



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
VITOR AUGUSTO NICHELE

CONTRATO DE EPC E A SUA REDUÇÃO EQUIVOCADA AO REGIME DA
EMPREITADA

CURITIBA

2024

VITOR AUGUSTO NICHELE

CONTRATO DE EPC E A SUA REDUÇÃO EQUIVOCADA AO REGIME DA
EMPREITADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em direito.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Daniel Haj Mussi

CURITIBA

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

CONTRATO DE EPC E A SUA REDUÇÃO EQUIVOCADA AO REGIME DA EMPREITADA

VITOR AUGUSTO NICHELE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Luiz Daniel Haj Mussi
Orientador

Coorientador



Documento assinado digitalmente
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Data: 03/12/2024 11:04:24 -0300
Verifique em <https://webdtdar.ufpr.br>

Marcia Carla Pereira Ribeiro

1º Membro



Documento assinado digitalmente
VINICIUS KLEIN
Data: 03/12/2024 16:54:22 -0300
Verifique em <https://webdtdar.ufpr.br>

Vinicius Klein

2º Membro

À minha família, meus queridos pai, mãe e irmão, cujo apoio e confiança incondicionais fizeram-se presentes e absolutamente essenciais durante toda essa jornada de formação no curso de direito.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, à minha família. Destaco especialmente as figuras de Adnilson, Giseli (pais) e Bruno (irmão) estiveram presentes e me apoiaram em minhas decisões. Meus pais, principalmente, desde quando eu era criança, incentivaram os estudos e fizeram de tudo ao seu alcance para eu estar no local que estou hoje. O meu sincero, muito obrigado.

Por segundo, sou grato aos meus amigos, todos tiveram um papel importante no desenvolvimento da pessoa que estou hoje e tiveram um papel primordial. Amigos feitos no meu bairro, no Colégio Social Madre Clélia, no cursinho e na faculdade. As suas amizades foram e são muito importantes para mim.

Por terceiro, agradeço aos ambientes de trabalho que passei durante a minha graduação. Primeiro, no Thiesen Advogados, o convívio e ensino dos Drs. Eduardo e Renato foram essenciais para o meu desenvolvimento logo no início da faculdade. Segundo, no Gabinete do Des. Substituto de Segundo Grau de Guilherme Frederico Hernandez Denz, local em que aprimorei o meu conhecimento e o modo de escrita, principalmente. Terceiro, aos advogados, estagiários e demais funcionários do escritório Assis Gonçalves, Kloss Neto (agora Assis Gonçalves Nied Follador), todos auxiliaram no meu desenvolvimento como pessoa e futuro advogado.

Por fim, gostaria de agradecer aos meus professores ao longo da graduação, em especial, ao meu orientador Dr. Luiz Daniel Haj Mussi cujos auxílio e revisão foram essenciais na entrega deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade realizar uma abordagem crítica do contrato de EPC (*engineering, procurement and construction*) no direito privado brasileiro. Para tanto, realiza-se um exercício de qualificação e interpretação do EPC. Primeiro, constrói-se a sua evolução histórica como um desenvolvimento do *design-build* e a *single point responsibility* (conjugação no construtor de responsabilidade pelo *design*, pelo projeto, da obra, e sua execução), em contrapartida ao *design-bid-build* (DBB). Partindo dessa premissa e analisando que o regime dos artigos 610 a 626 do Código Civil (empreitada) foi criado para adequar-se ao DBB e, em suma, pouco é compatível com o EPC, prevalece o entendimento de que o EPC não deve sofrer uma aplicação indistinta desses dispositivos. O EPC, além de possuir peculiaridades que extrapolam a elasticidade do tipo legal da empreitada, é resultado de uma *práxis* reiterada no mercado que criou comportamentos vinculantes, ou seja, ele é um contrato socialmente típico. Terminada a tarefa de qualificação, o trabalho direciona-se à interpretação. Na interpretação do EPC, como contrato empresarial e contrato socialmente típico, é fundamental que sua interpretação leve em consideração a função econômica do contrato e os usos e costumes. Afinal, são os usos e costumes que estruturam os contratos socialmente típicos. Caso haja a necessidade de aplicabilidade de dispositivo do ordenamento atinente a algum tipo contratual, como da empreitada, deve haver parcimônia e interpretação atenta à função econômica do contrato, eis que, qualquer aplicação forçada e equivocada tem potencial de desnaturar a celebração do EPC, criando insegurança jurídica, além de caracterizar não observância do que foi livremente pactuado pelas partes.

