de contratos. Na lição de PEDRO PAIS DE VASCONCELLOS, os contratos mistos representam uma unidade contratual, em que se observam elementos de mais de um tipo legal, enquanto que a união de contratos caracteriza-se pela pluralidade de contratos, ligados entre si por uma relação meramente externa ou por uma relação de dependência ou relação interna.[76] A esta última categoria atribui-se também a expressão "coligação de contratos" e é a que ocorre com mais frequência na prática.[77]

---

[73] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 34.

[74] SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 77.

[75] ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 423.

[76] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., pp. 220-1.

[77] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., p. 222.

Adotando como premissa a classificação proposta pelo ilustre jurista português, e considerando-se a multiplicidade contratual envolvida no financiamento de projetos, em que a eficácia de um contrato pode depender (e normalmente depende) da eficácia de um ou alguns dos demais contratos, é possível concluir que a natureza do financiamento de projetos é a de uma união de contratos por dependência interna (ou coligação de contratos).[78] A finalidade comum desta rede contratual é a obtenção de recursos necessária à viabilidade do projeto e seu desenvolvimento durante o prazo a que se destina.[79]

Em um financiamento de projetos padrão, destacam-se seis espécies de contratos, divididos com base na sua função específica e imediata, sendo a finalidade comum e mediata a todos eles a consecução do projeto determinado:

1. Contratos societários. O financiamento de projetos é normalmente implementado por meio da constituição de uma sociedade de propósito específico ("SPE") pelos patrocinadores.[80] Essa etapa compreende a elaboração do ato societário de constituição da sociedade e dos instrumentos que disciplinam as regras de governança social (incluindo, conforme o caso, um acordo de acionistas ou sócios, o qual poderá regular: (i) o exercício do direito

---

[78] Apenas a título exemplificativo, um financiamento de projetos pode contemplar um contrato de mútuo de escopo ou outra forma de financiamento (e os respectivos contratos de garantia), contratos pré-operacionais (incluindo o contrato de empreitada e o fornecimento de equipamentos e materiais necessários à construção da obra), bem como os contratos ditos operacionais (incluindo o contrato de fornecimento de matéria-prima para o projeto e de compra e venda do produto ou serviço e o contrato de operação e administração do empreendimento). Todos esses contratos estão ligados entre si por relação de dependência *interna* – por exemplo, a invalidade ou ineficácia do contrato de venda do produto ou serviço pode gerar, dependendo do caso, a ineficácia de algumas disposições do contrato de financiamento, o que, por sua vez, pode afetar a capacidade da sociedade de propósito específico de honrar com as obrigações assumidas com o empreiteiro no contrato de construção.

[79] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 60.

[80] De acordo com a doutrina de TULLIO ASCARELLI (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 374), o ato constitutivo da sociedade de propósito específico pode ser classificado como contrato plurilateral associativo (ou seja, envolve dois ou mais sócios, e tem como objeto a consecução de uma atividade voltada à produção e circulação de bens e riquezas e a subsequente distribuição dos resultados entre os sócios). No caso do financiamento de projetos, é importante que o contrato social da SPE especifique o seu objeto social (empreendimento específico, sujeito a termo final definido), bem como limite, na medida do possível, o percentual a ser distribuído aos sócios a título de dividendo mínimo obrigatório (apenas o montante remanescente após o pagamento das parcelas do financiamento poderá ser distribuído aos sócios, sob pena da sociedade incorrer nas penalidades previstas no contrato de financiamento).

de voto e do poder de controle sobre a SPE; (ii) as eventuais restrições a transferências de participações societárias a terceiros (e.g. direito de preferência, *tag along* e *drag along*); e, (iii) os compromissos de subscrição de aumentos de capital dos patrocinadores, em caso de necessidade de aporte de recursos adicionais, entre outras matérias).

2. Contratos financeiros e de emissão de títulos. Podem assumir a forma de um mútuo de escopo celebrado pela sociedade de propósito específico com o financiador, ou outra forma de financiamento (e.g. antecipação de crédito pela venda futura dos bens a serem produzidos pela sociedade, ou ainda, a emissão de títulos ou valores mobiliários para subscrição pública ou particular) com o objetivo de financiar o desenvolvimento e execução do empreendimento. Normalmente, em um financiamento de projetos são utilizados empréstimos-ponte, com curta duração, para cobrir as etapas iniciais do empreendimento. Tais empréstimos são quitados quando da liberação do financiamento definitivo, de longa duração.[81]

3. Contratos de garantia do financiamento. Diversas podem ser as formas de garantia utilizadas pela sociedade de propósito específico em um financiamento de projetos. Apenas a título exemplificativo, podem ser utilizados instrumentos de fortalecimento de crédito (tais como o seguro de crédito[82], a garantia financeira prestada por uma instituição financeira à instituição financiadora do projeto e o seguro de risco político), garantias reais tradicionais (e.g. hipoteca,

---

[81] Também se encaixam no conceito de contratos de financiamento os empréstimos realizados à sociedade de propósito específico pelos seus sócios, equiparados a créditos subordinados para fins de aplicação da lei falimentar (Lei n° 11.101/05), e a celebração de um contrato entre os credores da SPE, se forem dois ou mais, para fins de regulação da prioridade dos seus créditos e o compartilhamento de garantias entre si (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., pp. 322-9).

[82] A respeito do instituto do seguro de crédito no ordenamento jurídico brasileiro, referimos à dissertação de concurso à livre docência do Professor FÁBIO KONDER COMPARATO (COMPARATO, Fábio Konder. **O Seguro de Crédito**. São Paulo: Max Limonad, 1965). Tal obra sintetiza, em poucas páginas, os aspectos essenciais do instituto do seguro de crédito, desde a sua origem na Inglaterra no início do século XIX, a evolução do instituto nos países europeus durante o século XIX e a sua utilização em larga escala após a Segunda Guerra Mundial, como forma de garantia ao credor do risco de inadimplemento do crédito por parte de devedores duvidosos.

penhor e anticrese) e fiduciárias (e.g. alienação e cessão fiduciária) incidentes sobre bens e créditos do projeto, garantias fidejussórias dos sócios envolvidos no projeto (e.g. fiança, carta de crédito, seguro-garantia e compromisso de subscrição e integralização de capital) e outros instrumentos atípicos de garantia (e.g. os chamados *step-in rights* ou direitos de intervenção e as obrigações de fazer e de não fazer)[83].

4. Contratos pré-operacionais. Esta etapa compreende os contratos necessários para a implantação de um empreendimento sob o modelo do financiamento de projetos. O principal deles é o contrato de engenharia (*engineering*), fornecimento (*procurement*) e construção (*construction*), ou contrato de EPC, objeto central deste trabalho. Além do contrato de EPC, também são contemplados nesta fase do projeto os contratos de fornecimento de equipamentos e outros insumos para a obra (*equipment supply agreements*)[84], os contratos de seguro pré-operacionais[85] e os contratos de assessoria, consultoria e transferência de tecnologia (*consulting agreements*)[86].

---

[83] Os direitos de intervenção (ou *step-in rights*) constituem hipótese de verdadeira assunção de controle direto da sociedade do projeto pelo agente financiador. A sua origem remonta ao direito da *common law* e representa uma abreviação da expressão *step into the shoes of*, que significa, literalmente, "calçar os sapatos" e entrar na figura do controlador, podendo, inclusive, destituir a administração por ele indicada e nomear novos administradores (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 235). Com relação às obrigações de fazer e não fazer, elas constituem técnica mais frequente, no âmbito do financiamento de projetos, para o exercício do controle externo pelo financiador. Nas palavras de JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI: "Essas obrigações, estipuladas sem qualquer parcimônia, impõem ou vedam certos comportamentos à sociedade do projeto, sendo o seu descumprimento normalmente tratado como um inadimplemento capaz de ensejar, tal qual a mora no pagamento das prestações do financiamento (inadimplemento financeiro propriamente dito), o vencimento antecipado do saldo remanescente da dívida, a execução das garantias reais e a adoção de outros remédios contratuais, a exclusivo critério do financiador externo." (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit. p. 225-6).

[84] Os contratos de fornecimento de equipamentos são relevantes quando, em determinado projeto, não for possível encontrar um empreiteiro que assuma a responsabilidade pelo fornecimento dos equipamentos de construção. Nesse cenário, a sociedade do projeto deverá contratar uma empresa especializada para fornecer os referidos equipamentos e o epecista para executar os demais trabalhos relativos à elaboração do projeto e execução da obra (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 337).

[85] Os seguros pré-operacionais, em especial o seguro contra os riscos derivados das obras de construção (*all-risk insurance*), são normalmente providenciados pelo empreiteiro. Neste caso, já estão compreendidos no contrato de construção sob o regime de empreitada global (ou contrato de EPC). Este tema será abordado mais adiante no âmbito da análise do contrato de EPC.

[86] Os contratos de consultoria, assessoria e transferência de tecnologia adquirem importância na fase inicial do projeto, em que a sociedade de propósito específico não dispõe ainda de meios materiais e pessoal

5. Contratos operacionais. Esta fase compreende os contratos operacionais envolvidos em um financiamento de projetos. Nesta categoria, estão contemplados os contratos de operação e manutenção do empreendimento[87], os contratos de aquisição de insumos e matéria-prima para a operação do projeto[88], os contratos de venda e compra do produto ou serviço do empreendimento[89], os contratos de industrialização por encomenda[90] e os seguros operacionais[91].

---

especializado para negociar os contratos de construção, definir as especificações da obra e acompanhá-la. Nesse sentido, é muito comum que a sociedade celebre com seus sócios, ou outras sociedades por eles indicadas, contratos para prestação de serviços de consultoria, assessoria e eventual transferência de tecnologia e *expertise* na administração e fiscalização da obra (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 339).

[87] O contrato de operação e manutenção do projeto tem por escopo a prestação de serviços, pelo operador, de operação e manutenção do empreendimento. Tal contrato, normalmente, é de prazo longo e sua remuneração é fixa, reajustável no tempo conforme os índices de reajuste das receitas do projeto. Há também o contrato de manutenção a longo prazo, cujo objeto é a manutenção de determinado equipamento produzido especificamente para o projeto (e.g., turbinas geradoras de energia em hidrelétricas), sendo o contratado normalmente o próprio fabricante do equipamento (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 341).

[88] Os contratos de aquisição de insumos e matéria-prima são essenciais para a devida operação do empreendimento. Em regra geral, são celebrados por prazos longos, não inferiores ao termo final de amortização da dívida e normalmente coincidentes com o prazo de vigência do contrato de venda da produção. Disposição fundamental constante desses contratos é aquela que impõe ao fornecedor o compromisso firme de fornecer o volume suficiente de matéria-prima no tempo adequado, sob pena de ter de reparar à sociedade do projeto os danos decorrentes da interrupção da produção (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 342).

[89] O contrato de venda e compra do produto ou serviço do empreendimento também é firmado por prazo longo e contempla, normalmente, cláusulas que garantam à sociedade do projeto o fornecimento mínimo e periódico de produtos independentemente de seu consumo efetivo (como, por exemplo, as cláusulas *take-or-pay*, que obriga que o comprador a pagar pelo produto ou serviço ainda que a entrega não seja por ele aceita, e *hell-or-high-water*, que obriga o comprador a pagar pelo produto ou serviço mesmo que ele não seja entregue, ainda que tal entrega não seja feita em decorrência de caso fortuito ou força maior – cf. FINNERTY, John. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. cit. p. 94), de forma a garantir um fluxo mínimo de receitas para a sociedade encarregada do projeto (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 345).

[90] Os chamados contratos de industrialização por encomenda (*tolling agreements*) são aqueles em que o fornecedor de matérias-primas e adquirente do produto final são a mesma pessoa. Nesses contratos, o adquirente paga somente pelo valor agregado gerado pelo estabelecimento industrializador. Sua utilização tem sido frequente no segmento de geração de energia elétrica no Brasil (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 347).

[91] Os seguros operacionais são aqueles que têm por finalidade a cobertura de riscos atrelados à operação do empreendimento, sendo as suas principais modalidades *(i)* o seguro de responsabilidade civil contra danos a terceiros; *(ii)* seguro contra danos em equipamentos próprios; *(iii)* seguro em favor dos empregados; *(iv)* seguros contra interrupção da operação; e *(v)* seguros para cobertura da frota de veículos e de cargas (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 347).

6. Contratos de concessão ou outros contratos celebrados com o Poder Concedente. Esta etapa é apenas aplicável para aqueles projetos que têm como escopo atividades do setor público, tais como infraestrutura, energia elétrica, petróleo, gás natural, telecomunicações e transportes. Devido à forte regulação pública nesses setores, faz-se necessária a formalização de instrumentos com o Poder Público para fins de exploração de determinados empreendimentos. Os regimes mais conhecidos são os da concessão pública (regulada pela Lei nº 8.987/95[92]), e, nas áreas em que não se exige concessão para exploração de determinado serviço público, a permissão ou autorização para exercício da atividade regulada[93]. Além do regime público a que a exploração de determinada atividade pode estar sujeita, a sociedade de propósito específico deverá obter também determinadas licenças e registros emitidos por órgãos públicos (e.g. licenças de instalação e operação emitidas pelo IBAMA e pelos órgãos ambientais estaduais, licenças sanitárias emitidas pela ANVISA e pelos órgãos sanitários municipais, demais licenças e registros necessários para operação do empreendimento etc.) para o exercício regular da atividade específica que constitui o seu objeto social.

---

[92] Por meio do regime de concessão pública, o Poder Público delega a execução de um serviço público a determinado particular (concessionário), embora mantendo para si a titularidade de tal serviço. Tal regime está sujeito à ingerência mais rígida do poder estatal, que atua por meio da regulação das tarifas, fiscalização do serviço, fiscalização do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual e imposição de normas regulatórias (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 349). Ao final do prazo da concessão, o contrato normalmente prevê a reversão ao Poder Público dos bens afetos ao serviço. Como contrapartida, o concessionário deve ser ressarcido do valor dos ativos ainda não amortizados ou depreciados durante o prazo da concessão (Artigo 36 da Lei nº 8.987/95). Outras modalidades de concessão públicas são aquelas da concessão patrocinada e concessão administrativa, previstas na Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas ou "PPP"). A distinção entre as duas é que, na concessão patrocinada, o destinatário dos serviços é a população e o parceiro público paga ao parceiro privado um valor além da tarifa pela manutenção dos serviços, e na concessão administrativa o destinatário dos serviços é a própria administração pública (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 350). Por fim, também há concessões para uso de bens públicos, cujo exemplo mais significativo são as jazidas minerais e a pesquisa e extração do petróleo (cujo monopólio é exercido pela União, nos termos dos Artigos 176 e 177 da Constituição Federal), e a concessão de direito real de uso, para fins de regularização fundiária, urbanização, industrialização, cultivo da terra e outras finalidades de interesse social descritas no Art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

[93] Alguns exemplos de serviços sujeitos ao regime de permissão ou autorização pública, estão a geração de energia elétrica sob regime de produção independente, bem como a comercialização, importação e exportação de energia, a telefonia celular e o transporte de gás natural por gasodutos (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 352).

Vale ressaltar que a ordem das etapas acima não representa, necessariamente, a ordem cronológica dos acontecimentos em um financiamento de projetos. Desta forma, é possível (e muitas vezes ocorre) que o contrato de concessão com o Poder Público seja celebrado antes dos demais contratos pré-operacionais e operacionais do projeto, inclusive antes da captação dos recursos necessários para o financiamento da obra (que só serão emprestados pelas instituições públicas e privadas uma vez concluído o certame licitatório e firmado o contrato de concessão com o Poder Público).

Ademais, a depender das características específicas de cada projeto, alguma ou algumas das etapas descritas acima poderá sofrer alterações. Por exemplo, se as partes envolvidas no projeto decidirem constituir um consórcio de empresas (regulado pelos Artigos 278 e 279 da Lei n 6.404/76[94]) para participar de determinada licitação pública, a primeira etapa (elaboração dos contratos societários) deverá ser adaptada para fins de contemplar tal estrutura. Caso, por outro lado, o objeto do empreendimento não compreenda a exploração de serviço público, não será aplicável o regime de concessão previsto na Lei nº 8.987/95. Neste caso, não será necessária a contratação com o Poder Público para a implantação do referido projeto.

2.4 O regime jurídico do contrato de EPC no financiamento de projetos

Em um financiamento de projetos, enquanto união de contratos com dependência interna (na terminologia de PEDRO PAIS DE VASCONCELLOS[95]), ou simplesmente coligação de contratos, podem ser identificados negócios jurídicos de vários tipos legais, de acordo com a sua função específica e imediata, os quais têm como finalidade mediata e comum a captação dos recursos necessários à implantação do projeto.

---

[94] A respeito do consórcio de empresas, vide a obra magistral de MAURO RODRIGUES PENTEADO sobre o tema (PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcios de Empresas**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1979), a qual sumarizou os aspectos essenciais do instituto, conforme previsto nos Artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

[95] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., p. 222.

Dentre os contratos da etapa que, segundo a prática do setor, se convencionou chamar de contratos pré-operacionais adquirem especial relevância os contratos de construção. Tais contratos exercem um papel especialmente relevante no âmbito do financiamento de projetos, uma vez que têm como escopo a construção de um estabelecimento que permita a produção dos bens e serviços que assegurarão as receitas futuras do projeto.[96]

Dentre os contratos de construção, aquele que tem maior relevância em um financiamento de projetos é o contrato de empreitada global, também designado pela expressão contrato de engenharia (*engineering*), fornecimento (*procurement*) e construção (*construction*), ou simplesmente contrato de EPC. Por meio deste negócio jurídico, o empreiteiro (também conhecido no setor como "epecista") assume a obrigação de entregar a obra pronta e acabada, responsabilizando-se pelo projeto da obra (*design*), pelos serviços de engenharia e administração (*engineering*), pelo fornecimento de materiais e equipamentos a partir de fontes próprias ou de terceiros subcontratados (*procurement*), pela montagem e instalação dos equipamentos, a construção civil (*construction*), a realização de testes e tudo o que for necessário para a conclusão e entrega da obra nas especificações feitas pela sociedade de propósito específico.[97]

A propósito, e para fins de resumir o que foi analisado até este ponto, E.R. YESCOMBE apresenta uma definição do contrato de EPC em sua obra magistral sobre os princípios do financiamento de projetos:

> "Therefore the construction contract in a project-financed project is usually in the form of a contract to design and engineer the project, procure or manufacture any plant or equipment required, and construct and erect the project (i.e. a "turn-key" responsibility to deliver a complete project fully equipped and ready for operation). This is known as an

---

[96] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 333.