Palavras-chave: EPC. Qualificação. *Single point responsibility*. Contrato socialmente típico.

Incompatibilidade com a empreitada. Interpretação. Função econômica do contrato. Usos e costumes. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

This paper aims to provide a critical approach to the EPC (engineering, procurement and construction) contract in Brazilian private law. To this end, an exercise in qualifying and interpreting the EPC is carried out. First, its historical evolution is constructed as a development of design-build and its single point responsibility (combination of responsibility for the design, project, work, and its execution in the constructor's hands), in contrast to design-bid-build (DBB). Based on this premise and analyzing that the regime of articles 610 to 626 of the Civil Code (traditional construction contract) was created to adapt to the DBB and, in short, is not very compatible with the EPC, the prevailing understanding is that the EPC should not be subject to an indistinct application of these provisions. The EPC, in addition to having peculiarities that go beyond the elasticity of the legal type of the traditional construction contract, is the result of a repeated praxis in the market that created binding behaviors, that is, it is a socially typical contract. Once the qualification task is completed, the paper moves on to interpretation. When interpreting the EPC, as a business contract and a socially typical contract, it is essential that its interpretation takes into account the economic function of the contract and the customs and practices. After all, it is the customs and practices that structure the socially typical contracts. If there is a need to apply a provision of the legal system related to some type of contract, such as a construction contract, there must be parsimony and an interpretation that is attentive to the economic function of the contract, since any forced and mistaken application has the potential to distort the execution of the EPC, creating legal uncertainty, in addition to characterizing non-compliance with what was freely agreed upon by the parties.

Key-words: EPC. Qualification. Single point responsibility. Socially typical contract. Incompatibility with the traditional construction contract. Interpretation. Economic function of the contract. Uses and customs. Autonomy of will.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONTRATO DE EPC	2
2.1. CONCEITO	2
2.2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA	4
2.3. EMPRESARIALIDADE	10
3. QUALIFICAÇÃO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
3.1. CONTRATOS TÍPICOS, ATÍPICOS E SOCIALMENTE TÍPICOS	13
3.2. REGIME LEGAL DA EMPREITADA	17
3.3. EPC COMO EMPREITADA?	19
3.3.1. Defesa de que a empreitada comporta o EPC	20
3.3.2. EPC como autônomo ao tipo legal da empreitada	22
3.4. EPC COMO UM CONTRATO SOCIALMENTE TÍPICO	27
3.4.1. Contrato Misto?	30
4. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL NA PERSPECTIVA DO EPC	32
4.1. CONTRATO EMPRESARIAL	32
4.2. A FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO COMO VETOR DE SUA INTERPRETAÇÃO	34
4.3. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL	36
4.3.1. Métodos Interpretativos	37
4.4. REGIME JURÍDICO DO EPC ENQUANTO CONTRATO SOCIALMENTE TÍPICO	40
5. CONCLUSÃO	48
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade delimitar a posição do contrato de *Engineering, Procurement and Construction* (EPC) no ordenamento jurídico privado brasileiro. Isto é, qualificá-lo e direcionar o modo como deve se dar a sua interpretação.

O contrato de EPC é uma modalidade de contratação de obra pronta, em que, normalmente, todos os riscos do empreendimento correm por conta do contratado, do “epecista” (*single point responsibility* ao seu extremo) – ou seja, ele dá maior segurança ao contratante que paga um preço maior para ter menos dor de cabeça; porém, em contrapartida, o contratado conta com preços fixos e prazos certos para o fornecimento da obra.

Suas principais características são a (i) cumulação, no construtor, da responsabilidade pelos projetos da obra e sua execução – o escopo do epecista abrange todas as etapas de implantação do empreendimento até sua entrega nos tempo e forma esperados; e (ii) possuir um estruturação de riscos concentrada no epecista – trabalho com preço global, prazos certos, tendo que arcar com as consequências externa que dificultem tais operações.

Para a elaboração desse empreendimento e a celebração do contrato, há a presença de empresas preparadas e inseridas dentro do cenário negocial que estão contratando – elas não estão alheias ao que estão assinando, escolheram o modelo do EPC. Há uma busca de que no contrato esteja discriminado todas as situações possíveis, sem necessidade de voltar os olhos ao ordenamento em caso de problema - eles devem ser autossuficientes (*self contained contracts*).

Contudo, o que fazer quando o escopo contratual não é suficiente para solucionar eventual controvérsia entre as partes? Nesse cenário, o regime da empreitada seria suficiente para analisar todas as questões atinentes a um contrato de EPC? Sobrevindo dicotomia entre o contrato e o contido dentre os artigos 610 a 626, seria o regime do Código Civil o preferido?

A posição defendida neste trabalho é de que o contrato de EPC, inobstante preveja a execução de uma obra, possui diversas peculiaridades, e em regra não se adequa a aplicação precipitada do regime da empreitada cujos dispositivos são, em suma, incompatíveis com o EPC. Ele é um contrato socialmente típico e deve ser interpretado como tal.

2. CONTRATO DE EPC

2.1. CONCEITO

A expressão “engineering, procurement and construction”, abreviada EPC, aponta o conglomerado de obrigações que o contratado deve realizar. Isto é, o epecista será responsável por todas as atividades do empreendimento até a sua entrega, em perfeito funcionamento e condições de plena operação - muitas vezes, após a realização de testes¹. A operação é complexa, sendo que normalmente o construtor é um consórcio de empresas - internacional, não raramente² - ou, até, há vários epecistas/*turnkeys* combinados³.

Analisando a sua sigla (EPC), o *engineering* trata da responsabilidade do epecista pelos projetos do empreendimento (básicos e executivos). O *procurement* faz menção ao fornecimento de materiais e bens pelo epecista, além da obrigação de colocá-los em pleno funcionamento. Por fim, *construction* é a construção do empreendimento, na qual o epecista assume uma ampla gama de riscos, em especial sobre as intempéries geológicas do canteiro de obras⁴.

Assim, referido contrato possui prestações específicas que o diferenciam das outras espécies de obra. “São, portanto, as características relacionadas à extensão do escopo e à estrutura de alocação de riscos que tornam o EPC uma modalidade de contratação individualizada”⁵.

O empreendimento deve estar em pronto funcionamento quando do termo contratual. Por conta disso, rotineiramente, o EPC é associado ao termo *turnkey* (“virar a chave”), como se ambos tratassem do mesmo espécime contratual, sendo sinônimos⁶. A ideia é clara, bastaria

¹ HOSIE, Jonathan– Turnkey contract under the FIDIC Silver Book. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007.

MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 25.

SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 23.

² PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

³ HOSIE, Jonathan– Turnkey contract under the FIDIC Silver Book. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007.

⁴ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 205-207

⁵ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 202.

⁶ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 173. Não se ignora que há quem distinga o EPC e *turnkey*, mas este é um uso residual e não abordado neste trabalho.

ao contratante “virar a chave”, “turn the key” e entrar no empreendimento para iniciar a sua operação.

Costumeiramente, o regime de preço adotado é o do preço global (*lump sum*), conferindo maior certeza e previsibilidade ao projeto. É o epecista que assume os riscos por arcar com custos adicionais, inobstante o preço fixado no contrato não seja absolutamente imutável⁷. A medida serve de contrapartida à ampla gama de obrigações que o obrigado contrai, contendo a previsão de contingências⁸.

Dessa forma, ele estabelece um preço seguro e normalmente superior aos demais contratos de realização de obra, como contraponto às responsabilidades que carrega; o contratante interessa-se pela certeza que o EPC congrega - do prazo de entrega, do preço final e do desempenho obtido - e está disposto a pagar valor mais elevado⁹.

Ademais, usualmente, este espécime contratual possui cláusulas de força maior e *hardship*, devido à grande responsabilidade que o epecista carrega - a responsabilidade não pode ser absoluta; até porquê, aplicam-se as regras de onerosidade excessiva no EPC. Tais cláusulas são um importante mecanismos para o contrato ser adaptado às vicissitudes futuras, mitigando os seus efeitos¹⁰. Obviamente, a elaboração do contrato é realizada com extremo cuidado, em especial na alocação de riscos. Afinal, os EPCs apresentam-se como *self contained contracts*, pretendendo ser totalmente autossuficientes, sem margem para aplicação de dispositivos indesejados¹¹.