[97] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 334.

> engineering, procurement, and construction (EPC) contract. (It is also known as a design, procurement, and construction or DPC contract.)"[98]

Conforme se depreende da definição acima, o contrato de engenharia, fornecimento e construção (contrato de EPC) tem como características principais a prestação, por uma mesma pessoa, dos serviços de engenharia, projeto, fornecimento de insumos e equipamentos, e construção civil de uma determinada obra, sob o regime de "virar a chave" (*turn-key*)[99].

Nos subitens seguintes, será objeto de análise a função econômico-social, a natureza e o regime jurídico deste negócio jurídico, de aplicação frequente na seara do financiamento de projetos.

2.4.1 A função econômico-jurídica do contrato de EPC

O contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC), conforme visto, é um negócio jurídico bilateral que pertence à categoria dos contratos pré-operacionais de um financiamento de projetos, ou seja, que dizem respeito à fase de desenvolvimento e implantação do projeto.

No âmbito do financiamento de projetos, o contrato de EPC é frequentemente utilizado, pois possibilita, de um lado, à sociedade de propósito específico concentrar, em um mesmo empreiteiro (normalmente, uma sociedade de engenharia ou construtora com experiência no setor), a responsabilidade pelo projeto, os trabalhos de engenharia, o fornecimento de mão de obra e materiais (próprios ou de terceiros por ele subcontratados),

---

[98] YESCOMBE, E.R. **Principles of Project Finance**. San Diego (EUA): Academic Press (Elsevier), 2002, p. 106.

[99] A expressão *turn-key* (ou "virar a chave") está associada a uma forma de se contratar a empreitada segundo a qual o empreiteiro se obriga a realizar todos os trabalhos que forem necessários para que o empreendimento possa operar, segundo as especificações que forem definidas entre o empreiteiro e o dono da obra. Os contratos sob o regime de *turn-key*, em regra geral, apresentam um preço fixo total (ou *lump sum*), de forma a proteger o dono da obra de variações nos custos incorridos pelo empreiteiro. Essas características do contrato de EPC são essenciais em um financiamento de projetos, no qual os patrocinadores e financiadores desejam reduzir ao máximo o risco de acréscimo de preço e extensão de prazo de entrega da obra (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. **EPC Contracts and Major Projects (A Guide to Construction and Other Project Contracts)**. London: Sweet and Maxwell, 2011, p. 2).

a construção da obra, sua conclusão e entrega nos termos e condições definidos no contrato.

Esse fator é de extrema importância, uma vez que, em um financiamento de projetos, a sociedade de propósito específico com frequência não pode (em virtude das obrigações assumidas no âmbito dos contratos financeiros do projeto) responder pelos vícios de construção e pelo risco de acréscimo dos custos da obra e do atraso na entrega do empreendimento.[100]

Além disso, é da essência de um financiamento de projetos o princípio de que a parte que tem maiores condições de administrar um determinado risco, com a menor probabilidade de perda econômica, assuma esse risco.[101] Portanto, o contrato de EPC serve, do ponto de vista econômico e social, como ferramenta para instrumentalizar a alocação dos riscos entre o empreiteiro (epecista) e a sociedade de propósito específico envolvida no projeto (dona da obra), de forma a garantir que (i) os riscos oriundos da construção sejam assumidos pelo empreiteiro, inclusive os decorrentes de estouro de orçamento e atraso na entrega[102]; e, (ii) os riscos decorrentes do inadimplemento do preço contratado e demais obrigações financeiras sejam assumidos pela contratante.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC) não constitui a única espécie de contrato utilizado em uma obra realizada sob o modelo do financiamento de projetos. Para além deste, a doutrina aponta ainda outras espécies do gênero contrato de engenharia ou construção (*engineering*

---

[100] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 337.

[101] A esse respeito, cf. PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit. p. 3: "The negotiations on the contractual issues are likely to reflect (to some extent, at least) the principle that a risk should be borne by the party most able to manage it, but the pricing of the risk will also need to be consistent with the economics of the project." (tradução livre: "As negociações dos termos contratuais possivelmente refletirão (em alguma medida, no mínimo) o princípio de que um risco deve ser assumido pela parte com maiores condições de administrá-lo, mas a precificação desse risco deverá ser consistente com os aspectos econômicos do projeto").

[102] A esse respeito, v. SILVA, Leonardo Toledo da. Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Orgs). **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

agreements), tais como a administração ou gerenciamento de projetos (*construction management*), o contrato de desenho e administração da construção (*design-manage*) e o representante do proprietário (*owner's representative*). Nesses tipos contratuais, ressalta o elemento da prestação de serviços, uma vez que o contratado não realiza a construção da obra, mas sim administra a obra, realizando a interface entre o proprietário e os terceiros por ele contratados para a construção propriamente dita.[103]

Outra forma contratual utilizada comumente na prática negocial é a do desenho, contratação e construção (*design-bid-build*). Por meio deste modelo, cabe ao proprietário a contratação em separado de empresas que se dediquem à elaboração do projeto e à construção da obra propriamente dita. A contratação se dá normalmente em um processo de tomada de preços ou concorrência, cabendo ao proprietário o gerenciamento dos serviços de engenharia e construção realizados por terceiros.[104]

O que diferencia o contrato de EPC dos demais contratos de construção empregados em um financiamento de projetos é o que convencionou designar de ponto único de responsabilidade (*single point responsibility*). Segundo essa forma de alocação de riscos, o empreiteiro assume tanto os riscos atinentes ao projeto e ao fornecimento de insumos quanto a construção do empreendimento. Do ponto de vista das relações obrigacionais instituídas entre o empreiteiro e os terceiros por ele contratados (em benefício do proprietário), o empreiteiro atua como se fosse um "guarda-chuva" de responsabilidade.[105]

---

[103] Para uma descrição detalhada acerca de cada um desses tipos contratuais, vide CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 73 ss.

[104] A utilização desse modelo tem como desvantagem o fato do projeto e da consecução das obras serem realizadas por pessoas diferentes – por exemplo, caso ocorra alguma falha de engenharia no projeto, o proprietário não pode se voltar contra o empreiteiro (SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit. p. 25).

[105] SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit., p. 24.

No entanto, como contrapartida pela assunção de tais riscos, o empreiteito (ou epecista) costuma refletir eventuais contingências futuras no valor da remuneração que lhe será devida pela sociedade do projeto, tornando o preço final mais caro do que aquele que seria devido em um regime de ressarcimento dos custos acrescido de margem de lucro ao empreiteiro (*cost-plus basis*).[106]

Embora a diferença de preço final, em um financiamento de projetos, existe a tendência de se optar pelo regime do contrato de EPC, tendo em vista a concentração de riscos e responsabilidades no empreiteiro (epecista), de forma a possibilitar à sociedade de propósito específico focar na geração de receitas para pagar as parcelas do financiamento.[107]

2.4.2 A natureza jurídica do contrato de EPC

O contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC) foi classificado, sob o ponto de vista de sua função econômico-jurídica, dentre os contratos de engenharia ou construção (*engineering agreements*). Essa taxonomia, no entanto, não leva em consideração a substância jurídica do instituto em comento. Cabe neste ponto analisar qual a natureza do contrato de EPC, sob a égide da teoria da classificação dos negócios jurídicos.

Primeiramente, no que concerne à divisão entre os fatos jurídicos, os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos *lato sensu*, há que se concluir pela classificação dentre os atos jurídicos *lato sensu*, uma vez que o ato humano volitivo consciente adquire relevância em

---

[106] YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit., p. 106.

[107] Muitos organismos e instituições financeiras de atuação internacional, como o Banco Mundial, em suas operações de financiamento procuram recomendar a utilização de modelos pré-definidos de contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC). Um dos modelos mais utilizados em tais contratos de construção é o elaborado pelo FIDIC – *Fedération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, o qual, em seu *Silver Book*, contém um modelo de contrato de EPC sob o regime de "virar a chave" (*turnkey*) e por preço fixo total (*lump-sum price*). A esse respeito, v. MARIANGELO, Rafael; KLEE, Lukas. **Recomendações FIDIC para Orientação de Contratos de Projetos e Obras**. São Paulo: Editora Pini, 2014, p. 19.

um contrato de EPC, ou, em outras palavras, as manifestações de vontade dos sujeitos constituem o cerne do suporte fático do fato jurídico respectivo.[108]

No que concerne à repartição entre os atos jurídicos *stricto sensu* e o negócio jurídico, há que discernir as duas categorias. A primeira categoria refere-se aos atos jurídicos praticados pelos sujeitos, aos quais a ordem jurídica determina previamente toda a sua eficácia jurídica, ou seja, os indivíduos não podem livremente modular os efeitos dos referidos atos (mediante a aposição de termo, condição ou encargo). Ademais, nos atos jurídicos *stricto sensu* a manifestação de vontade exteriorizada pelos agentes não têm a liberdade de escolha da categoria jurídica, cabendo ao indivíduo apenas a prática do ato respectivo, o qual produz os efeitos necessários previstos na norma jurídica.[109]

Diferentemente dos atos jurídicos *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade é manifestada com a finalidade de compor o suporte fático de determinada categoria jurídica escolhida pelo agente, tendo em vista a produção de efeitos jurídicos pré-determinados pela norma jurídica ou livremente determinados por cada um. Dessa forma, em um negócio jurídico (cuja principal espécie é o *contrato*), as partes têm a liberdade de estruturar o conteúdo da eficácia da relação jurídica resultante, inclusive mediante a aposição de termo, condição ou encargo. [110]

Isso posto, levando-se em consideração a ampla liberdade que as partes têm na modulação dos efeitos de um contrato de EPC, inclusive mediante a aposição de termos, condições ou encargos, decorrência da aplicação do princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar, pode-se concluir estar-se diante de um negócio jurídico *bilateral*, de

---

[108] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. cit., p. 178: "Denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível".

[109] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. cit., p. 199. Alguns exemplos citados pelo Professor Marcos Bernardes de Mello de atos jurídicos *stricto sensu* são a constituição do domicílio, o reconhecimento da filiação (paternidade ou maternidade), a interpelação para constituir o devedor em mora, o perdão e a quitação. Em todos esses casos, a vontade é manifestada apenas para tornar concreto o suporte fático respectivo. Não há, portanto, liberdade de escolha da categoria jurídica nem poder de estruturar o conteúdo da relação jurídica (eficácia do ato jurídico respectivo).

[110] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. cit., p. 202.

natureza *comutativa*. As partes ou polos de um contrato de EPC são normalmente designados de proprietário, dono da obra ou contratante, de um lado, e empreiteiro, contratado ou "epecista", de outro lado.[111]

Assumindo a classificação do instituto em questão dentre os negócios jurídicos (e, mais especificamente, dentre os contratos), cabe analisar se o contrato de EPC remete a algum dos tipos contratuais previstos em lei, ou se, inversamente, deveria ser enquadrado dentre os contratos legalmente atípicos.

De acordo com a divisão proposta por KARL LARENZ, distinguem-se os tipos reais normativos dos tipos jurídico-estruturais. Os primeiros surgem pela conjugação de elementos empíricos e normativos, segundo uma "imagem global" que se forma a partir de certas notas distintivas. O que caracteriza os tipos reais normativos é que são atribuídos a um determinado grupo de pessoas, cujo círculo é definido a partir dos elementos coletados da realidade empírica e reconhecidos em certa extensão pela ordem jurídica.[112]

Em contraposição aos tipos reais normativos, os tipos jurídico-estruturais são originados a partir de uma estrutura, ou seja, conexão provida de sentido de uma regulamentação, que pode ser legal ou extralegal (e.g. contratual). O tipo jurídico-estrutural, portanto, define-se com base em uma previsão (legal ou extralegal), não definitiva e suficientemente precisa que necessita ser complementada por traços que resultam da definição legal, em um procedimento de dedução da definição legal.[113]

No âmbito da coordenação de determinado fenômeno a um tipo jurídico-estrutural, é possível que haja alguns desvios dos traços particulares do tipo. O "tipo normal" admite desvios de traços característicos em alguma intensidade sem que se desnature a sua

---

[111] SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit., p. 19 (nota 1).

[112] São exemplos deste tipo o "mandatário comercial", o "possuidor em nome alheio", o "possuidor de animais" e o "encarregado de determinado assunto" (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005, p. 662).

[113] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 665.

essência (i.e. imagem global do tipo). No entanto, caso os desvios sejam tão intensos a ponto de desnaturar a imagem global do "tipo normal", os tipos resultantes classificam-se como "tipos especiais" ou configurações atípicas. Na prática, a fronteira entre um "tipo normal" e suas variações é normalmente fluida, e depende de uma avaliação específica, caso a caso.[114]

A questão de classificar um tipo legal contratual (tal como o contrato de EPC) pode, na essência, ser equiparada ao processo de coordenação de determinado evento a um tipo jurídico-estrutural.

De acordo com a doutrina de PEDRO PAIS DE VASCONCELLOS, o que define se um contrato é típico ou atípico é a existência, na norma reguladora do tipo, de um modelo típico de disciplina própria.[115] Os elementos que definem um tipo legal não são todos aqueles constantes da norma legal. Assim sendo, há aqueles elementos ditos "típicos" e os que são alheios ao tipo, embora constantes da disciplina legal do contrato.

Para que um contrato seja considerado legalmente típico, é preciso que a lei (ou norma reguladora) contenha o modelo completo da disciplina típica do contrato.[116] Da mesma forma que os contratos legalmente típicos, para que um contrato possa ser tido como socialmente típico, é necessário que o contrato tenha, na prática ou nos usos, um modelo de disciplina tendencialmente completo.[117]

Ao analisar o caso específico do contrato de EPC, a ausência de sua previsão legal no ordenamento jurídico nacional levaria à conclusão do mesmo tratar-se de um contrato

---

[114] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. cit., p. 666.

[115] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., pp. 212.

[116] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., pp. 214.

[117] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., pp. 215.

legalmente atípico. Para que seja classificado como socialmente típico é necessário que, na prática negocial, haja uma disciplina efetivamente completa do contrato de EPC.[118]

Assumindo a natureza do contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC) de contrato legalmente atípico, segundo a classificação de PEDRO PAIS DE VASCONCELLOS, propõe-se a subdivisão dos contratos *atípicos* em (i) atípicos puros; e, (ii) atípicos mistos, e dos últimos em (ii.1) contratos atípicos de tipo modificado; e, (ii.2) contratos atípicos de tipo múltiplo.[119]

Os contratos atípicos puros são aqueles cuja disciplina estipulada no caso concreto é totalmente distinta da dos tipos contratuais legais existentes. Embora seja difícil de acontecer na prática, nada impede que as partes criem um regramento jurídico completamente novo. Por outro lado, os contratos atípicos mistos caracterizam-se pela combinação ou modificação de dois ou mais tipos previstos em lei.

Em um caso específico, se as partes elegem um tipo de referência acrescendo a este tipo elementos de outros tipos legais – o chamado pacto de adaptação – pode-se falar de um contrato atípico de tipo modificado.[120] No entanto, se o contrato for construído não da modificação de um tipo de referência, mas a partir da conjunção de mais de um tipo legal, em relação paritária entre si ou ainda que um dos tipos seja dominante sobre os outros,

---

[118] A esse respeito, LIE UEMA DO CARMO reconhece a tipicidade social do contrato de EPC entre nós, com algumas ressalvas, dada a inexistência de bases doutrinárias e jurisprudenciais suficientes acerca do instituto (CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit., p. 49). Por outro lado, FÁBIO COUTINHO GIL reconhece que os contratos de *engenharia* (e, por consequência, os contratos de EPC) são legalmente atípicos mas socialmente típicos (GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 51). Como se vê, a discussão é controversa e não há uma posição definitiva sobre o tema. Embora não haja, no Brasil, uma disciplina efetivamente completa do contrato de EPC, as regras que permeiam a celebração de contratos de EPC entre nós são, na prática, adaptadas da regulação elaborada e aplicada nos países desenvolvidos (como os EUA e os países da Europa Ocidental). Ademais, não há como obstar a relevância que este tipo desempenha para o setor da construção civil e a economia nacional, em especial, os empreendimentos desenvolvidos sob o modelo do financiamento de projetos. Desta forma, há bons argumentos para sustentar, entre nós, a tipicidade social do contrato de EPC, ainda que com as ressalvas apresentadas na doutrina especializada.

[119] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., pp. 215 e ss.

[120] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., p. 231.

está-se diante de um contrato atípico de tipo múltiplo. Como se vê, a distinção frequentemente não é nítida, podendo um contrato se situar em uma "zona cinzenta" entre o de tipo modificado e de tipo múltiplo.[121]

Levando-se em consideração as premissas acima indicadas, parte da doutrina defende que o contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC), embora legalmente atípico, pode ser considerado como um contrato de empreitada de tipo modificado. A razão disso residiria na conexão existente entre este contrato e a empreitada, de modo que a empreitada constituiria um tipo de referência para o contrato de EPC, o qual estaria sujeito à complementação de elementos de outros tipos contratuais, por meio dos designados pactos de adaptação.[122]

Não obstante o que precede, há outra parte da doutrina que defende que o contrato de EPC trata-se, em realidade, de um contrato de tipo múltiplo, cuja característica principal é a existência de multiplicidade de objetos e elementos concernentes a contratos típicos e atípicos. Tal é a posição mantida por LIE UEMA DO CARMO, que, em tese de doutorado sobre o tema, enuncia que:

> "Alguns contratos, especialmente aqueles de *commercial engineering*, como o EPC, preveem uma multiplicidade de objetos e pretensões típicas e atípicas. A depender do contrato *in concreto*, eles podem refletir o somatório de um ou mais contratos típicos, como a empreitada, o fornecimento, a prestação de serviços, a agência ou representação, o mandato, a comissão, a compra e venda, dentre outros."[123]

---

[121] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., p. 232.

[122] Esta a visão de Pedro Pais de Vasconcellos, conforme se depreende do trecho a seguir: "Tudo isto é um só contrato: o chamado contrato de empreitada de concepção/construção de chave na mão. Trata-se de um contrato que é socialmente típico, embora legalmente seja misto. Este caso constitui um bom exemplo de que entre os contratos de tipo múltiplo e de tipo modificado não existe uma fronteira firme. O tipo da empreitada é de tal modo dominante que o contrato está efectivamente mais próximo do contrato de tipo modificado que do de tipo múltiplo. **O tipo da empreitada funciona, sem dúvida, como tipo de referência, tendo os outros tipos uma função complementar que é característica dos pactos de adaptação. A base da disciplina contratual, além do estipulado, irá ser pedida ao tipo da empreitada**." (grifos nossos) (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., p. 233).

[123] CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit., p. 47.

Conforme se depreende do excerto acima, o contrato de EPC, tendo em vista implicar prestações do empreiteiro típicas de diferentes tipos contratuais (e.g. contrato de empreitada, compra e venda, prestação de serviços, dentre outros) e também prestações atípicas, pode-se concluir pela existência não de um único tipo de referência (i.e. contrato de empreitada), mas de uma multiplicidade de tipos de referência. Tais tipos poderiam estar em relação de paridade entre si, ou, eventualmente, poderia haver predominância de um tipo sobre os outros. Estar-se-ia, portanto, diante de um contrato de tipo múltiplo, na classificação proposta por PEDRO PAIS DE VASCONCELLOS.[124]

Por fim, há ainda uma terceira corrente que sustenta, com base em uma extensão do tipo legal da empreitada no nosso ordenamento jurídico, que, devido à íntima conexão existente entre a empreitada e os contratos de engenharia (*engineering agreements*), e, em especial, o contrato de EPC, a empreitada passaria a abranger o contrato de EPC em seu regramento legal. Em consequência disso, o contrato de EPC passaria a ser contrato *típico*, remetendo-se unicamente ao tipo legal da empreitada.[125]

Tal posição, no entanto, alarga consideravelmente a abrangência do tipo da empreitada para abarcar elementos que, costumeiramente, lhe não são típicos.[126] Resta, finalmente, ponderar se o contrato de EPC, enquanto contrato atípico, poderia ser enquadrado na categoria dos contratos de tipo modificado (como sustenta PEDRO PAIS DE

---

[124] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., pp. 230 e ss.

[125] GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. cit., p. 55.

[126] Por exemplo, a obrigação do empreiteiro (ou epecista) de fornecer máquinas e equipamentos para a obra, a obrigação de preparar o projeto e os trabalhos de engenharia, a obrigação de acompanhar os trabalhos dos demais fornecedores contratados pelo proprietário (se existentes), o dever de realizar testes após a conclusão dos trabalhos para averiguar o cumprimento com os parâmetros mínimos de qualidade e desempenho exigidos pela sociedade do projeto e os seus financiadores, entre outros, são obrigações características de outros tipos contratuais que não a empreitada. A depender dos termos e condições pactuados entre o empreiteiro e o proprietário, esses elementos alheios ao tipo da empreitada podem adquirir maior ou menor relevância. Em razão disso, e devido à ausência de um regramento legal específico, não se pode concluir, de forma genérica, que o contrato de EPC seja um contrato *típico* em nosso sistema jurídico. A essa mesma conclusão chegou LIE UEMA DO CARMO: "Não há a correspondência idealizada por Gil, salvo por recurso a uma artificial ampliação do tipo legal da empreitada. Do exposto, não é possível partilhar da interpretação do autor de que o "tipo da empreitada abrange o de *engineering*." (CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit., p. 48).

VASCONCELLOS) ou na dos contratos de tipo múltiplo (como defende LIE UEMA DO CARMO).

A análise desta questão demandaria uma abordagem, caso a caso, dos termos e condições pactuados no instrumento contratual. A fronteira entre as referidas categorias é, frequentemente, *fluida*, não se podendo, de antemão, criar uma regra geral que atenda todas as situações que a prática negocial apresenta. O contrato de EPC, portanto, a depender do conteúdo da relação jurídica decorrente do negócio jurídico celebrado, pode remeter à existência de um *único* tipo de referência (i.e. a empreitada) ou a uma conjugação de tipos, quando contiver elementos suficientes de outros tipos que permitam essa conclusão.[127]

A distinção em apreço adquire relevância na seara da definição do regramento aplicável ao negócio jurídico. Se for assumido que o contrato de EPC tem a empreitada como seu tipo dominante ou de referência (ou seja, se o contrato de EPC for de tipo modificado), em caso de ausência de previsão no instrumento sobre determinada matéria, recorrer-se-á às normas pertinentes ao tipo da empreitada. No entanto, caso se conclua pela existência de mais de um tipo de referência (ou seja, se o contrato for de tipo múltiplo), deverá se recorrer à conjunção das regras dos diferentes tipos de referência para integrar a eficácia da relação jurídica respectiva.[128]

2.4.3 Principais aspectos jurídicos do contrato de EPC

Tendo sido concluída a análise da natureza jurídica do contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC), sob a ótica das regras referentes ao regime legal do contrato de empreitada no Brasil, o próximo passo é analisar as principais

---

[127] Não obstante a possibilidade de classificação do contrato de EPC em mais de uma categoria, dentre a taxonomia proposta por PEDRO PAIS DE VASCONCELLOS, não se pode olvidar que o tipo da empreitada tem papel relevante na definição do regime jurídico do contrato de EPC, atuando como tipo de referência para integração de eventuais lacunas existentes no contrato (cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., p. 235). A maior ou menor predominância da empreitada sobre os demais tipos (legais ou extralegais) envolvidos dependerá do conteúdo das avenças estipuladas pelas partes no instrumento contratual.

[128] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. cit., p. 233.

características de um contrato de EPC, levando-se em consideração, principalmente, os aspectos chave envolvidos na negociação e execução de contratos dessa natureza sob a ótica do financiamento de projetos.

Os aspectos a serem abordados a seguir foram selecionados segundo o critério de relevância que desempenham na execução de contratos de EPC na prática empresarial.[129] Ademais, os tópicos serão analisados na ordem em que normalmente são reproduzidos em um contrato de EPC – desta forma, em primeiro lugar serão analisadas as regras atinentes aos trabalhos de engenharia e *design* da obra, para então passar-se à abordagem das principais expressões do preço contratual e as regras sobre a revisão do escopo contratual e do prazo para entrega (com o correspondente ajuste no preço total, conforme o caso).

Em sequência, será analisada a conclusão dos trabalhos, dando-se ênfase às regras referentes à transferência do projeto para o proprietário (sociedade do projeto), as medidas destinadas a sancionar as hipóteses de atraso na entrega das obras (os ditos *liquidated damages for delay*) e de desvio de performance em relação à obra entregue (*performance liquidated damages*) e as medidas relacionadas a eventuais defeitos identificados na obra (*deffective works*). A análise das medidas destinadas à correção de inadimplementos contratuais será finalizada com uma abordagem sobre o emprego do seguro e das obrigações de indenização em um contrato de EPC.

Por fim, encerrará este item um resumo das principais formas de prevenção e resolução de conflitos em um contrato de EPC, com especial relevo para as formas de resolução de lides específicas a contratos de construção (e.g. a atuação do gerente de projetos, a contratação de especialista e a formação de "conselhos resolutivos" – os chamados *dispute boards*), mas sem ignorar a possibilidade de utilização das formas tradicionais da arbitragem e do recurso ao processo judicial.

---

[129] A elaboração deste item 2.4.3, incluindo a metodologia de escolha dos aspectos mais relevantes de um contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC) pautou-se nos capítulos 2 a 11 da obra de JOHN SCRIVEN e NIGEL PRITCHARD sobre o tema (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 7 ss.).

2.4.3.1 A elaboração do projeto da obra (*design*)

Todo contrato de construção envolve, em alguma medida, trabalhos de elaboração do projeto da obra (*design*), os quais são desempenhados ora pelo proprietário, ora pelo empreiteiro. Em um contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC), os serviços de elaboração do projeto são normalmente prestados pelo empreiteiro, mas, a depender do caso, o proprietário pode se responsabilizar por alguns aspectos do projeto.[130]

As partes, quando da negociação das cláusulas do contrato de EPC sobre o projeto da obra, levam em consideração, principalmente, três aspectos: (i) a definição dos elementos do projeto da obra pelos quais o empreiteiro é responsável e aquelas especificações pelas quais o proprietário responde; (ii) o escopo da prestação do empreiteiro, ou seja, se envolve o cumprimento de certos parâmetros definidos no contrato ou se o empreiteiro apenas se obriga a entregar o projeto da obra adequado à atividade desenvolvida (parâmetro *fitness for purpose*); e, (iii) o grau da obrigação assumida pelo empreiteiro com relação ao projeto, ou seja, se se trata de obrigação absoluta (de atingir determinado resultado) ou apenas obrigação de meio (de emprego de zelo e cuidado, ou *reasonable skill and care*).[131]

Do ponto de vista da sociedade de propósito específico e dos financiadores do projeto, os riscos atinentes à elaboração do projeto devem recair, na maior extensão possível, na esfera jurídica do empreiteiro. No entanto, o empreiteiro normalmente requer que do instrumento contratual conste determinadas especificações técnicas do proprietário, com base nas quais o empreiteiro elaborará o projeto da obra (*employer's requirements*). Tais especificações são, via de regra, de responsabilidade única do proprietário. Com base em tais especificações, o empreiteiro apresenta as suas propostas para fins de se atingir os

---

[130] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 7.

[131] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 7-8.

resultados esperados (*contractor's proposals*), pelas quais somente o empreiteiro responde.[132]

Como regra geral, sempre que o empreiteiro se encarrega da elaboração do projeto da obra (*design*), ele se responsabilizará por eventuais danos decorrentes de vícios de tal projeto, exceto se tais danos forem imputáveis às especificações elaboradas pelo proprietário.[133] As mesmas regras aplicáveis à responsabilidade em decorrência da elaboração das especificações técnicas do proprietário e propostas do empreiteiro também devem ser observadas em caso de alterações do projeto no decorrer da obra.

Para os fins de elaboração das especificações e revisão do projeto da obra, a sociedade de propósito específico pode contratar um terceiro, que atuará na qualidade de consultor do proprietário (*consultant*). Tal consultor poderá atuar tanto na elaboração das especificações do proprietário quanto na verificação do cumprimento das propostas apresentadas pelo empreiteiro e na revisão do projeto final da obra. Em um financiamento de projetos, os financiadores normalmente exigem que os consultores assumam obrigações de indenizar os danos decorrentes dos serviços por eles prestados.[134]

O nível dos riscos que cada uma das partes estará disposta a assumir depende do tipo do projeto e das suas características específicas. Se em determinado ramo da indústria for comum a contratação de mais de um empreiteiro (= epecista) para projetar partes diferentes da obra, com iguais responsabilidades entre si, caberá à sociedade do projeto a coordenação dos projetos elaborados pelos diferentes empreiteiros. O risco advindo dessa estrutura pode ser mitigado, por exemplo, mediante a contratação pelo proprietário de um terceiro ou a indicação de um dos epecistas para atuar como gerente da obra.[135]

---

[132] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 9.

[133] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 10-11.

[134] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 13.

[135] Isso ocorre, por exemplo, na construção de um sistema de trens de alta velocidade ("TAV"), em que um dos empreiteiros se responsabiliza pelas obras de engenharia civil, outro pelo sistema de eletricidade e outro pela implantação dos trilhos. Neste caso, recomenda-se a previsão no instrumento contratual de um procedimento de revisão pela sociedade do projeto ou os consultores por ela contratados dos projetos apresentados, bem como a indicação de técnicos que sejam responsáveis pela interface dos diferentes

2.4.3.2 Precificação e forma de pagamento

A formação do preço devido pela sociedade do projeto (= proprietário) ao empreiteiro e sua forma de pagamento constitui um dos tópicos mais relevantes em um contrato de EPC. O proprietário, por um lado, busca a maior qualidade da obra pelo menor custo possível e a maior certeza com relação ao preço cobrado. Por outro lado, o empreiteiro procura, a partir da definição do preço da obra, o maior lucro com o menor grau de risco possível.[136]

Os contratos de construção, na prática, utilizam três métodos de fixação do preço da obra. São eles: a fixação de um preço fixo e global (*lump-sum*), o preço com base nos custos incorridos pelo empreiteiro mais uma margem de lucro (*cost-plus method*) e o preço por unidade ou medida (*unit price*). Em um contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC) o preço é normalmente representado por um valor *fixo* e *global*, não obstante em alguns casos possa ser utilizado, alternativamente, o método dos custos incorridos e/ou do preço por unidade ou medida.[137]

No modelo de contrato por preço fixo e global (*lump-sum*), o empreiteiro estipula um valor fixo total que deverá ser cobrado para a execução da obra, sujeito a alterações, em virtude, por exemplo, de um acréscimo de obra solicitado pela sociedade do projeto. O risco de variação de preço reside, primordialmente, com o empreiteiro. A vantagem desse método é que permite à sociedade do projeto e a seus financiadores o *maior* grau de certeza com relação ao custo total da obra, o que é especialmente relevante em um financiamento de projetos.[138]

---

projetos, de forma a resolver os eventuais conflitos decorrentes dos impactos causados pela alteração de um projeto específico nos demais e evitar atrasos na obra como um todo (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 14).

[136] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 21.

[137] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 336.

[138] Em um financiamento de projetos, os agentes financiadores só estão dispostos a aceitar desvios no custo total da obra em situações muito específicas (e.g. alterações necessárias no projeto). Isso ocorre porque a decisão de tais instituições de financiar o projeto adota como premissa, entre outros fatores, o custo total

No entanto, ele pode levar, à luz das circunstâncias, a desentendimentos entre as partes se, por hipótese, o preço for considerado baixo pelo empreiteiro. Neste caso, o empreiteiro poderá iniciar um procedimento de revisão do preço total (*claim procedure*), a ocorrer nos termos previstos no contrato, com a finalidade de evitar prejuízo na execução da obra.[139] Ainda, esse método tem a desvantagem de implicar um aumento no custo total da obra, tendo em vista a inclusão, pelo empreiteiro, no preço fixo de eventuais contingências que ele possa ter na execução do contrato.[140]

No método do reembolso dos custos mais margem (*cost-plus method*), o preço é fixado considerando-se o valor dos custos efetivamente incorridos pelo empreiteiro na obra mais uma margem de lucro, correspondente a um percentual do custo total da obra. Esse método tem a vantagem de importar, em condições ideais, em um valor *menor* para o custo total da obra, uma vez que o empreiteiro não inclui, normalmente, no preço todas as contingências envolvidas na execução da obra.[141]

Todavia, a administração do procedimento de verificação dos custos incorridos incumbe ao proprietário da obra, o qual assume os riscos de variação do preço. Esse aspecto pode ser mitigado mediante a estipulação de "preço máximo garantido" da obra (o qual contém as mesmas desvantagens do preço fixo total), ou, alternativamente, por meio da criação de um "preço alvo" (*target price*) – se o custo da obra ficar abaixo do preço

---

estimado da obra e qualquer desvio pode comprometer a capacidade do projeto de gerar caixa para quitar as parcelas do financiamento (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 22).

[139] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 22.

[140] YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit., p. 106.

[141] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 23: "(…) a cost-reimbursable approach should in the majority of cases produce a lower overall price than the lump-sum method, since the EPC contractor will not have to allow for contingencies in the contract price for risks which may or may not materialise".

alvo, o empreiteiro receberá um bônus, e se ficar acima, o empreiteiro responde por uma fração do valor excedente.[142]

O terceiro dos métodos de determinação de preço em um contrato de EPC é aquele em que o preço é fixado por unidade de trabalho ou materiais utilizados ou medida ou fração entregue da obra. Esse método, normalmente, é utilizado em conjunto com outros métodos (como o preço fixo total e o método do *cost-plus*). O risco de variação no número de unidades necessárias ou medidas da obra permanece com o proprietário, enquanto que o risco de variação no custo de cada unidade é do empreiteiro.[143]

A vantagem nesse método é que ele possibilita a fixação do preço sem que as partes tenham ainda conhecimento da extensão total da obra (e.g. construção de um túnel). Por outro lado, ele traz como desvantagem a incerteza com relação ao número de unidades ou medidas que serão necessárias em uma obra e, consequentemente, do seu custo total, o que, do ponto de vista do financiamento de projetos, representa um risco considerável.

Com relação à forma de pagamento, em um contrato de engenharia, fornecimento e construção (= contrato de EPC) são observadas, na prática, três formas: (i) o pagamento de parcela em antecipação do trabalho efetuado (*advance payment*); (ii) o pagamento durante a execução do trabalho (*payment during performance*); e, (iii) a retenção de valores para pagamento após a conclusão da obra (*retention*), contra o cumprimento de determinados requisitos pelo empreiteiro.

O contrato pode estipular que determinados valores sejam adiantados pela sociedade do projeto ao empreiteiro para fins de pagar os custos de eventuais fornecedores

---

[142] Em um financiamento de projetos, o mecanismo do preço alvo (*target price*) pode ser usado para incentivar o empreiteiro (= epecista) a entregar a obra em um prazo mais curto ou por um preço abaixo do estimado. No entanto, como condição para a adoção desse mecanismo, a sociedade do projeto deverá provar aos financiadores que o mecanismo do preço fixo (*lump-sum*), normalmente o preferido, não é adequado ao caso e que o preço alvo foi fixado em um patamar adequado, inclusive, conforme o caso, através da contratação de terceiros especialistas (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 23).

[143] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 24.

e os custos com as primeiras fases da obra. Tais pagamentos podem ser garantidos por meio de "seguro-garantia" (*performance bond*), por meio do qual a seguradora assume a obrigação de concluir a obra, ou outra forma de garantia prestada pelo empreiteiro, suscetível de execução pela sociedade do projeto em caso de inadimplemento do contrato pelo empreiteiro.[144]

Os pagamentos realizados no decorrer da obra são a forma de remuneração mais relevante pelos serviços prestados pelo empreiteiro. Eles podem assumir diferentes variantes: o pagamento pode tanto ocorrer em uma única parcela, ao final da obra (*lump-sum payment*), como em várias parcelas de acordo com o atingir de determinadas etapas da obra (*milestones*), ou conforme um procedimento de avaliação conduzido pelo proprietário ou um terceiro especialista (*progress payment*) ou, ainda, pode obedecer a um cronograma de pagamentos pré-definido (*payment schedule*).

O primeiro método é extremamente raro em grandes projetos de infraestrutura, dada a complexidade das obras envolvidas e a necessidade de caixa do empreiteiro para custear as fases da construção.[145] Com relação aos demais métodos, todos eles têm em comum o fato de se basearem em pagamentos periódicos realizados ao empreiteiro, distinguindo-se entre eles o *critério* utilizado pelo proprietário para efetuar cada um dos pagamentos.