Dentre as obrigações específicas que, normalmente, estão dentro do escopo do contrato de EPC, para além das obrigações de desenvolvimento de projetos, compra de

⁷ Cláusula de revisão, de *hardship* ou de força maior estão, rotineiramente presentes nos contratos, e lidam com situações de inadimplemento contratual que decorrem de fatos alheios à vontade das partes. São instrumentos para permitir a economia interna do contrato (ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019., p. 63).

⁸ HOSIE, Jonathan– Turnkey contract under the FIDIC Silver Book. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007.

Obviamente, “Se a responsabilidade pelo inadimplemento da prestação no prazo avençado é exclusivamente do contratado, não há razão jurídica para se imputar ao contratante as despesas suplementares relacionadas com a execução da obra.” (TEPEDINO, Gustavo. Aspectos práticos do contrato de empreitada no regime turnkey. Revista dos tribunais online, vol. 2, 2011). Assim, é primordial que o epecista inclua as contingências em seus cálculos, sendo incoerente cobrar, nestas situações, o valor do dono da obra.

⁹ KLEE, Lukas. International construction contract law. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018. p. 536.

¹⁰ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 106.

¹¹ RIBEIRO, Guilherme de Almeida; MIOTTO, Otávio Augusto Barroso; FELIPPE Pedro Henrique Fiori. Contrato de EPC e empreitada: distinguindo regimes jurídicos incompatíveis. Portal Conjur, 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/contrato-epc-e-empreitada-distinguindo-regimes-juridicos-incompativeis/>. Acesso em 04/09/2024.

materiais e construção, podem-se exemplificar treinamento de pessoal, realização de testes, atualizações de *know-how*, dentre outros¹².

Dentro de todo este cenário, “tal qual na empreitada, no EPC a obrigação central do proprietário é receber a obra”¹³. Contudo, seria essa comunhão de finalidades, inobstante as peculiaridades que o EPC carrega, suficientes para qualificar o EPC dentro do regime legal da empreitada?

Enfim, a modalidade contratual EPC não foi construída do dia para noite. Nessa toada e com atenção ao objetivo deste artigo (posicioná-lo dentro do ordenamento nacional), é importante passarmos pela sua construção histórica e pelos diferentes tipos de contratos de obra.

2.2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

Embora o EPC e o *turnkey* sejam contratos voltados ao desenvolvimento de grandes obras, não é a complexidade gradual histórica (que foi parte de sua criação) - distinção dos contratos de *engineering* - que deve servir de parâmetro para a análise de sua evolução histórica, mas sim quais são as prestações que o contratado deve executar¹⁴.

A figura do *engineering*, costumeiramente utilizada para enquadrar o tipo do EPC¹⁵, é entendida como obras de grande complexidade que congregam obras civis e fornecimento de equipamentos eletromecânicos. Suas marcas seriam a complexidade, o risco e a empresarialidade¹⁶.

A doutrina sobre o *engineering* não possui consenso - ou entende-se que pode abarcar tipos como o da empreitada (inobstante restrito às grandes obras) ou que contempla a integralidade dos contratos de construção, entendendo-o como um novo gênero. A discussão assemelha-se ao do EPC e a sua (a)tipicidade. Não por outro motivo, hoje até se fala em prescindibilidade do conceito de *engineering*, eis que complexidade e grandes riscos não são mais restritos apenas a contratos dessa modalidade¹⁷.

¹² TEPEDINO, Gustavo. Aspectos práticos do contrato de empreitada no regime *turnkey*. Revista dos tribunais online, vol. 2, 2011.

¹³ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 108

¹⁴ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (*Turnkey*) e EPC (*Engineering, Procurement and Construction*): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 175.

¹⁵ O EPC é enquadrado dentro da categoria do *commercial engineering*, e não no *consulting engineering* (CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 33).

¹⁶ GIL, Fabio. A onerosidade excessiva em contratos de *engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 27

¹⁷ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (*Turnkey*) e EPC (*Engineering, Procurement and Construction*): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 175-177.

Fato é que, até diante dessa prescindibilidade, não é a distinção entre *engineering* (voltados a obra de engenharia pesada) e *building* (obras imobiliárias)¹⁸ que caracteriza o avanço e as prestações dentro do escopo epecista¹⁹. Não interessa o tipo de obra, mas “se a engenharia, os projetos, os desenhos, são de responsabilidade do contratado”²⁰.

Para tanto, a expressão usualmente utilizada para diferenciar a evolução dentro deste cenário é “design”, entendida como a responsabilidade do contratado pelos projetos. Dentro desse campo, devemos diferenciar, principalmente, o *design-bid-build* (método tradicional de contratação - DBB) e o *design-build* (DB).²¹

O método tradicional, desenvolvido a partir do século XIX, possui uma etapa prévia entre o “design” e o “build”, como a própria nomenclatura assenta. Primeiro, contrata-se um projetista para a elaboração de um projeto. Posteriormente, com este último concluído, contrata-se o empreiteiro.

“A principal característica do DBB é a separação entre o projeto, de responsabilidade do dono da obra, e a construção, de responsabilidade do construtor”²². Logo, no DBB, quando constatado um vício, deve-se verificar se trata-se de um erro de projeto ou de execução, direcionando a responsabilidade para diferentes figuras a depender disso - ao projetista ou ao construtor²³.

Ou seja, há autonomia e independência entre a obra e o seu projeto, respondendo o dono da obra com seu arquiteto pelos riscos do *design*. Era o contratante quem contratava a

¹⁸ A diferenciação de *building* e *engineering* compreende as obras de cunho predominantemente estético às que prevalecem aspectos técnicos, como as de engenharia pesada SARRA DE DEUS, Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 164)

¹⁹ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 31-33.

²⁰ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 32.

²¹ Existe, também, o modelo *General Contractor*. Neste espécime, o empreiteiro concentra todas as atividades relativas à execução da obra em si, à exceção do desenvolvimento dos projetos. Isto é, o empreiteiro executa e concentra todos os riscos inerentes à execução da obra, ao passo que o arquiteto fiscaliza o seu andamento, pois é responsável por eventual inadequação do projeto. (MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019., p. 36). Além disso, há o *Construction Management*, no qual o dono da obra contrata os fornecedores e prestadores de serviço e o construtor para administrá-los, respondendo pela sua administração. Dentro deste último, encontra-se, inclusive o EPCM, incluindo no escopo do construtor a elaboração do projeto, para além da administração da obra executada pelos contratados pelo dono da obra (SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019, p. 132 e 137)

²² SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 110.

²³ RIBEIRO, Guilherme de Almeida; MIOTTO, Otávio Augusto Barroso; FELIPPE Pedro Henrique Fiori. Contrato de EPC e empreitada: distinguindo regimes jurídicos incompatíveis. Portal Conjur, 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/contrato-epc-e-empreitada-distinguindo-regimes-juridicos-incompativeis/>. Acesso em 04/09/2024.

mão de obra e os materiais, o projetista não contraia o risco financeiro e econômico do empreendimento²⁴. Nesse campo, o contratado assume o papel de um *general contractor*, concentrando a responsabilidade pelas atividades de execução da obra, atento aos projetos básicos que lhe foram entregues, responsabilidade do projetista²⁵.

Ultrapassado o limite de responsabilidade apenas pela execução da obra, entra no mundo do *design-build* (DB). O *design-build* tem a eficiência como cerne de seu desenvolvimento - é proveitoso encontrar um projetista que não só elaborasse o projeto, mas construísse a obra com afinco, delimitando e quantificando os riscos existentes na elaboração do orçamento²⁶. Não por outra razão, este regime de construção, de origem pré-revolução industrial, foi revivido no século XX e cresceu exponencialmente²⁷.

No DB há a concentração das responsabilidades por erro de projeto e erro de execução/construção em torno do mesmo agente. Já no DBB tem-se uma discussão acerca das responsabilidades, que podem estar alocadas em pessoas diversas. É na concentração no contratado que se desenvolve o *design-build*²⁸. Esta é justamente a sua principal característica - *single point responsibility*²⁹. Logo, é fundamental que o contratado verifique com dedicação os projetos e demais documentos que lhe são entregues³⁰.

Há outras vantagens como o *fast track* (possibilidade da obra iniciar antes do término dos projetos), o uso de tecnologias avançadas pelos construtores, para além da fixação do preço global, trazendo mais certeza e previsibilidade, e da menor gama de contratações, diante da concentração no empreiteiro³¹. Evidentemente, também há uma redução nos conflitos entre dono da obra e construtor, eis que “os maiores riscos assumidos pelo construtor são

²⁴ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 34.