No modelo de pagamento segundo um cronograma pré-definido, o empreiteiro recebe a parcela respectiva, em data pré-fixada, independentemente do progresso da obra. Tal fato constitui um desincentivo para o empreiteiro entregar os trabalhos no prazo

---

[144] Outras formas de garantia que normalmente são utilizadas em um contrato de EPC são a fiança do controlador do empreiteiro (*parent guaranty*), a fiança bancária sem benefício de ordem e a garantia exigível à primeira demanda (*on-demand bond*). Essa última constitui uma forma de garantia atípica, recentemente utilizada no Brasil em projetos de infraestrutura, que pode ser executada pelo beneficiário independentemente da prova do inadimplemento da obrigação pelo devedor e sem que o garantidor possa opor qualquer defesa à execução da garantia (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 337). O valor da garantia prestada pelo empreiteiro diminuirá proporcionalmente de acordo com a evolução da obra (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 25).

[145] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 26.

avençado.[146] Em virtude disso, em um contrato de EPC sob a luz do financiamento de projetos os modelos mais frequentes são os do pagamento segundo o cumprimento das etapas da obra (*milestones*) ou segundo avaliação feita pelo gerente do projeto ou terceiro contratado pelo proprietário (*progress payments*).

Outro aspecto importante a ser levado em consideração é o papel que o agente financiador exerce no processo de definição da forma de pagamento. O financiador, no exercício de sua função de terceiro interessado no projeto, tem o interesse de assegurar que os pagamentos apenas sejam feitos de forma periódica, uma vez completadas etapas bem definidas da obra, desde que todas as etapas precedentes tenham sido cumpridas nos termos estabelecidos no contrato.[147] Dessa forma, o empreiteiro será estimulado a concluir a obra no prazo e segundo as especificações combinadas, como condição para o recebimento da remuneração respectiva.

Por fim, o último dos instrumentos relacionados à forma de pagamento de um contrato de EPC é a retenção de saldo do preço até a conclusão da obra, ou, eventualmente, durante o prazo em que o empreiteiro responderá por vícios ou defeitos da obra (*defects liability period*).[148]

Independentemente da forma de determinação do preço e do seu pagamento correspondente, considerando que o contrato de EPC é um contrato de execução continuada, as partes podem estipular a correção monetária dos valores devidos a título de remuneração, o que, aliás, constitui a praxe.[149] As regras que governam as consequências do inadimplemento contratual por uma das partes serão objeto de item específico abaixo.

---

[146] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 27.

[147] Outra forma do financiador vincular a realização dos pagamentos pela sociedade do projeto ao empreiteiro à conclusão da etapa da obra no prazo e qualidade convencionadas é a liberação do montante do financiamento do projeto apenas mediante a comprovação, por um técnico consultor (*technical adviser*) contratado pela sociedade do projeto, do cumprimento da referida etapa da construção (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 26-7).

[148] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 27.

[149] Sobre a atualização monetária em um contrato de execução diferida no tempo (como o contrato de EPC), importante ressaltar o que a respeito prevê a Lei nº 9.069/95, em especial, a necessidade do índice utilizado

2.4.3.3 Regras sobre a revisão do escopo da obra, do preço e do prazo para entrega, tendo em vista circunstâncias específicas surgidas nos trabalhos

Conforme analisado acima, é essencial que o preço, os elementos levados em consideração para sua fixação e a forma de pagamento sejam objeto de regramento específico no instrumento contratual. No entanto, há situações em que o empreiteiro, à luz de circunstâncias especiais, poderá solicitar a revisão do preço ou o incremento de prazo para conclusão da obra.

Em um contrato de EPC, as hipóteses que permitem a revisão do preço por iniciativa do empreiteiro são, em regra geral, bem restritas. Alguns dos exemplos mais comuns apontados pela doutrina são a ocorrência de caso fortuito e força maior, a alteração da legislação vigente (e.g. majoração de tributos), o inadimplemento dos deveres do proprietário para boa condução da obra[150] e a proposição, pela sociedade do projeto, de modificações nas especificações da obra acordadas entre as partes (*change orders*).[151] A razão disso consiste em que, no modelo do contrato de EPC sob o regime de "virar a chave" (*turn-key*), é da essência do negócio jurídico que o risco de variação dos custos e de atrasos na obra seja assumido pelo empreiteiro, devendo o proprietário da obra garantir, em especial, o acesso do empreiteiro ao local da obra e a obtenção das licenças e autorizações necessárias à implantação do projeto.[152]

---

para a correção monetária refletir a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pelo empreiteiro (Art. 27, inciso II) e o período mínimo de atualização monetária ser *anual* (Art. 28, *caput*), sendo nula de pleno direito a cláusula de correção monetária inferior a um ano (Art. 28, §1º).

[150] São os deveres do proprietário, por exemplo, de pagamento das parcelas da remuneração devida ao empreiteiro no prazo acordado e o dever de garantir o acesso do empreiteiro ao local da obra (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 336).

[151] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 336.

[152] Esses são os chamados riscos do proprietário, ou *owner's risks*. Eles envolvem também os riscos relacionados ao fornecimento de água e luz para o local da obra, o fornecimento de combustível e outros insumos para a realização de testes, a preparação do canteiro de obras para recebimento do empreiteiro (incluindo a criação, conforme o caso, de via de acesso à obra, a construção de dutos para garantir o fornecimento de combustível à obra, assim por diante), bem como os riscos referentes à poluição e outros aspectos ambientais existentes no local antes do ingresso do empreiteiro (YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit., p. 109).

No entanto, há casos específicos em que as partes podem discriminar que determinadas categorias de riscos, se concretizados, deverão dar ensejo a uma pretensão de incremento de prazo ou revisão do preço por parte do empreiteiro. Um exemplo são os riscos atinentes às condições geológicas do terreno do projeto. Em um determinado projeto, é possível que, devido à ausência de tempo hábil, o empreiteiro não tenha conduzido análises prévias do solo do local da obra. Neste caso, o risco geológico pode ter que ser assumido pelo proprietário, com a consequência de que variações na condição do solo em relação ao pactuado no instrumento contratual podem dar ensejo à revisão do preço da obra ou do prazo final de entrega.[153]

Outra situação discutida na doutrina é a das variações no escopo da obra propostas pelo proprietário. São as chamadas ordens de alteração das especificações da obra (*change orders*).[154] As partes devem idealmente fixar, no instrumento contratual, o método de precificação de tais alterações, que podem incluir a contratação de um terceiro avaliador ou a utilização do método do valor de custo acrescido de margem para remunerar o empreiteiro (*cost reimbursable basis*).

O procedimento de avaliação do preço da alteração poderá se dar antes de cumprida a ordem de variação do escopo pelo empreiteiro ou após a sua execução. A segunda opção é, em tese, mais vantajosa ao proprietário, pois não acarreta atrasos no cronograma da obra. Em se adotando esta alternativa, o empreiteiro poderá solicitar que se proceda a uma avaliação preliminar da alteração, para fins de realização de pagamentos intermediários

---

[153] Normalmente, a assunção de riscos geológicos pelo proprietário é objeto de contestação dos financiadores do projeto, os quais sustentam que, uma vez que o empreiteiro é responsável pela elaboração do projeto da obra (*design*) e dos trabalhos de engenharia, ele seria a parte em melhores condições de assumir tal risco (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 48).

[154] Das ordens de alteração de especificações (*change orders*) se distinguem as meras notificações encaminhadas pelo proprietário ao empreiteiro tendo como objetivo solicitar que o empreiteiro cumpra com as disposições do contrato. Tais instruções não implicam, via de regra, um acréscimo do preço nem extensão do prazo contratual. Caso, excepcionalmente, o empreiteiro entenda que a instrução acarreta uma alteração da obra, ele deverá notificar o proprietário para então se dar início ao procedimento de revisão do preço do contrato. Caso o proprietário não tenha mais interesse em prosseguir com a alteração, devido a eventual modificação do preço ou prazo de entrega, o proprietário poderá revogar a sua instrução (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 49).

pelo proprietário. Caso se opte pela precificação segundo o método de reembolso dos custos mais margem, a avaliação por terceiro não seria necessária.[155]

Por fim, uma questão frequentemente identificada nas cláusulas de revisão de preço em um contrato de EPC são os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual, promovidos pelo empreiteiro contra a sociedade do projeto. Tais pleitos fundamentam-se na onerosidade excessiva e na teoria da imprevisão, os quais encontram guarida nos Artigos 317 e 478 do Código Civil, e, especificamente em relação ao contrato de empreitada, no Artigo 625, inciso II do Código Civil.

Conforme indicados pela doutrina, os elementos principais da teoria da imprevisão são quatro: (i) a natureza do contrato de execução periódica, continuada ou diferida; (ii) fato imprevisível ou extraordinário superveniente à celebração do contrato; (iii) a onerosidade excessiva ou desequilíbrio econômico-contratual; e, (iv) ausência de culpa da parte reclamante.[156] Com relação ao primeiro requisito, é cediço que o contrato de EPC se destina à execução no tempo (i.e. tem como objeto a conclusão de obra, em determinado prazo).

As maiores discussões são levantadas em razão do segundo e do terceiro requisitos apontados acima. Com relação ao segundo requisito, o juízo de imprevisibilidade ganha contornos muito específicos e sutis em um contrato de EPC dada a complexidade do objeto contratual e da expertise necessária para sua implantação. Neste ponto, o padrão de conduta normalmente utilizado para aferição da imprevisibilidade do evento superveniente é a de um agente com experiência no ramo de construção.[157]

O terceiro requisito suscita ainda maiores controvérsias. Para que motive a revisão do preço do contrato, faz-se necessário, segundo a doutrina, que o desequilíbrio econômico

---

[155] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 50.

[156] SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit., p. 42.

[157] SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit., p. 43.

seja *grave*, isto é, não basta que o empreiteiro tenha tido algum prejuízo com a execução da obra. A razão disso é que, no momento da contratação, o empreiteiro faz um levantamento dos custos que há de incorrer no decorrer da obra, e apenas um desvio contundente nos custos provocaria um desequilíbrio nas prestações que justificaria tal revisão.[158]

Por outro lado, as situações em que tal revisão é permitida não podem ser estendidas em demasia, sob pena de se retirar do contrato de EPC um de seus elementos mais importantes, que é a segurança quanto ao preço (em especial, nos contratos de preço fixo global ou *lump-sum*). Ademais, é comum que os instrumentos contratuais contenham uma fórmula de reajuste do preço, normalmente levado a cabo em periodicidade anual, o qual é destinado a mitigar os riscos relacionados aos preços de insumos utilizados na execução da obra. Para legitimar um pleito de revisão contratual, a variação dos custos não deve levar em consideração os custos captados pelo mecanismo de reajuste.[159]

A solução (litigiosa ou amigável) para as situações de reequilíbrio econômico-contratual pode envolver tanto a resolução do contrato (em casos extremamente graves), ou, de acordo com as circunstâncias, a revisão dos dispositivos do contrato sobre preço e prazo por mútuo consenso entre as partes ou iniciativa da parte beneficiada (Artigo 479 do Código Civil), ou, ainda, por iniciativa do próprio juiz caso as partes não cheguem a um acordo prévio (Artigo 317 do Código Civil).[160]

2.4.3.4 Conclusão dos trabalhos e transferência da obra para o proprietário (*taking over*)

A conclusão dos trabalhos é um aspecto essencial em toda obra conduzida sob o regime do contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC). É com a conclusão e entrega da obra que, entre outros efeitos, o empreendimento é assumido pelo

---

[158] SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit., pp. 44-5.

[159] SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit., p. 50.

[160] SILVA, Leonardo Toledo da. *Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual*. cit., p. 47.

proprietário (*taking over*), iniciando-se o prazo de responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos verificados na obra (*defects liability period*).[161]

Em um contrato de EPC, o empreiteiro assume, normalmente, a obrigação de entregar a obra totalmente perfeita e acabada, em condições que permitam a sua imediata operação. É o chamado regime de "virar a chave" (ou *turn-key*). Para adimplir a sua obrigação, o empreiteiro deve entregar a obra em um prazo máximo, sob pena de se sujeitar às penalidades previstas no contrato (entre elas, os chamados *liquidated damages for delay*, tratados em item específico abaixo).

O ato de entrega da obra pelo empreiteiro ao proprietário é também conhecido como aceitação provisória, e, para tanto, o empreiteiro deve provar que a obra atende a requisitos mínimos de eficiência e produtividade que permitam o início imediato da operação, ainda que alguns ajustes finais e providências sejam necessários para que a obra esteja definitivamente completa.[162] Essa etapa é também conhecida no setor como conclusão física da obra (*physical completion*), ou, em alguns contratos, como conclusão substancial (*substantial completion*).

Ainda, em algumas obras (em especial, as que envolvem equipamentos mecânicos e/ou elétricos, tais como usinas de geração de energia), o empreiteiro deve realizar uma série de testes de desempenho (*performance tests*[163]) para demonstrar que o empreendimento atende aos requisitos mínimos de eficiência e produtividade necessários à

---

[161] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 55.

[162] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 336.

[163] Em alguns empreendimentos (em especial, usinas de geração de energia elétrica), os contratos de EPC distinguem entre dois níveis de testes de desempenho. O primeiro nível corresponde à demonstração dos requisitos mínimos que o empreiteiro precisa alcançar para que a obra seja declarada substancialmente completa. O segundo nível constitui os requisitos de eficiência e desempenho que o empreiteiro assegurou que a obra é capaz de atingir. Caso os testes demonstrem que o empreendimento é capaz de atingir os requisitos mínimos, mas não os garantidos pelo empreiteiro, normalmente a obra é transferida ao proprietário, sujeito ao pagamento pelo empreiteiro de uma penalidade prevista no contrato (*performance liquidated damages*) (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 57).

sua operação. A conclusão satisfatória desses testes também é condição para que a obra seja transferida ao proprietário.[164]

Uma segunda etapa é a que se costuma designar de conclusão final da obra (*final completion*), mediante a aceitação final da obra (*final acceptance*) por parte do proprietário. Para que ela ocorra, o empreiteiro obriga-se a atender determinados ajustes e providências finais (também conhecidos como *punch list items* ou *snagging items*), em um prazo pré-determinado, sem prejuízo da operação normal do empreendimento. Como forma de incentivar o empreiteiro a cumprir essas providências adicionais, o proprietário pode reter uma parcela final do pagamento, ou eventualmente exigir alguma outra garantia do empreiteiro.[165]

Caso o empreendimento não alcance os requisitos mínimos necessários para operação, não se alcançando, portanto, a conclusão substancial da obra no prazo determinado, o empreiteiro é obrigado a continuar os trabalhos até que tal índice seja atingido, incorrendo em penalidade pelo atraso na entrega (*delay liquidated damages*).[166] Para incentivar o empreiteiro entregar a obra no menor prazo possível, alguns contratos de EPC preveem um bônus pela entrega antecipada da obra mediante o atendimento dos requisitos da conclusão substancial.[167]

Por fim, em algumas obras com características específicas (e.g. usinas com mais de uma unidade de geração de energia, trens de alta velocidade), é possível que haja diferentes partes da obra com prazos e requisitos mínimos diversos para entrega. Nesses casos, o empreiteiro deverá conduzir os testes de desempenho em separado para cada parte

---

[164] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 56-7.

[165] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 59.

[166] Caso o inadimplemento por parte do empreiteiro persista por um período prolongado, causando prejuízos ao proprietário (i.e. sociedade do projeto), o contrato pode prever o direito do proprietário de enjeitar a obra, mediante a devolução pelo empreiteiro de todas as parcelas do preço pagas (Art. 615 do Código Civil), ou, eventualmente, o direito do proprietário contratar um terceiro para conclusão da obra e obtenção do ressarcimento por parte do empreiteiro original (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 335).

[167] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 335.

concluída, devendo eventuais desvios ser apurados com relação a cada parte concluída e não com relação ao todo da obra. Caso mais de um empreiteiro esteja envolvido na obra, o atendimento dos requisitos mínimos de cada parte deverá ser verificado pelo proprietário de forma coordenada.[168]

Em projetos de infraestrutura de grande porte, a verificação dos requisitos mínimos para conclusão e entrega da obra pode ficar a cargo de um engenheiro ou administrador contratado pelo proprietário (*engineer* ou *contract administrator*). Tal engenheiro ou administrador deverá atuar de forma imparcial e diligente, e suas decisões serão vinculantes para as partes. O empreiteiro poderá, caso entenda que os requisitos para entrega foram satisfeitos, recorrer da decisão do engenheiro que negar a conclusão, devendo tal conflito ser resolvido de acordo com as regras estipuladas no contrato.[169]

2.4.3.5 Medidas para coibir atrasos na entrega da obra (*liquidated damages for delay*) e desvios de performance em relação à obra entregue (*performance liquidated damages*)

Até o momento, analisaram-se as posições jurídicas inerentes à relação jurídica formada entre o proprietário, de um lado, e o empreiteiro, de outro, decorrente do contrato de EPC, enquanto negócio jurídico bilateral de natureza obrigacional. Por exemplo, foi abordado o dever do proprietário de pagamento do preço devido ao empreiteiro (a que corresponde um direito de crédito do empreiteiro), bem como o dever do empreiteiro de entrega da obra ao proprietário, de acordo com as especificações indicadas no contrato (a que corresponde o direito do proprietário de receber a obra nas condições do projeto por ele aprovado).

A partir de agora, tratar-se-á da situação decorrente do inadimplemento, pelas partes, de alguma das obrigações por elas assumidas no contrato de EPC. Nessa análise, não se deve olvidar que a finalidade inerente ao financiamento de projetos é a consecução de um empreendimento específico, o qual deve gerar caixa para pagamento das parcelas e

---

[168] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 59.

[169] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 56.

demais encargos do financiamento contraído junto aos financiadores do projeto, sem recurso ou apenas com recurso limitado ao patrimônio de seus patrocinadores.[170]

O empreiteiro obriga-se, no contrato de EPC, à entrega da obra até uma data determinada. Caso, por qualquer motivo não imputável ao proprietário, o empreiteiro deixe de cumprir com a referida obrigação, o instrumento normalmente prevê uma penalidade a ser paga pelo empreiteiro (*delay liquidated damages*), normalmente por dia de atraso. A natureza de tal disposição é a de uma cláusula penal, estipulada em favor do proprietário, cuja finalidade é antecipar as eventuais perdas e danos que o proprietário terá com o atraso na entrega da obra e início da operação do empreendimento.[171]

O valor estipulado a título de cláusula penal não deve exceder, em tese, o valor do prejuízo que seria advindo do atraso na entrega da obra. Em regra geral, o valor deve ser estipulado de forma a cobrir as eventuais despesas que o proprietário terá com o atraso no início da operação, incluindo os encargos do financiamento. Normalmente, o contrato de EPC fixa um valor máximo para a cláusula penal por atraso (*delay liquidated damages*), que seja suficiente para cobrir as despesas do projeto pelo período necessário à geração de caixa para pagamento dos encargos do financiamento.[172]

---

[170] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., pp. 29-30.