²⁵ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 112.

²⁶ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 35.

²⁷ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 121.

²⁸“Já no design-build, o proprietário contrata uma única pessoa para projetar e construir o projeto. Essa modalidade admite algumas variações, com o construtor ou engenheiro sendo o principal contratado e subcontratando o arquiteto, ou vice-versa, ou ainda com a formação de joint ventures entre esses especialistas.” (CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019, p. 99)

²⁹ HOSIE, Jonathan– Turnkey contract under the FIDIC Silver Book. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007.

³⁰ KLEE, Lukas. International construction contract law. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018. p. 173.

³¹ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 43-45.

contrabalaneados pela menor ingerência e pelo menor controle do dono da obra sobre os trabalhos”³².

As desvantagens estão relacionadas às vantagens, sendo o controle limitado do dono da obra sobre o projeto e o *design*, para além do preço final contratual ser maior - duas gamas que são ampliadas no cenário do EPC³³. Porém, ressalta-se que, inclusive, nos modelos de contratos EPC da FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*), há a possibilidade de alteração do projeto pelo dono da obra, desde que o epecista não se oponha de modo justificado³⁴.

Nessa evolução histórica, o arquiteto e o engenheiro deixam de ser profissionais autônomos e concentram-se na figura do construtor, o qual agora também não é só construtor, mas empresário, correndo riscos técnicos e econômicos³⁵. Assim sendo, o DB deve ser evitado em casos que envolvam muito risco³⁶.

Pois bem, é dentro do modelo *design-build* que enquadra-se o EPC (e o *turnkey*, para quem os diferencia). O EPC emergiu como um desenvolvimento do *design build* e do *project finance*³⁷, cenário no qual haveria a oferta do empreendimento financiado como garantia de empréstimo concedido³⁸. Logo, há maior estabilidade e consistência na atividade desenvolvida - o construtor obtinha os recursos, ao passo que conseguia delimitar os riscos

³² SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 126.

³³ KLEE, Lukas. International construction contract law. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018. p. 174-175.

³⁴ GIL, Fabio. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 84.

³⁵ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 64.

³⁶ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 129.

³⁷ Segundo PINESE, há três elementos que caracterizam o *project finance*: (i) financiamento, com ou sem recurso limitado ao patrimônio dos investidores; (ii) investidor dotado de personalidade jurídica, normalmente uma SPE; e (iii) fluxo de caixa e outros ativos para reembolsar o financiamento e o investimento dos investidores, além de um lucro a ser repartido entre os partícipes do projeto. PINESE, Paulo Henrique Signori. O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance). Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 40-41.

³⁸ Os grandes financiadores passaram a exigir a contratação no modelo EPC para a liberação de empréstimos para a realização das obras (RIBEIRO, Guilherme de Almeida; MIOTTO, Otávio Augusto Barroso; FELIPPE Pedro Henrique Fiori. Contrato de EPC e empreitada: distinguindo regimes jurídicos incompatíveis. Portal Conjur, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/contrato-epc-e-empreitada-distinguindo-regimes-juridicos-incompativeis/>. Acesso em 04/09/2024.).

que sofreria³⁹. O investidor aceita o pagamento de um ágio, face aos riscos concentrados no empreiteiro⁴⁰.

Ademais, segundo Mesquita, a distinção do *turnkey* dentro dos demais espécimes de *design-build* é a “responsabilidade da entrega da construção completa, equipada e operacional, bastando ‘virar a chave’ para que tudo funcione”⁴¹. O empreendimento deve se tornar realidade. É um aperfeiçoamento e superação do *design build*⁴².

Neste regime, como consequência da necessidade da entrega da obra em funcionamento, normalmente, estão atreladas obrigações como treinamento de pessoal, assistência técnica, entrega de manuais.

Isso ocorre em razão da transferência de tecnologia atrelada a execução de uma grande obra, que cria uma necessidade do dono da obra saber operar todas essas tecnologias. A integração da engenharia à atividade empresarial demandava a existência de conhecimentos especializados que deveriam ser integrados como um todo⁴³.