[171] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 335. No entanto, NIGEL PRITCHARD e JOHN SCRIVEN sustentam, com base no Direito Inglês, que os *liquidated damages* (ou "LDs") não podem assumir a natureza de penalidade. Tais autores defendem essa tese com base no argumento de que, sob a ótica do Direito Inglês, os LDs não seriam exequíveis enquanto penalidade, mas apenas se considerados na sua finalidade de antecipação das perdas e danos decorrentes do atraso na obra ou de desvios na eficiência e produtividade esperados (os chamados *performance liquidated damages*) (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 56). Entendemos, em linha com o ensinamento de JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI, que não há, no Direito Brasileiro, segundo a dicção do Art. 408 e seguintes do Código Civil, óbice para que os LDs assumam a natureza de cláusula penal, uma vez que se referem, necessariamente, ao inadimplemento culposo de uma obrigação estipulada no contrato de EPC a cargo do empreiteiro. Também não haveria impedimento para que, desde que assim fique convencionado, o proprietário possa exigir, além do pagamento da cláusula penal, a indenização do empreiteiro pelas perdas e danos que excederem esse valor (cf. o Art. 416, parágrafo único do Código Civil).

[172] Normalmente, o valor da cláusula penal por atraso (*delay liquidated damages*) está limitado a um percentual do valor da remuneração total devida ao empreiteiro (e.g. 15% ou 20% do valor total da remuneração do contrato de EPC) (YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit., p. 112).

Não obstante a estipulação de cláusula penal por atraso, o contrato normalmente prevê um período de tolerância em caso de eventos extraordinários (e.g. caso fortuito ou força maior), ou em caso de inadimplemento de alguma obrigação a cargo do proprietário. Nessas hipóteses, não seria razoável exigir do empreiteiro a entrega do empreendimento até o implemento do termo final, sem qualquer possibilidade de extensão de prazo.[173]

Em caso de atrasos prolongados na data da entrega, o contrato de EPC pode prever a possibilidade de denúncia da relação jurídica contratual por parte do proprietário mediante notificação ao empreiteiro (do inglês, *termination for prolonged delay*). Tal recurso, no entanto, deve ser apenas utilizado em casos extremos, uma vez que, na prática, o proprietário deverá providenciar a retirada do empreiteiro inadimplente e a contratação de um novo empreiteiro para finalizar a obra, o que pode gerar um atraso ainda maior no início da operação.[174]

Para além da penalidade pelo atraso na entrega da obra, o contrato de EPC pode prever também cláusula penal para o evento do empreendimento não corresponder às especificações técnicas exigidos pelo proprietário, ou caso não opere segundo os índices de eficiência e produtividade mínimos estabelecidos no contrato (*performance liquidated damages*).[175] O valor da cláusula penal é calculado com base no montante do desvio apurado e de acordo com a perda de receita ou acréscimo dos custos de operação que tal desvio causará no empreendimento como um todo. Esse valor, então, é descontado a valor presente (*net present value*). Assim como na cláusula penal por atraso, costuma-se fixar um valor máximo para a penalidade por desvio apurado, correspondente a percentual do valor total da obra.[176]

Por fim, vale ressaltar que a cláusula penal por atraso ou desvio apurado na obra não tem por finalidade sanar eventual incapacidade do empreiteiro de finalizar a obra, nos

---

[173] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 37.

[174] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 38.

[175] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 335.

[176] YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit., p. 112.

termos estabelecidos no projeto. Nesse caso, o empreiteiro poderá promover o encerramento da relação contratual, o qual será objeto de item específico abaixo.

2.4.3.6 Medidas relacionadas à entrega das obras com defeito (*defective work*)

Este subitem abordará as medidas que poderão ser adotadas pelo proprietário em caso de verificação de defeitos no projeto ou na obra, durante a fase de construção ou após a entrega pelo empreiteiro.

O direito de solicitar reparos na obra é uma das prerrogativas essenciais do proprietário, no âmbito de um contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC). O ponto inicial de discussão sobre a extensão de tal direito é o conceito de defeito. O instrumento contratual, normalmente, contém uma definição de defeito, a qual está associada à existência de parte da obra em desconformidade com os termos do contrato no que se refere à qualidade do projeto, dos materiais utilizados ou da mão-de-obra empregada.[177]

A doutrina classifica os defeitos da obra em duas categorias: os defeitos identificados durante a fase de construção e os defeitos verificados após a entrega da obra ao proprietário. Em relação aos primeiros, o contrato de EPC pode garantir ao proprietário, após identificados os defeitos em inspeção realizada pelo proprietário ou seus representantes, o direito de requisitar ao empreiteiro a correção do defeito ou, em caso de impossibilidade ou incapacidade do empreiteiro, a contratação de um terceiro para concluir os trabalhos às custas do empreiteiro.[178] Em casos mais extremos, o proprietário poderá resolver a relação jurídica contratual, com fundamento no inadimplemento da prestação devida pelo empreiteiro.[179]

---

[177] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 67.

[178] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 69.

[179] A resolução se daria com fundamento no Artigo 475 do Código Civil: "Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos." Neste caso, todos os efeitos da relação jurídica contratual (i.e. posições jurídicas subjetivas ativas e passivas, simples e complexas decorrentes da relação jurídica contratual) seriam extintos e as partes retornariam ao estado em que estariam caso o contrato não

Para estimular o empreiteiro a entregar a obra isenta de defeitos, o contrato de EPC poderá conter disposição no sentido de que parte do valor da contraprestação devida ao empreiteiro fique retida até que o defeito seja definitivamente corrigido. Alternativamente, o pagamento pode ser feito de acordo com a conclusão de determinadas etapas da obra, ao final das quais o proprietário deverá certificar o trabalho desenvolvido pelo empreiteiro. Caso seja apurada eventual irregularidade, o proprietário ou seu representante poderá negar a certificação ao empreiteiro e o valor devido pela conclusão da respectiva etapa ficará retido até que a irregularidade seja finalmente sanada.[180]

A segunda categoria de defeitos refere-se às irregularidades ou incorreções identificadas após a conclusão e entrega da obra ao proprietário. Em regra geral, os contratos de EPC contém uma previsão segundo a qual o empreiteiro obriga-se a, durante um termo determinado, corrigir eventuais defeitos ou irregularidades apurados no empreendimento, a se iniciar no ato de entrega da obra ao proprietário (*defects liability period*). Tal prazo poderá variar, de acordo com a modalidade de empreendimento, do trabalho realizado pelo empreiteiro e da sua capacidade em obter a mesma garantia dos subempreiteiros utilizados na obra.[181]

Caso o empreiteiro, durante o período de garantia da obra, venha a ser demandado para correção de determinada irregularidade e não o faça no período designado, o instrumento contratual poderá permitir ao proprietário que corrija o defeito, por si ou mediante a contratação de terceiro. O proprietário também poderá se reservar o direito de deduzir o valor necessário para correção do defeito do valor devido ao empreiteiro ou, eventualmente, reter parte da remuneração devida ao empreiteiro, conforme o mecanismo descrito anteriormente.[182]

---

tivesse sido celebrado, exceto pelos efeitos que tenham sido produzidos e que, por qualquer razão, não possam ser extintos.

[180] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 69.

[181] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 71.

[182] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 71.

Em alguns tipos de empreendimento, o empreiteiro (ou epecista) poderá tentar reduzir o prazo de garantia da obra ou limitar a sua responsabilidade pelos vícios ou defeitos da obra à possibilidade do proprietário solicitar a correção da irregularidade de acordo com o procedimento previsto no contrato. No entanto, em razão das normas previstas para a empreitada no Código Civil, o empreiteiro não poderá se furtar de responsabilidade pelos danos relacionados à solidez e segurança da obra, pelo prazo irredutível de cinco anos (Artigo 618). [183]

Como regra em contratos de construção, o empreiteiro não responde pelos defeitos e irregularidades que não tenham sido ocasionados pelos trabalhos por ele realizados. Para que haja efetiva responsabilização do empreiteiro, o dano deve ter sido produzido por conduta a ele atribuída ao e em razão de inadimplemento do contrato de EPC. Em razão disso, os danos decorrentes de desgaste normal dos ativos do empreendimento ou de conduta atribuída ao proprietário ou aos funcionários por ele contratados não ensejam uma obrigação de reparo por parte do empreiteiro.[184]

No caso de identificação de defeitos após o início das operações do empreendimento, o empreiteiro tem de efetuar o reparo necessário sem afetar a continuidade da operação do estabelecimento. Para tanto, deve ser estabelecido no instrumento contratual que eventuais correções serão apenas realizadas durante o período de inatividade (e.g. período de férias ou recesso da atividade), ou com a menor interrupção possível na operação do estabelecimento, de forma a minimizar eventuais impactos na geração de caixa do empreendimento.[185]

---

[183] No Direito da *Common Law*, esse tipo de cláusula é designada pela expressão "*exclusive remedies clause*" (em tradução: cláusula de medida corretiva exclusiva). Conforme disposto acima, essa disposição deve ser interpretada, sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio, com certa restrição, haja vista a existência entre nós de normas cogentes que atribuem responsabilidade ao empreiteiro por danos estruturais da obra, e que, em razão de sua natureza, não podem ser afastadas pelas avenças contratuais das partes (como é o caso do Artigo 618 do Código Civil).

[184] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 73.

[185] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 73-4.

2.4.3.7 Inadimplemento, Suspensão e Término do Contrato de EPC

Esse subitem tratará das hipóteses de suspensão e término da relação jurídica decorrente de um contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC) mais comumente encontradas na prática comercial.

Como premissa inicial, o encerramento da relação jurídica estabelecida entre proprietário e empreiteiro deve ser considerada como a última alternativa disponível para sanar um inadimplemento contratual. A denúncia, pelo proprietário, do contrato de EPC[186] (ou sua eventual resolução, com fundamento no inadimplemento do empreiteiro) implica, em regra geral, atrasos na conclusão do empreendimento e, por conseguinte, na capacidade do projeto de gerar receita para arcar com os encargos do financiamento. No entanto, a mera existência de disposição no instrumento sobre a possibilidade de término da relação jurídica pode funcionar como um estímulo para que as partes cumpram com seus respectivos deveres contratuais.[187]

---

[186] Os métodos extintivos da relação jurídica obrigacional não satisfativos do direito de crédito são muitos e variados. Na lição de Pontes de Miranda, destacam-se a (i) revogação; (ii) distrato; (iii) rescisão; (iv) denúncia; (v) resolução; (vi) resilição; (vii) decretação de nulidade; e (viii) anulação. Revogação dá-se quando é retirada a voz (*vox*), a declaração de vontade que constitui o cerne do suporte fático (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. 2. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 279). Distrato é trato em sentido contrário, trato extintivo, e atinge apenas o plano da eficácia, podendo se referir tanto a negócios jurídicos bilaterais (e.g. contratos) quanto a negócios unilaterais. Rescisão significa o corte do suporte fático, a cisão do suporte fático de que decorre a desconstituição do negócio jurídico (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV, cit., p. 390). A distinção entre denúncia e resolução e resilição é mais tênue. Ambas operam no plano da eficácia, mas a denúncia significa por fim a uma relação jurídica por tempo indeterminado, com extinção *ex nunc* (não atinge a eficácia já produzida). A resolução, por outro lado, tem por objetivo desconstituir os efeitos do negócio jurídico, "como se" ele não tivesse existido; a resilição é espécie de resolução, com a diferença de que a resolução em sentido estrito desconstitui toda a eficácia do negócio jurídico (*ex tunc*) e a resilição apenas a eficácia futura (*ex nunc*) (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV, cit., p. 300). A decretação de nulidade e a anulação dizem respeito ao plano da validade. A anulação desconstitui os efeitos eventualmente produzidos até a anulação (sentença constitutiva negativa), enquanto a decretação de nulidade desconstitui a existência do negócio jurídico, declarando que não houve produção de quaisquer efeitos (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV, cit., p. 392). No âmbito do contrato de EPC, as figuras extintivas mais recorrentes são a denúncia (em razão, por exemplo, de identificação de algum problema no decorrer da obra, que justifique a sua paralisação e o encerramento do vínculo do dono da obra com o empreiteiro), a resolução (desconstituição dos efeitos do negócio jurídico, em razão, por exemplo, de inadimplemento do empreiteiro) e a resilição (resolução com efeitos *ex nunc*).

[187] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 77.

Alguns dos eventos identificados na prática do setor de construção que legitimam o encerramento da relação jurídica em virtude de conduta atribuída ao empreiteiro são os seguintes: (i) abandono da obra ou incapacidade do empreiteiro de iniciar os trabalhos após ter sido notificado pelo proprietário; (ii) inadimplemento, por parte do empreiteiro, de instrução emitida pelo proprietário ou seu representante; (iii) violação, pelo empreiteiro, das regras contratuais acerca da contratação de subempreiteiros; (iv) entrega da obra após o prazo final estabelecido no contrato, ou caso o limite máximo da cláusula penal por atraso (*delay liquidated damages*) já tenha sido atingido; (v) falência, recuperação judicial ou insolvência do empreiteiro; (vi) inadimplemento, pelo empreiteiro, dos níveis mínimos de segurança e salubridade exigidos pelo proprietário ou pela legislação aplicável, entre outras hipóteses.[188]

Para que o proprietário possa exercer o poder formativo extintivo da relação jurídica decorrente do contrato de EPC, é usual conceder ao empreiteiro um prazo para sanar os efeitos do inadimplemento. Tal termo deverá ser suficientemente longo para permitir ao empreiteiro executar os trabalhos necessários à retificação do evento que causou o inadimplemento. Caso o empreiteiro, por qualquer razão, não consiga sanar o inadimplemento durante o prazo fixado no contrato, o proprietário poderá então pôr fim à relação jurídica contratual, mediante a contratação de outro empreiteiro para finalizar a obra às custas do empreiteiro original ou, dependendo do caso, simplesmente enjeitando a obra executada pelo empreiteiro (Artigo 615 do Código Civil).[189]

As consequências do término da relação jurídica contratual podem ser as mais diversas, incluindo: (i) o direito do proprietário de adentrar o local da obra e retirar o

---

[188] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 79.

[189] A doutrina prevê também outras soluções alternativas para o evento de inadimplemento do empreiteiro. A título exemplificativo, o proprietário poderá conceder ao empreiteiro um prazo relativamente curto para sanar o inadimplemento ou elaborar um cronograma de medidas corretivas que seja satisfatório ao proprietário. Caso o empreiteiro não cumpra com o cronograma por ele proposto, o proprietário terá a prerrogativa de encerrar a relação jurídica. O proprietário poderá também ter o direito de retenção de parcela da remuneração devida ao empreiteiro em valor suficiente para arcar com os custos de contratação de um terceiro para finalizar a obra, ou, alternativamente, a obra poderá ficar suspensa pelo período necessário à retificação do inadimplemento, às custas do empreiteiro (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 80).

empreiteiro; (ii) o direito do proprietário de contratar um terceiro para completar as obras inacabadas, mediante o emprego dos equipamentos do empreiteiro (se deixados no local da obra); (iii) o direito de solicitar ao empreiteiro a remoção do seu equipamento do local da obra (e, em caso de abstenção do empreiteiro, o direito de venda dos equipamentos não removidos, com devolução do valor obtido ao empreiteiro, após quitadas eventuais dívidas); (iv) o direito de solicitar a restituição dos valores recebidos antecipadamente pelo empreiteiro (caso não tenham sido despendidos na obra); (v) o direito à devolução de materiais não incorporados à obra; e, (vi) o direito à transferência de qualquer propriedade intelectual gerada em conexão com o projeto (e.g. patentes, marcas registradas, direitos autorais etc.).[190]

Em alguns casos, o encerramento da relação jurídica decorrente de um contrato de EPC não é suficiente para reparar todos os danos que o proprietário pode ter em função do inadimplemento do empreiteiro. Por exemplo, em caso de um financiamento para construção e operação de uma usina geradora de energia em regime de concessão pública, o término da relação jurídica poderia não reparar os danos de eventual inadimplemento, pela sociedade do projeto, do contrato de concessão com o Poder Público e dos contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados entre a sociedade do projeto e os adquirentes da produção. Nesse caso, a reparação dos danos deveria levar em consideração também os interesses dos acionistas, dos financiadores e dos demais envolvidos.[191]

Para além da hipótese de inadimplemento de obrigação contratual pelo empreiteiro, existem, igualmente, os eventos de inadimplemento causados pelo proprietário. Alguns dos eventos mais citados são: (i) o inadimplemento do preço devido ao empreiteiro; (ii) o descumprimento de condições necessárias para que o empreiteiro faça jus ao pagamento do preço (e.g. emissão de certificados de conclusão de etapas da obra); (iii) o descumprimento de obrigações imputáveis ao proprietário (e.g. obtenção de licenças, liberação do acesso ao local da obra, etc.); (iv) falência, recuperação judicial ou insolvência do proprietário; e (v)

---

[190] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 82.

[191] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 81.

caso esta seja permitida, a suspensão dos trabalhos por prazo prolongado (sem que o empreiteiro tenha dado causa à suspensão).[192]

Como consequência do término da relação jurídica por evento imputável ao proprietário, pode ser mencionado o direito do empreiteiro ao recebimento da parcela do preço devida até o momento do exercício da denúncia do contrato de EPC, bem como o ressarcimento dos custos para retirada de equipamentos e materiais do empreiteiro do local da obra. O empreiteiro também poderá pleitear as perdas e danos decorrentes do término da relação contratual a que o proprietário der causa (incluindo lucros cessantes, os quais, no entanto, devem ser analisados caso a caso).[193]

2.4.3.8 Hipóteses de Limitação de Responsabilidade no contrato de EPC

Esse subitem abordará as principais hipóteses de limitação da responsabilidade do empreiteiro no âmbito do contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC).

A regra geral vigente em contratos de construção dispõe que, quanto maiores os riscos assumidos pelo empreiteiro em relação à definição de sua responsabilidade por danos ocasionados ao proprietário e a terceiros, *menor* a flexibilidade de negociação dos termos e condições do contrato e, normalmente, *maior* será o preço final da obra. Dessa forma, a negociação de um contrato de EPC exige que as partes envolvidas atinjam um consenso no que concerne ao nível de responsabilidade do empreiteiro por danos verificados no decorrer da obra ou após a conclusão do empreendimento.

É comum que, no âmbito do contrato de EPC, estabeleça-se um limite máximo pecuniário (do inglês: *cap on liability*) para eventual indenização devida pelo empreiteiro ao proprietário em virtude de danos ocasionados ao patrimônio daquele e ao empreendimento. Tal limite, via de regra, é expresso em percentual do preço total da

---

[192] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 84-5.

[193] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 85.

obra.[194] A doutrina especializada aponta, contudo, algumas exceções ao limite geral de indenização devida pelo empreiteiro.

Como exemplos mais recorrentes, os valores que venham a ser pagos pelo proprietário a terceiro por ato culposo imputável ao empreiteiro não devem ser considerados no limite de indenização, bem como os valores que o empreiteiro venha a pagar ao proprietário, mas seja ressarcido em decorrência das apólices de seguro da obra.[195]. A finalidade do instituto é, portanto, fixar um teto para a obrigação do empreiteiro de indenizar o proprietário com recursos *próprios*.[196]

Para além dos limites gerais de indenização, o contrato de EPC também pode fixar cláusulas penais por atraso na entrega da obra ou por desvio de qualidade ou produtividade do empreendimento (os chamados *delay* e *performance liquidated damages*). Tais penalidades, por sua própria natureza, são expressadas em um valor fixo, o qual não impede, a princípio, que o proprietário cobre do empreiteiro o valor dos danos que excederem a cláusula penal em questão. Nesse caso, a penalidade terá a função de mínimo de indenização e o proprietário terá de provar o valor do prejuízo excedente (Artigo 416, parágrafo único do Código Civil).

Outra forma de limitação da responsabilidade das partes são as chamadas cláusulas de medida corretiva exclusiva (ou *exclusive remedies clause*). Elas são muito comuns em países da *Common Law*, e, em sua formulação básica, só permitem a uma das partes exigir a reparação de danos da outra de acordo com o rito específico previsto no contrato. Tais disposições podem ter a sua eficácia questionada do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a garantia constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário (Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). Ademais, as regras processuais

---

[194] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 91.

[195] Também são normalmente excluídos do limite os litígios decorrentes de atos dolosos ou de culpa grave do empreiteiro. Nesse caso, porém, os empreiteiros costumam ver com certa reticência a exclusão dessas demandas do limite de indenização, uma vez que a conduta de um ou alguns empregados desafetos pode gerar responsabilidade do empreiteiro em virtude de ato doloso ou com culpa grave (*wilful misconduct or gross negligence*) (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 93).

[196] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 92.

vigentes em países de *Civil Law*, em regra, possuem caráter cogente, e não podem ser afastadas pela declaração de vontade dos contraentes.

Finalmente, o empreiteiro poderá solicitar que conste do contrato limite pecuniário para sua obrigação de reparação de defeitos ou vícios da obra, em função, por exemplo, de percentual do preço total da obra. O proprietário, contudo, poderá apresentar objeção a tal iniciativa, com base no argumento de que a verificação de defeitos ou vícios na construção faz parte do risco atribuído à atividade do empreiteiro, não sendo, portanto, justificativa para impingir um prejuízo ao dono da obra.[197]

Adicionalmente, tal disposição encontraria restrição em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, como visto anteriormente, o empreiteiro de grandes construções tem obrigação de garantia, pelo prazo de cinco anos, em relação à segurança e solidez da obra (Artigo 618 do Código Civil).

2.4.3.9 Aspectos relacionados a seguro no contrato de EPC

Os itens precedentes analisaram o contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC) sob a ênfase da relação estabelecida entre o proprietário, dono da obra ou contratante, de um lado, e o empreiteiro, epecista ou contratado, de outro lado. Neste item, será abordado um terceiro elemento, estranho à relação jurídica entre o proprietário e o empreiteiro, que é a entidade seguradora de determinado risco decorrente da execução do objeto do contrato de EPC.

Em uma obra de grande porte, é usual a coexistência de várias apólices de seguro, as quais têm a finalidade de mitigar os diversos tipos de risco envolvidos (e.g. riscos de construção, de danos causados a terceiros, pela atuação de consultores e outros profissionais na obra, etc.). Em regra geral, os riscos da obra são atribuídos ao empreiteiro até a conclusão do empreendimento e sua entrega ao proprietário. Em consequência disso, as apólices de seguro contratadas pelo empreiteiro deverão cobrir os riscos da obra até, no

---

[197] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 96.

mínimo, o momento de sua entrega ao proprietário. A partir de então, passam a viger as regras do seguro contratado pelo proprietário.[198]

A principal espécie de apólice de seguro empregada em um contrato de EPC é a apólice de cobertura geral de riscos de construção (do inglês, *all risks insurance*), a qual visa cobrir os danos causados ao empreendimento durante a construção, em decorrência de quaisquer eventos não excluídos da apólice. Dessa forma, as partes envolvidas deverão analisar com cautela os eventos excluídos da apólice de riscos da obra, os quais podem incluir, por exemplo, a cobertura de danos ocasionados por defeitos verificados em componentes ou equipamentos utilizados pelo empreiteiro na obra.[199]

Outra espécie de apólice empregada em contratos de construção (e, em especial, nos contratos de EPC) é o seguro contra danos causados pelo atraso no início da operação do empreendimento (do inglês, *delay in start-up* ou "DSU") ou, alternativamente, contra os prejuízos (i.e. perda de receita) ocasionados por interrupções na operação regular do empreendimento (do inglês, *business interruption* ou "BI"). Tais coberturas são aplicáveis em caso de ocorrência de danos materiais à obra ou partes da obra, que importem em atrasos no início da operação ou na exploração regular do empreendimento.[200]

Para além das apólices mencionadas acima, outras espécies de seguro podem ser necessários, a depender das características específicas do projeto e dos profissionais nele envolvidos. Alguns exemplos frequentes em contratos de construção são: (i) apólice contra riscos de transporte (para materiais ou equipamentos que necessitem ser transportados por longa distância), (ii) apólice contra danos causados a equipamentos do empreiteiro (em

---

[198] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 101.

[199] O empreiteiro também poderá contratar extensões de cobertura da apólice para trabalhos a serem realizados após a entrega do empreendimento, por exemplo, a manutenção periódica de componentes do empreendimento durante o prazo de garantia da obra oferecido pelo empreiteiro (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 102).

[200] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 103. Normalmente, as coberturas de riscos "DSU" e "BI" são contratadas pelo empreiteiro a título de extensão da cobertura da apólice contra os riscos da obra (*all risks insurance*). O recurso do proprietário a tais coberturas, outrossim, pode estar sujeito ao transcurso de um período de carência (*waiting period*), bem como a um prazo máximo de cobertura (*maximum indemnity period* ou "MIP"), ambos especificados na apólice do seguro.

especial, caso exista algum equipamento vital para a conclusão da obra), (iii) apólice de responsabilidade civil por danos ocasionados por consultores ou engenheiros que prestem serviços às partes, (iv) apólices por riscos (e.g. morte, dano físico grave, etc.) aos empregados do empreiteiro, (v) apólice de seguro contra riscos aos veículos empregados na obra, (vi) apólice de riscos políticos (*political risk insurance*), entre outros.[201]

Em projetos de infraestrutura de grande magnitude, além das apólices para cobertura de riscos da obra contratadas pelos empreiteiros envolvidos, é comum a contratação de uma apólice geral pela sociedade do projeto, a qual visa cobrir os riscos de danos causados a terceiros pelo proprietário, pelo empreiteiro e pelos demais profissionais e consultores envolvidos no projeto.[202] Tal espécie de seguro é exigida, em especial, nos projetos em que os financiadores têm recurso limitado ao patrimônio dos patrocinadores (*limited recourse basis*) e, portanto, exercem influência determinante sobre a sociedade do projeto.

Não obstante, há situações em que o empreiteiro dispõe de apólice de seguro contra riscos a terceiros com cobertura elevada, aplicável a todos os projetos por ele desenvolvidos ou especificamente ao projeto em questão. Nesse caso, a contratação de apólice com cobertura geral pela sociedade do projeto pode não ser necessária ou justificável do ponto de vista econômico.[203]

No caso de um financiamento de projetos, a depender das disposições do contrato de financiamento celebrado entre a sociedade do projeto e o agente financiador, o financiador poderá exigir sua indicação como beneficiário nas apólices de seguro mantidas pela sociedade do projeto. Em especial, tal indicação faz sentido em caso de danos

---

[201] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., pp. 105-6.

[202] Tal apólice pode ter cobertura complementar à das apólices contratadas pelo empreiteiro e pelos demais profissionais envolvidos no projeto, de forma que o valor da franquia aplicável à apólice de riscos da sociedade do projeto seja fixado levando-se em consideração o valor máximo de cobertura das demais apólices de seguro contratadas para a obra (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 107).

[203] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 107.

catastróficos que comprometam a própria viabilidade do projeto. Nessa situação, o financiador poderia exigir que o valor da indenização pago pela seguradora fosse utilizado para pagamento dos encargos do financiamento ao invés da reparação dos danos à obra.[204]

Por fim, vale ressaltar que as disposições constantes do contrato de EPC sobre a obrigação de indenizar por atos imputáveis ao empreiteiro ou à sociedade do projeto devem ser elaboradas e interpretadas à luz da existência (ou não) de cobertura para o referido risco nas apólices de seguro vigentes. Ademais, o contrato de EPC deverá indicar a parte que arcará com o valor dos prêmios dos seguros contratados e a parte a ser indicada como beneficiária das indenizações pagas em decorrência dos sinistros verificados durante a construção e após a entrega do empreendimento.

2.4.3.10 Formas de prevenção, administração e resolução de conflitos em contratos de EPC

A construção de determinada obra de engenharia envolve uma grande quantidade de entidades, indivíduos e profissionais. O proprietário (sociedade do projeto) pode ser uma entidade privada ou pública, que contrata o empreiteiro para a entrega de um empreendimento pronto para operação. O proprietário pode também indicar um representante para fins de acompanhar e emitir instruções ao empreiteiro e avaliar o trabalho deste.[205] O empreiteiro, por outro lado, normalmente delega parte da obra para subempreiteiros por ele contratados, sendo que por estes responderá perante o proprietário.

---

[204] Tais cláusulas são comuns em países do *Common Law*, e são referidas como "*head for the hills option*". Em casos de danos extremos ao projeto que comprometam a sua continuidade, o financiador buscaria se proteger de eventual colapso da sociedade do projeto por meio do recebimento dos valores a que ela faria jus em decorrência das apólices de seguro em vigor. No entanto, para que tal mecanismo seja exeqüível, é necessário que seja compatível com os termos e condições das apólices de seguro mantidas pela sociedade do projeto (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 108).

[205] O representante do proprietário pode assumir diversas funções no âmbito da obra, como, por exemplo, a emissão de instruções ao empreiteiro e subempreiteiros (conforme o caso), a avaliação do trabalho entregue pelo empreiteiro e medição das partes da obra concluídas (para fins de realização do pagamento das etapas correspondentes). Além disso, o representante do proprietário, em alguns casos, pode atuar como instância com poderes de decisão sobre os conflitos decorrentes do contrato de EPC, ainda que suas decisões, em regra geral, não sejam finais e estejam sujeitas a recurso por meio da arbitragem ou processo judicial, nos termos previstos no instrumento contratual (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 114).

A interação entre as diferentes pessoas envolvidas em um empreendimento de grande porte pode engendrar, de dentro da estrutura complexa formada pela rede de contratos e relações jurídicas deles decorrentes, uma série de conflitos, os quais, se não administrados da forma adequada, podem resultar em uma lide com impactos negativos para a condução do projeto. Dessa forma, a resolução de um conflito no momento em que ele surge é essencial para a conclusão do empreendimento, no tempo e de acordo com o orçamento previsto.[206]

Os contratos de engenharia, fornecimento e construção (ou contratos de EPC) oferecem uma série de mecanismos para possível solução antecipada de conflitos, as quais podem ser divididas em dois grandes blocos: os métodos que envolvem apenas a discussão amigável entre as partes (com ou sem o auxílio de um terceiro), e os métodos que se fundamentam na indicação de um terceiro (especialista, árbitro ou juiz) com poderes de solver a discordância entre as partes.

Na primeira categoria, estão as reuniões entre os altos executivos das partes (*chief officer meetings*), a mediação e a conciliação. Entre os métodos que envolvem a indicação de um terceiro, estão a resolução de conflitos pelo representante ou administrador da obra (*contract administrator*), a indicação de um especialista (*expert determination*), a constituição de um conselho resolutivo (*dispute boards*), a arbitragem e, finalmente, a via judicial.

Uma das etapas iniciais no procedimento de resolução de conflitos em contratos de EPC é a negociação de uma solução amigável entre a cúpula da administração das partes. A vantagem desse mecanismo é que, por vezes, possibilita que os conflitos que não sejam de extrema relevância sejam resolvidos sem perda de tempo e custos adicionais às partes. Caso a negociação não resulte em solução para o conflito em questão, as partes poderão então utilizar algum outro mecanismo descrito acima.

---

[206] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 113.

Alternativamente, também pode ser instaurada uma mediação ou conciliação para tentativa de solução do conflito. A distinção entre os dois métodos é bem tênue, mas, em linha geral, o mediador assume uma função mais ativa em relação ao conciliador. Ambos devem ser pessoas qualificadas, com experiência no setor de construção e em resolução de conflitos dessa natureza. A mediação e conciliação assumem uma abordagem mais comercial (i.e. menos jurídica) do conflito e dos interesses envolvidos, com o objetivo de alcançar soluções que preservem o relacionamento empresarial entre as partes e possibilitem a continuidade do projeto.[207]

O administrador da obra, normalmente um indivíduo contratado pelo proprietário para atuar como seu representante perante o empreiteiro, pode também assumir função decisória em determinados conflitos, em especial os de natureza técnica. Em alguns modelos de contratos de EPC (e.g. o modelo FIDIC), o administrador atua como primeira instância na resolução de um conflito, e suas decisões estão sujeitas a recurso, por qualquer das partes, à arbitragem ou ao Poder Judiciário.[208] No entanto, a resolução de conflitos pelo representante do proprietário não constitui mecanismo adequado, haja vista a possibilidade do empreiteiro questionar a imparcialidade do administrador contratado pelo dono da obra.[209]

Alternativamente, as partes podem submeter um conflito específico para opinião de um especialista na matéria, o qual atua de forma independente, podendo sua decisão ser (ou não) vinculante para as partes, nos termos previstos no contrato de EPC. Normalmente, o especialista é indicado de comum acordo entre as partes para solução de questões

---

[207] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 116. Algumas das entidades que oferecem os serviços de mediação e conciliação são a Câmara Internacional de Comércio (*International Chamber of Commerce* - ICC), o *Chartered Institute of Arbitrators* (Reino Unido), a Associação Americana de Arbitragem (*American Association of Arbitration* - AAA), e, entre nós, a Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC) e a Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP.

[208] Como é o caso dos modelos CONS (*Construction Contract*) e P&DB (*Plant & Design-Build*) da *Fédération International d'Ingenieurs Conseil* (FIDIC), utilizado pelas principais instituições de crédito internacionais, tais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento e Banco Mundial (cf. MARIANGELO, Rafael; KLEE, Lukas. *Recomendações FIDIC*. cit., p. 107).

[209] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 114.

específicas de natureza técnica e sua competência se restringe à matéria a ele submetida. As decisões de um especialista estão sujeitas a recurso, nos termos do contrato, mormente em caso de erro manifesto ou dolo. As decisões do especialista, ainda que vinculantes entre as partes, dependem de recurso à arbitragem ou à via judicial para que sejam executadas.[210]

As partes podem estipular também, no contrato de EPC, a constituição de um conselho resolutivo formado por profissionais com experiência e técnica em interpretação e aplicação de contratos de construção. O regimento do conselho resolutivo será disposto no instrumento contratual, o qual deverá disciplinar a composição do órgão, sua competência e o seu rito processual. O conselho resolutivo, na experiência estrangeira, tem sido também utilizado para solução de desavenças durante a execução do contrato, prevenindo eventuais conflitos antes de surgirem.[211]

No entanto, as decisões do conselho resolutivo só vinculam as partes, o que significa que, em caso de desobediência a uma decisão do conselho, cabe à outra parte promover a execução da decisão mediante arbitragem ou por meio do provimento judicial, conforme for estipulado no contrato de EPC.

Como última etapa na resolução de potenciais conflitos no âmbito do contrato de EPC, as partes podem recorrer à instauração de arbitragem ou de processo judicial. A arbitragem no Brasil foi regulada pela Lei nº 9.307/96, sendo hoje amplamente difundida entre nós. Suas principais vantagens são a especialização na resolução de conflitos específicos, o sigilo garantido às informações das partes e, em certa medida, a celeridade

---

[210] PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 116.

[211] O conselho resolutivo assume um papel pró-ativo na prevenção de conflitos, mediante a realização de reuniões e conversas informais entre as partes. O procedimento de resolução de conflitos perante o conselho resolutivo é, em regra geral, bem informal, sendo um dos princípios basilares a celeridade e flexibilidade na tomada de decisões. O procedimento normalmente se inicia com o envio de uma reclamação formal ao conselho, a que segue um período para contestação da outra parte. O procedimento pode também incluir a realização de audiência ou oitiva das partes, a depender do caso concreto (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 118).

na tomada da decisão.[212] A principal desvantagem do processo arbitral são os custos elevados para instauração do tribunal arbitral e condução da arbitragem.

Contudo, em se tratando de conflitos oriundos de contratos de construção, cuja especificidade requer qualificações muito específicas do julgador (i.e. causas que envolvem aspectos técnicos podem requerer a atuação de um profissional com experiência no ramo), é muito comum a inserção de cláusulas compromissórias nos contratos de EPC.[213] Em especial, quando uma das partes do contrato é estrangeira, frequentemente recorre-se à arbitragem a ser instaurada em câmara com sede fora do Brasil (e.g., a *International Chamber of Commerce* - ICC, com sede em Paris).

No que se refere à solução de conflitos pela via judicial, vale ressaltar que, quando uma ou algumas das pessoas envolvidas na lide for estrangeira, ou o contrato for executado no exterior, as partes deverão ter a cautela de prever no instrumento contratual o foro competente para resolução de conflitos.[214] Adicionalmente, na ausência de escolha de jurisdição no contrato de EPC, as regras de Direito Internacional Privado também serão aplicáveis (em especial, os Artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil).

Por fim, outro aspecto essencial a constar de um contrato de EPC é a legislação que governará o referido instrumento, determinando o regime legal aplicável aos direitos e deveres, pretensões e obrigações das partes envolvidas. Na ausência da determinação da lei aplicável à relação jurídica em questão, incidirão as normas de Direito Internacional

---

[212] Ainda, segundo os termos da Convenção de Nova Iorque, a qual foi ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002, assegura a possibilidade de execução de sentenças arbitrais estrangeiras entre os países signatários da Convenção (no total, mais de 130 países). Esse é outro aspecto positivo da arbitragem em comparação com o processo judicial, pois permite que as partes envolvidas escolham o tribunal arbitral de um país neutro para sediar o conflito, cuja sentença poderá então ser executada no país da sede de alguma das partes ou de execução do contrato (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 125).

[213] YESCOMBE, E.R. *Principles of Project Finance*. cit., p. 115.

[214] Caso as partes não prevejam a jurisdição competente para resolução de conflitos, isso poderá dar margem à problemática chamada no direito comparado de "*forum shopping*", ou seja, a busca pelas partes da jurisdição que melhor atender os seus interesses. Esse fator pode gerar insegurança e instabilidade para o desenvolvimento das relações entre as pessoas envolvidas no contrato de construção, durante a execução de seu objeto (PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. *EPC Contracts and Major Projects*. cit., p. 130).

Privado, as quais determinarão a lei de regência do contrato com base nos elementos de conexão preponderantes (e.g. domicílio das partes, local de assinatura e execução do contrato, entre outros).[215]

2.4.4 O regime jurídico do contrato de EPC aplicado às obras públicas

Nesta seção, serão abordadas, em linhas gerais, as principais diretrizes e usos do contrato de EPC no setor público. A legislação brasileira sobre obras públicas, e, em especial, a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas), apresentam algumas normas específicas sobre o contrato de EPC. As considerações abaixo representam análise preliminar do contrato de EPC à luz das normas relativas ao Direito Público (em especial, às concessões públicas), haja vista as limitações contidas neste trabalho.

Como ponto de partida nessa análise, de acordo com o Artigo 6º, inciso VIII, alínea "e" da Lei nº 8.666/93, considera-se empreitada integral:

> "quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, **compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação**, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada." (grifos nossos)

Conforme se depreende da definição acima, o conceito de empreitada integral, para a Lei nº 8.666/93, em muito se aproxima da acepção ora preconizada do contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC).[216] Isso se deve ao fato de,

---

[215] Em relação aos elementos de conexão erigidos pelo ordenamento jurídico pátrio, vide a Lei nº 12.376/10 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com especial ênfase para os Artigos 7º (lei de regência das pessoas naturais), 8º (lei de regência dos bens e das relações a eles concernentes), 9º (lei de regência das obrigações) e 11 (lei de regência das organizações destinadas a interesses coletivos, como as sociedades e fundações).

[216] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 334.

tanto no contrato de EPC quanto na empreitada integral, o mesmo empreiteiro (também designado epecista) encarrega-se de todas as etapas da obra, desde a elaboração do projeto, contratação de materiais e mão de obra, execução da obra e entrega do empreendimento ao proprietário (i.e. no âmbito do financiamento de projetos, a sociedade do projeto).[217]

De fato, um dos maiores campos de aplicação para os contratos de EPC hoje, no Brasil, consiste no segmento das obras públicas, e, em especial, as de infraestrutura. É cediço, outrossim, que as principais obras de financiamento de projetos no país contam, em alguma medida, com o financiamento de instituições públicas (tais como o BNDES, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil), o que corrobora a importância que o setor público ocupou, nos últimos anos, no desenvolvimento de projetos de infraestrutura no Brasil.[218]

---

[217] CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit., p. 171: "O regime da empreitada integral, tipificado pela Lei nº 8.666/93, é um caso de uma configuração contratual particular, uma adaptação da empreitada conjugando-a às práticas internacionais de contratação nos moldes do contrato de EPC, que veio ser tipificada legalmente, tal como aconteceu, entre nós e alhures, com muitos contratos."

[218] O BNDES, por exemplo, tem uma linha de financiamento específica com o nome de "BNDES Project Finance", que tem por objetivo conceder empréstimos para empreendimentos que se proponham sejam financiados tendo como garantia o fluxo de caixa do projeto. Conforme definição constante do *website* do BNDES, o produto significa "uma forma de engenharia financeira suportada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia os ativos e recebíveis do mesmo projeto". Para que possa ser enquadrada na categoria, a colaboração financeira deve ser estruturada com as seguintes características: (a) o cliente do financiamento deve ser uma sociedade de propósito específico sob a forma de sociedade por ações (S.A.); (b) os fluxos de caixa esperados do projeto devem ser suficientes para saldar os financiamento; (c) as receitas futuras devem ser cedidas em favor dos financiadores; (d) o índice de cobertura do serviço da dívida (ICSD) projetado para cada ano da fase operacional deve ser de, no mínimo, 1,3, ou 1,2, caso o projeto tenha uma taxa interna de retorno (TIR) de 8% a.a.; (e) o capital próprio (*equity*) investido pelos acionistas deve ser de no mínimo 20%, podendo a geração de caixa do projeto ser considerada como capital próprio; e (f) os contratos da operação devem vedar a concessão de mútuos do cliente (SPE) aos seus acionistas e restringir os demais pagamentos feitos aos acionistas, a qualquer título. Ainda, o BNDES leva em consideração os seguintes fatores na classificação de risco do projeto financiado sob a modalidade do BNDES *Project Finance*: (i) a classificação de risco dos controladores da beneficiária (SPE); (ii) o risco de implantação do projeto e os respectivos mitigadores; (iii) o grau de alavancagem da SPE; (iv) a suficiência, previsibilidade e estabilidade dos fluxos de caixa do projeto; (v) o risco operacional do projeto e seus mitigadores; e (vi) o valor, liquidez e segurança das garantias oferecidas pela SPE. Por fim, com relação às garantias, na fase pré-operacionais são normalmente exigidos pelo BNDES (x) o compromisso dos acionistas de complementar o capital da empresa em montante para finalizar o projeto (*equity support*); (y) a celebração de contratos (tais como o contrato de EPC) que obriguem os empreiteiros ou fornecedores de equipamentos a concluir o projeto dentro do orçamento e em data previamente acordada; e (z) contratação de um seguro garantia, em benefício dos financiadores. A título de garantias operacionais, o banco pode exigir tanto (a) o penhor ou alienação fiduciária de ações de emissão da SPE; (b) o penhor dos direitos de crédito oriundos do contrato de concessão (se for o caso); (c) direito do financiador assumir o controle da sociedade de propósito específico, em algumas circunstâncias (step-in rights); (d) garantias reais sobre ativos dos projeto, as quais podem ser dispensadas se a sociedade comprometer-se a não oferecer os ativos em garantia de terceiros sem a autorização prévia do financiador, bem como exigir, quando solicitado, garantia sobre ativos supervenientes

Para além da empreitada integral, a Lei nº 8.666/93 também trata de outras modalidades de empreitada, tais como as empreitadas por tarefa (Artigo 6º, inciso VIII, alínea "d"[219]) e por preço unitário (Artigo 6º, inciso VIII, alínea "b"[220]), as quais, no entanto, são menos relevantes para a análise ora empreendida.

Um último modelo de empreitada previsto na Lei de Licitações Públicas é o da empreitada por preço global, a qual é definida como a contratação da "execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas" (Artigo 6º, inciso VIII, alínea "a"). A essa espécie de empreitada corresponde o conceito de contrato de EPC a preço global (ou *lump sum*), muito comum na prática do setor de construção, no Brasil e no exterior.

A contratação de obras públicas sob a modalidade de empreitada integral está expressamente prevista no Artigo 10º, alínea "e" da Lei nº 8.666/93. Ademais, a Lei de Licitações Públicas prevê o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para a realização de concorrência a contar da publicação do edital, em caso de contratação de obra sob a modalidade da empreitada integral (Artigo 21, §2º, inciso I, alínea "b"), o que denota a aplicação prática que a empreitada integral assume no âmbito das obras públicas.

Uma forma peculiar de associação entre a iniciativa privada e a Administração Pública, de aplicação relevante no setor de construção e infraestrutura, são as parcerias público-privadas (ou PPP's), as quais foram, entre nós, reguladas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Nos dizeres de JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI[221]:

---

do projeto (http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/Project_Finance/index.html, atualizado em: 17.12.2014).

[219] "tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais".

[220] "empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas".

[221] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 398.

> "No entanto, tal qual concebida pela Lei Federal nº 11.079, de 30-12-2004, e pelas diversas leis estaduais já aprovadas sobre o tema, a PPP buscar designar uma modalidade específica de parceria na qual o parceiro privado assume responsabilidade integral pelo investimento na infra-estrutura que, devidamente operada, permitir-lhe-á oferecer determinado serviço ou utilidade à comunidade, em contrapartida a uma remuneração paga, complementada ou garantida pelo setor público ao longo da operação do projeto. A PPP caracteriza-se, assim, pelo compromisso remuneratório assumido pelo Estado, pelo longo prazo e, ademais, pela vinculação da remuneração ao desempenho do parceiro privado de acordo com as metas e padrões de qualidade previamente acordados."

Conforme se depreende do excerto acima, na PPP o agente privado assume a responsabilidade integral pelo investimento, mas a remuneração do serviço é paga parte pelo usuário final, parte pelo próprio Estado. Para além das PPP's, o agente privado também pode explorar serviços públicos através dos regimes de concessão e permissão de prestação de serviços públicos[222] e a concessão de uso de bem público[223]. Contudo, diferentemente das PPP's, nesses modelos o agente privado tem seu investimento remunerado mediante a cobrança de tarifas ou a exploração do bem público (e.g. potencial hidráulico, jazidas de petróleo), não respondendo o Estado por parte da remuneração devida ao agente privado.

---

[222] As concessões e permissões de prestação de serviços públicos são regradas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Os serviços prestados sob a modalidade de concessão ou permissão devem observar princípios fundamentais, tais como a adequação, continuidade, universalidade dos serviços e a modicidade tarifária (Art. 6º da Lei nº 8.987/95). Todo serviço prestado sob a modalidade de concessão ou permissão depende de prévia licitação (Art. 14 da Lei nº 8.987/95), e a tarifa do serviço é aquela fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação (Art. 9º da Lei nº 8.987/95). No regime de concessão ou permissão, cabe ao Estado somente as funções reguladora e fiscalizadora, ficando todos os investimentos necessários à exploração e manutenção do serviço a cargo do agente privado, o qual deve ser indenizado, ao final do período da concessão, pelos ativos ainda não amortizados ou depreciados (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 349).

[223] Os regimes de concessão e permissão de uso de bens públicos seguem, em linha geral, as regras previstas na Lei nº 8.987/95, com a peculiaridade de que tem por objeto a exploração, por empresas privadas, de bens de propriedade da União Federal, tais como os recursos minerais, as jazidas petrolíferas, ainda que tais atividades não se enquadrem em serviços públicos. Algumas leis que tratam especificamente dessa modalidade são as Leis nº 9.074/95, 9.427/96 e 9.648/98 (para o setor elétrico) e a Lei nº 9.478/97 (para o setor de petróleo e gás).

Por fim, além do regime de concessões e permissões, também existe o regime da autorização de serviço público, o qual assume grande relevância nos setores de geração de energia elétrica, comercialização de energia (Artigo 21, inciso XII, alínea "b" da Constituição Federal), telefonia celular (Artigo 21, inciso XI da Constituição Federal) e transporte de petróleo ou gás natural.[224]

Independentemente do modelo de exploração do serviço ou bem público oferecido pela Administração Pública, o campo de aplicação dos contratos de construção (e, sobretudo, do contrato de EPC) é muito amplo. O contrato de EPC, por um lado, exerce papel essencial na alocação dos riscos envolvidos em um projeto financiado mediante o financiamento de projetos ou sob outra forma de engenharia financeira, com ou sem participação do agente público.

Por outro lado, as consequências de um eventual inadimplemento do empreiteiro em um contrato de EPC podem ser ainda mais danosas, em se tratando de um empreendimento objeto de concessão, permissão ou autorização pública. Tal evento de inadimplemento pode resultar, por exemplo, na incapacidade da sociedade do projeto de cumprir com o cronograma físico-financeiro do projeto, importando em possível inadimplemento do contrato de concessão com o Poder Público.

Por essa razão, ao negociar o instrumento contratual, é importante que as partes levem em consideração não apenas os aspectos do objeto contratual (realização da obra), mas também as especificidades do projeto em questão, ou seja, se se tratar de um empreendimento sujeito ao controle e à fiscalização do Estado, as normas atinentes aos regimes de concessão, permissão e autorização podem ser aplicáveis.[225]

---

[224] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 403.

[225] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 348.

2.4.5 Aplicação de dispositivos do Código Civil da empreitada ao contrato de EPC e sua adequação ao financiamento de projetos

Nesta seção, será objeto de estudo a aplicabilidade das regras jurídicas do tipo da empreitada, conforme previstas no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), ao contrato de engenharia, fornecimento e construção (= contrato de EPC).

Foram abordadas, no item 2.4.2, as diferentes acepções acerca da qualificação jurídica do contrato de EPC. Nesse sentido, o contrato de EPC foi analisado sob o prisma de um contrato legalmente atípico (associado ao tipo da empreitada), como contrato atípico *misto* (da subespécie de tipo modificado ou tipo múltiplo, a depender da existência de um ou mais tipos de referência), e, por fim, na qualidade de contrato legalmente atípico, mas socialmente típico.

Da análise empreendida, é possível concluir que não há consenso entre os autores com relação à classificação do contrato de EPC, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Nos dizeres de LIE UEMA DO CARMO:

> "Mas, embora concordem com a proximidade com o tipo legal de empreitada, grande parte dos juristas pátrios levanta óbices à qualificação pura e direta do regime jurídico da empreitada aos EPCs, reconhecendo a evolução de um modelo socialmente reconhecível, distanciado da empreitada."[226]

Trata-se, nesse ponto, de um fenômeno muito observado entre nós nas últimas décadas, mormente após o advento das privatizações e da abertura do mercado brasileiro para o capital estrangeiro, qual seja, a importação de modelos jurídicos utilizados na prática internacional. Tal processo, contudo, costuma se dar sem a devida atenção às peculiaridades do nosso ordenamento jurídico, aos princípios e regras de que o subsistema jurídico pátrio é dotado.[227]

---

[226] CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. cit., p. 171.

[227] Conforme observado por MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR: "O nosso Código Civil possui princípios e regras estranhas aos sistemas de "common law", a exemplo das cláusulas gerais sobre função social do contrato,

Tal tendência encontra aplicação no âmbito dos contratos de construção, e, especialmente, no contrato de EPC. Tendo origem em modelos contratuais utilizados há décadas em sistemas da "common law", o referido instituto apresenta, entre nós, questões práticas no que concerne à incidência e aplicação de normas jurídicas atinentes ao tipo legal da empreitada.

A título exemplificativo, o Artigo 619 do Código Civil prevê que, caso sejam introduzidas modificações na obra por instrução do dono da obra, responde ele pelo valor do custo excedente. O parágrafo único do Artigo 619, contudo, dispõe que, ainda que o dono da obra não tenha instruído de forma expressa o empreiteiro sobre a alteração de escopo, responde ele pelo valor excedente arbitrado caso esteja presente à obra e não ignore o que se passa.

Como visto, sob a ótica do contrato de EPC, o empreiteiro (= epecista) assume o risco de variação de preço, salvo em casos extraordinários (e.g. caso fortuito ou força maior, majoração de tributos e as designadas cláusulas de alteração material ou *material adverse clause*). Dessa forma, o risco de acréscimo de preço, sem qualquer restrição, dificilmente seria aceito pelo proprietário e pelos agentes financiadores do projeto.[228]

Outro exemplo prático é o do Artigo 614 do Código Civil. Segundo a norma legal, caso a obra seja executada por partes, o empreiteiro fará jus ao pagamento proporcional, de acordo as medições realizadas pelo proprietário. Os trabalhos que forem pagos pelo proprietário presumem-se verificados (§1º), assim como as etapas que, tendo sido medidas, não forem apontados os vícios no prazo de trinta dias da medição, pelo dono da obra ou seus representantes (§2º).

---

boa-fé objetiva, abuso de direito e onerosidade excessiva. Tais institutos tornam incerta a subsistência da alocação inicial de riscos estabelecida pelas partes, com reflexos na exigibilidade posterior das obrigações assumidas. Como modelar contratos para mitigar essa incerteza é um desafio que pressupõe amplo domínio do direito brasileiro e boa dose de criatividade." (JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Importação de Modelos Contratuais**. Artigo publicado pelo Valor Econômico em 27 de setembro de 2013, acessível em http://alfonsin.com.br/importao-de-modelos-contratuais/, atualizado em 27.12.2014).

[228] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 336.

Em um contrato de EPC, tal como exposto, o empreiteiro responde por desvios de eficiência e qualidade na obra durante a construção e por um período após a sua entrega. Nesse caso, o proprietário pode exigir a reparação do defeito pelo empreiteiro e o pagamento de cláusula penal por desvio de eficiência (*performance liquidated damages*), ou, em casos extremos, pode até enjeitar a obra. Dessa forma, a presunção do Artigo 614, §1º do Código Civil pode, no caso concreto, impor ao proprietário restrição no momento de solicitar a reparação do dano causado pelo empreiteiro, o que não é aceitável sob a ótica do regime do contrato de EPC.[229]

Um terceiro aspecto presente nas normas relativas ao tipo da empreitada são as regras de revisão de preço em caso de eventos supervenientes imprevisíveis. De acordo com o Artigo 625, inciso II do Código Civil, o empreiteiro tem o poder formativo de suspender a obra, quando se manifestarem dificuldades na execução dos trabalhos que tornem a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado.

No contrato de EPC, a elaboração do projeto é incumbência do empreiteiro, sendo os riscos inerentes a dificuldades na execução do projeto inicial a ele atribuídos. Ademais, os eventos que darão ensejo à revisão do preço devem ser minuciosamente descritos no instrumento contratual, de modo a evitar eventuais discussões entre o empreiteiro e o proprietário (= sociedade do projeto) sobre o reajuste do preço contratual, em prejuízo da conclusão da obra e início da geração de receitas do empreendimento.[230]

Os exemplos explicitados acima corroboram o entendimento de que as regras atinentes ao tipo legal da empreitada não se compatibilizam inteiramente com o regime do contrato de EPC. Por outro lado a prática negocial, aplicada em países de "common law" (e em alguns países de "civil law" da continente europeu), tem utilizado cada vez com mais

---

[229] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 336.

[230] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. cit., p. 337.

frequência o modelo do EPC, em especial na seara do financiamento de projetos de infraestrutura.

A evolução do instituto, no direito comparado, impõe ao legislador pátrio a tarefa de repensar o instituto da empreitada e a sua adequação às necessidades práticas dos agentes econômicos. A empreitada integral da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) constituiu um ponto de partida para a discussão do contrato de EPC no Brasil. Todavia, tal iniciativa depende ainda de uma concretização maior para que se possa falar de um regramento típico desse instituto entre nós.

Na ausência de um regramento específico, na hermenêutica do contrato de EPC, devem ser utilizadas as normas do tipo da empreitada, e, naquilo que for compatível, as regras de outros tipos correlatos (e.g. a prestação de serviços, o mandato, a compra e venda mercantil, a agência, entre outros). Tais regras, no entanto, não são aptas a resolver todas as questões que podem advir da relação jurídica estabelecida entre empreiteiro e proprietário, podendo, para além deles, se estender aos agentes financiadores do projeto e toda a comunidade nele envolvida.

Em suma, o regime jurídico do contrato de engenharia, fornecimento e construção (ou contrato de EPC), no subsistema jurídico pátrio, encontra-se atualmente em estágio transitório, carecendo ainda de um tratamento específico e adequado às necessidades da prática comercial.

Em virtude de sua larga utilização na prática e da relevância que o setor da construção representa no cenário da economia nacional, incumbe ao nosso legislador a tarefa de dar continuidade à iniciativa tomada pela Lei nº 8.666/93, de se estabelecer um regramento específico para a empreitada integral (sob o regime de "virar as chaves" ou contrato de EPC). Tal regramento poderá abranger, outrossim, outras espécies de contratos de construção, tais como a administração ou gerenciamento de projetos (= contrato de EPCM[231]) e o contrato de representante do proprietário (= *owner's representative*).

---

[231] Significa, da sigla em Inglês, *Engineering, Procurement and Construction Management Agreement* (= contrato de administração de engenharia, fornecimento e construção), e abrange, essencialmente, a

CONCLUSÃO

Esta dissertação partiu do conceito do contrato de empreitada e de seu regramento jurídico no Código Civil de 2002, passou pela descrição dos principais aspectos do contrato de EPC, tendo como base o modelo do financiamento de projetos (*project finance*) desenvolvido na prática mercantil dos países desenvolvidos (em especial, dos Estados Unidos da América), com a finalidade de identificar a natureza e o regime jurídico do contrato de EPC no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao cabo da análise conduzida, concluiu-se que, não obstante a ampla aplicação prática do contrato de EPC entre nós, inexiste no subsistema jurídico pátrio um regramento único e específico para o referido instituto. Como consequência disso, não são raros os problemas que o profissional encontra na prática para tentar aplicar um conteúdo produzido em outras jurisdições à moldura estabelecida pelo legislador brasileiro.

Um dos primeiros óbices consiste na própria classificação do contrato de EPC, ora preconizada pela doutrina como sendo uma empreitada com características especiais, ora como um contrato atípico (de tipo modificado ou misto). Ademais, as questões envolvidas na hermenêutica dessa forma contratual impõem que o legislador tome iniciativa no sentido de disciplinar o instituto, reconhecendo, por outro lado, a autonomia das partes para regrar direitos e deveres inerentes à relação jurídica estabelecida entre empreiteiro (= epecista) e proprietário.

Como base para a referida disciplina, o legislador poderia se utilizar de modelos largamente utilizados, tal como o modelo de contrato de EPC do *Fédération International d'Ingenieurs Conseil* (FIDIC), ou, ainda, da experiência prévia com a utilização dessa forma contratual nos países da "common law", respeitados os princípios e regras gerais do direito brasileiro. A forma que essa regulação deveria tomar e o seu conteúdo, no entanto, são temas específicos que, por si só, merecem um estudo mais aprofundado, extrapolando as fronteiras do presente trabalho.

---

atividade de administração dos empreiteiros, fornecedores e outros prestadores de serviços que trabalham na elaboração do projeto e construção de um determinado empreendimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. I contratti di engineering. In: RESCIGNO, Pietro (Org.). **Tratatto di Diritto Privato**. 2. ed. Torino: UTET, 2000. v.11 tomo 3. p. 69-85.

_____. Engineering: problemi di qualificazione e di distribuzione del rischio contrattuale. In: VERRUCOLI, Piero (Cura). **Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale: profili comparatistici**. Milano: Giuffrè, 1978, p. 331-352.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 352 p.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, 229 p.

_____. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, 753 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, 172 p.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Orgs.). **Construção Civil e o Direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 12-42.

BARRU, David J. How to guarantee contractor performance on international construction projects: comparing surety bonds with bank guarantees and standy letters of credit. **George Washington International Law Review**, v. 37, p. 51-108, 2005.

BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obbligazioni**. vol. I: Prolegomeni: Funzione Economico-Sociale dei Rapporti D'Obbligazione. Milano: Giuffre, 1953.

_____. **Teoria Generale delle Obbligazioni**. vol. II: Struttura dei Rapporti D'Obbligazione. Milano: Giuffre, 1953.

_____. **Teoria Generale delle Obbligazioni**. vol. III: Fonti e Vicende Dell'Obbligazione. Milano: Giuffre, 1953.

_____. **Teoria Generale delle Obbligazioni**. vol. III,2: Vicende Dell'Obbligazione e IV: Difesa Preventiva e Successiva Dell'Obbligazione. Milano: Giuffre, 1953.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. port. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BONOMI, Claudio Augusto; MALVESSI, Oscar. **Project finance: fundamentos e estudo de casos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants - Instrumento de Garantia em Project Finance. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 2, n. 5, mai.-ago./1999, p.123-135.

_____. Project Finance e Infraestrutura: Descrição e Críticas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 2, n. 6, set.-dez./1999, p.123-134.

BREALEY, Richard; COOPER, Ian; HABIB, Michael. The financing of large engineering projects. In: MILLER, Roger; LESSARD, Ronald R. (Orgs.). **The strategic management of large engineering projects: shaping institutions, risks and governance**. Hong Kong, MIT, 2000, p. 165-179.

BUCHEB, José Alberto. Parcerias empresariais (*Joint Ventures*) nas Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 45, n. 143, jul.-set./2006, p. 156-178.

CALLAHAN, Michael T. **Construction change order claims**. 2nd ed. New York: Aspen, 2005.

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. 2012. 279 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARVALHO, Miranda Carvalho. **Contrato de Empreitada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

CAVALLI, Sabina. Project Finance e o Princípio da Relatividade dos Contratos. **Revista de Direito Empresarial IBMEC**, Rio de Janeiro, n. 2, 2004, p. 241-253.

CAVALLO BORGIA, Rosella. **Il contratto di engineering**. Padua: Cedam, 1992.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: Chicago University, 1990.

COELHO, Ricardo E. Guarantees and Security Interest in Project Finance Transactions for the Oil and Gas Industry in Brazil. In: FRANCO, Beatriz; KALANSKY, Daniel *et al.* (Orgs.). **International Business Transactions with Brazil**. New York: Juris Publishing, Inc., 2008, p. 407-433.

CLOUGH, Richard H.; SEARS, Glenn A.; SEARS, S. Keoki. **Construction contracting**. 7th ed. Hoboken: Wiley & Sons, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Seguro de Crédito**. São Paulo: Max Limonad, 1965.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de Direito Bancário**. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2010, 1190 p.

_____. **Manual de Direito Comercial**. reimp. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009, 964 p.

DE CHIARA, Michael K.; ZETLIN, Michael S. **New York Construction Law**. New York: Aspen, 2003.

DI PEPE, Giorgio Schiano. Contratto di engineering e società di progettazioneIn: VERRUCOLI, Piero (Cura). **Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale: profili comparatistici**. Milano: Giuffrè, 1978, p. 354-360.

DUARTE, Rui Pinto. **Tipicidade e atipicidade dos contratos**. Lisboa: Almedina, 2000.

DUQUE, Bruna Lyra. A responsabilidade civil no contrato de empreitada. In: **Boletim de Direito Imobiliário**, n. 13, jul. 2011, p. 4-10.

ENEI, José Virgílio Lopes. A Lei de Concessões em Evolução: as Inovações da Lei do Bem (Lei nº 11.196/05). **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, Revista do Direito da Energia, São Paulo, n. 6, nov./2007, p.150-190.

_____. Contratos Coligados. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 42, n. 132, out.-dez./2003, p.111-128.

_____. **Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e Outras Figuras Afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007, 442 p.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 10. Aufl. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2005, 282 p.

ESSER, Joseph. **Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil. Teilband 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen**. 8. völlig neub. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1995, 354 p.

_____. **Schuldrecht Band II: Besonderer Teil. Teilband 1: Verträge**. 8. völlig neub. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1998, 417 p.

FERRAZ, João Carlos M. Project Finance at Petrobras: How the Company Made Use of Project Finance to Overcome its Biggest Financial Challenges and Feasibly Developed its Best Projects between 1995 and 2004. In: FRANCO, Beatriz; KALANSKY, Daniel *et al.* (Orgs.). **International Business Transactions with Brazil**. New York : Juris Publishing, Inc., 2008, p. 435-455.

FERRO-LUZZI, Paolo. **I contratti associativi**. Milano: Giuffrè, 2001.

FINNERTY, John D. **Project Financing: Asset-Based Financial Engineering**. 2.ed. Hoboken, New Jersey (EUA): John Wiley & Sons, Inc., 2007, 476 p.

GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 15. ed. Pádua: CEDAM, 2010, 1018 p.

_____. **Il contratto**. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2011, 648 p.

GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 627 p.

_____. **Obrigações**. 15. ed. rev. e atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 357 p.

_____. Empreitada e subempreitada. In: _____. **Novas questões de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 39-52.

_____. Empreitada: responsabilidade do dono da obra. In: _____. **Novas questões de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 419-435.

_____. Interpretação de cláusula de reajustamento de preço de obra. In: _____. **Novas questões de direito civil**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 195-203.

_____. Empreitada: atraso no pagamento das contas, acerto final. In: _____. **Questões mais recentes de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 181-190.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Construção Civil - Empreitada Civil e Industrial - *Turn Key* - Limites da Incidência do ISS, ICMF e IPI. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 111, 2010, p. 77-81.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. In: **Journal of Financial Economics 3**, 1976, p. 305-360.

JÚNIOR, Alcides Tomasetti. Comentários aos arts. 1º a 13 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). **Comentários à lei de locações de imóveis urbanos**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 1-172.

_____. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual. **Revista dos Tribunais**, 715, 1995, p. 87-107.

_____. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, 126, 2002, p. 123-127.

_____. O objetivo da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). **Responsabilidade civil**: direito de obrigações e direito negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2., p. 65-104.

JÚNIOR, Hamid Charaf Bdine. Da Empreitada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 858, abr./2007, p. 82-102.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. O Contrato de Empreitada por Preço Global e a Teoria da Imprevisão. In: **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, n. 43, fev./mar. 2012, p. 5-34.

JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Importação de Modelos Contratuais**. Artigo publicado pelo Valor Econômico em 27 de setembro de 2013, acessível em http://alfonsin.com.br/importao-de-modelos-contratuais/, atualizado em 27.12.2014.

JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução do Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 370 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, 427 p.

KRAAKMAN, Reinier *et al*. **The Anatomy of Corporate Law**. A Comparative and Functional Approach. 2.ed. Oxford: University Press, 2009, 322 p.

LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts. 1. Band. Allgemeiner Teil**. 14. neu bearb. Aufl. München: C. H. Beck, 1987, 668 p.

_____. **Lehrbuch des Schuldrechts. 2. Band. Besonderer Teil. 1. Halbband**. 13. völlig neub. Aufl. München: C. H. Beck, 1986, 480 p.

_____. **Lehrbuch des Schuldrechts. 2. Band. Besonderer Teil. 2. Halbband**. 13. völlig neuverf. Aufl. München: C. H. Beck, 1994, 734 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 3. neu bearb. Aufl. Berlin, Heidelberg: Springer, 1995, 325 p.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 9. neub. und erw. Aufl. München: C. H. Beck, 2004, 985 p.

LOOSCHELDERS, Dirk. **Schuldrecht Besonderer Teil**. Köln, Berlin, München: Carl Heymanns, 2007, 609 p.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Um problema de interpretação contratual: os contratos de empreitada. In: **Direito Comercial**: textos e pretextos. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 101-117.

_____. Projeto de financiamento. Parecer lavrado em 24.12.2003. In: **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004, v.2, p. 1443-1460.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORDI, Antonio. The italian construction contract: a contribution to the study of the European construction law. **Journal of Law and Commerce**, v. 24, p. 97-110, 2004.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 187 p.

MARIANGELO, Rafael; KLEE, Lukas. **Recomendações FIDIC para Orientação de Contratos de Projetos e Obras**. São Paulo: Editora Pini, 2014, 438 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 328 p.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 307 p.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. v. 1. 10. ed. Milano: Giuffrè, 1957, 654 p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado. t. XXV**. 3. ed. 2. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 461 p.

_____. **Tratado de Direito Privado. t. XLIII**. 3. ed. 2. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 536 p.

_____. **Tratado de Direito Privado. t. XLIV**. 3. ed. 2. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 483 p.

_____. **Tratado de Direito Privado. t. XLVII**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, 501 p.

_____. Parecer sobre contrato de empreitada, cumprido pelos figurantes, sem reclamações dentro do prazo fixado no contrato e sem atendimento de outras exigências, e inexistência de cláusula rebus sic stantibus. In: **Dez anos de pareceres**. v. 10. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 192-202.

_____. Parecer sobre não ser responsável pelos danos que resultaram da execução da execução do projeto, feito por outrem, empresa construtora que só se responsabilizou pela obra e pelos serviços. In: **Dez anos de pareceres**. v. 10. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 181-191.

MORAES, Luiza Rangel de. Considerações sobre BOT - Project Finance e suas Aplicações em Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.212, abr.-jun./1998, p.135-150.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, 192 p.

OLIVEIRA, A. Gonçalves de. Empreitada – Responsabilidade Civil de Arquitetos e Construtores. **Revista Forense**. v. 241 (Pareceres), p. 54-60, 1972.

PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do Contrato de Empreitada**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 156 p.

PELUSO, Cesar (coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 5. ed. Barueri: Manole, 2011, 2504 p.

PENTEADO, Mauro Bardawil. **O Penhor de Ações no Direito Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008, 223 p.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de Empresas**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1979, 173 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Contrato de empreitada. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 13, n. 50, out.-dez./1989, p. 42-49.

PEREIRA, Jorge de Brito. Do conceito de obra no contrato de empreitada. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 54, n. 2, p. 569-622, 1994.

PRITCHARD, Nigel; SCRIVEN, John. **EPC Contracts and Major Projects (A Guide to Construction and Other Project Contracts)**. London: Sweet and Maxwell, 2011, 394 p.

REGO, Frederico Estellita de Macedo Rego; VECCHI, Denise Bueno. Contratos de Empreitada. In: **Revista de Direito Renovar**, n. 40, jan./abr. 2008, p. 9-28.

RIBEIRO, Renato Ventura. Direito de retenção no contrato de empreitada. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo. n. 141, p. 57-68, janeiro-março/2006.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Novas Alternativas e Derivações Jurídicas para a Agregação Empresarial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 39, n. 118, abr.-jun./2000, p. 94-100.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, 371 p.

_____. **Il Contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005, 615 p.

_____. Financiamento de Projetos com Recursos Internacionais (Project Finance). **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 7, n. 23, jan.-mar./2004, p.53-92.

SEIXAS, Renato. Project Finance em Empreendimentos de Pequeno e Médio Porte. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 10, n. 37, jul.-set./2007, p.30-47.

SEPPÄLÄ, Christopher R. Suitability of the FIDIC Silver Book (1999) as a Standard Form of Construction Contract for Use in Privately-Financed Infrastructure Projects. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 115-134.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A Obrigação como Processo**. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, 176 p.

_____. Contrato de Engineering. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 685, 1992, p. 29-40.

SILVA, João Calvão. Empreitada e responsabilidade civil. In: SILVA, João Calvão. **Estudos de direito civil e processo civil (pareceres)**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 9-40.

SILVA, Leonardo Toledo da. Os Contratos EPC e os Pleitos de Reequilíbrio Econômico-Contratual. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Orgs). **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 19-60.

STUBER, Walter Douglas. **O financiamento de projetos no Brasil e a lei das concessões**. São Paulo: Max Limonad, 1996, 242 p.

The Legal and Tax Committee of the British Chamber of Commerce and Industry in Brazil. **Doing Business in Brazil**. 5. ed., São Paulo: The British Chamber of Commerce and Industry in Brazil, 2005, 351 p.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral**. 4. ed. refund. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, 551 p.

TIMM, Luciano Benetti; D'ÁVILA, Anderson Jardim. Alienação Fiduciária em Garantia no Project Finance no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 13, n. 51, jan.-mar./2011, p.131-155.

TRABUCCHI, Antonio. **Instituzioni di Diritto Civile**. Pádua: CEDAM, 1968.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 383 p.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, 524 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Coleção Direito Civil v. 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 625 p.

_____. **Coleção Direito Civil v. 3: Contratos em Espécie**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 634 p.

VIANA, Marco Aurélio Silva. **Contrato de construção e responsabilidade civil: teoria e prática**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1981, 153 p.

WALD, Arnoldo. A Aplicação da Teoria da Imprevisão na Empreitada. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 28, n. 98, jul./2008, p. 59-74.

WERREMEYER, Kit. **Understanding & negotiating construction contracts**. Kingston: RSMeans, 2006.

WOOD, Philip R. **Project Finance, Securitisations, Subordinated Debt**. Londres: Sweet and Maxwell, 2007, 262 p.

YESCOMBE, E.R. **Principles of Project Finance**. San Diego (EUA): Academic Press (Elsevier), 2002, 344 p.