Pois bem, o desenvolvimento dos *turnkeys* consagrou a chegada dos contratos de EPC - firmados com a necessidade de entrega da obra em funcionamento⁴⁴. No EPC, o objeto é de construção, desenho, projeto, fornecimento e montagem de equipamentos e testes de desempenho⁴⁵, havendo assim como no DB, a concentração na mesma pessoa das figuras do projetista e do construtor⁴⁶.

³⁹ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

⁴⁰ ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 162

⁴¹ Não por outra razão, o *turnkey* é utilizado quando a baixa interferência do dono da obra no projeto é fundamental, diante de falta de experiência ou da existência de uma série de riscos que não podem ser assumidas por ele (KLEE, Lukas. International construction contract law. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018. p. 185)

⁴² MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 48 e 54.

⁴³ GIL, Fabio. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 10

⁴⁴ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 58.

⁴⁵ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

⁴⁶ ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 161.

O desenvolvimento foi tamanho que a FIDIC “padronizou” um modelo contratual, dada a procura por certeza no preço e na data de entrega⁴⁷. A organização possui modelos de contratação tradicional (*Red Book*), *Design-Build* e de EPC (*Silver Book*⁴⁸).

É justamente no ajuste das diversas cláusulas, direitos e obrigações que está a dificuldade de criar uma harmonia e equilíbrio entre todas essas disposições⁴⁹. A padronização surge como solução - a elaboração de contratos de tamanha dimensão e complexidade é custosa e lenta⁵⁰. Não seria factível que a cada contratação, as partes tivessem que começar um contrato do zero. Assim, desenvolveram-se os *standards contracts*, facilitando a negociação entre as partes, fornecendo segurança⁵¹ pelo uso de padrões já testados e gerando a reiteração de interpretações no mesmo sentido de suas disposições, para não falar na redução dos custos na elaboração do contrato⁵².

No EPC, como já dito, a alocação de riscos é fundamental - é a proteção máxima ao contratante, evitando imprevistos no prazo, no preço e no desempenho do empreendimento⁵³. *Single point responsibility* em sua expressão máxima é o que torna único o EPC.

Como método para a caracterização dessa tamanha responsabilidade, o contratado assume os riscos atinentes à (i) dados e projetos iniciais apresentados pelo contratante, além de (ii) imprevistos geológicos.⁵⁴ Para tanto, o contratante costuma pagar um preço mais

⁴⁷ HOSIE, Jonathan— Turnkey contract under the FIDIC Silver Book. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007.

A intenção na criação do modelo contratual da FIDIC não teve o intuito de tornar-se uma fonte de direito. Todavia, a padronização das condutas e das práticas dos contratantes fez com que as suas normas passassem a ser utilizadas principalmente em arbitragens. (KLEE, Lukas. International construction contract law. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018. p. 224)

⁴⁸ “Hence the approach of the FIDIC Silver Book is for the EPC/turnkey contractor to create a single design liability wrap around the project, with the contractor being responsible both for the integration of the design and the construction of the works”. (HOSIE, Jonathan— Turnkey contract under the FIDIC Silver Book. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007)

⁴⁹ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

⁵⁰ No Brasil, não há o costume de utilização de contratos-tipo ou formulários de amplo uso. As grandes obras tem seus contratos intensamente negociados entre o dono da obra e o construtor (GIL, Fábio. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 20)

⁵¹ “O fato de serem, no mais das vezes, elaborados por organismos independentes e profissionais, confere maior racionalidade e segurança às transações, cuja necessidade se intensifica em transações transnacionais” (ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 13)

⁵² CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 220.

⁵³ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 59.

⁵⁴ KLEE, Lukas. International construction contract law. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018. p. 224

“ (...) vê-se que não se mostra possível repartir os custos da mudança de tecnologia por força de diferença de perfil geológico do terreno. Trata-se de risco alocado exclusiva, integral e inexoravelmente ao empreiteiro”

elevado que o de mercado⁵⁵ - por essa razão, a FIDIC estipula parcimônia na celebração deste contrato, restringindo a quando o contratante está disposto a pagar este preço e o contratado a assumir todo o risco⁵⁶.

Diante de tudo isso, a finalidade (bem como as faculdades do contratado) do EPC possui uma espécie de indeterminação. Para evitar ingerência e imprevistos, as instruções do contratante deixam de ser meras indicações e se tornam detalhes, qualidade e resultado imprescindíveis no empreendimento e seu desempenho⁵⁷.

2.3. EMPRESARIALIDADE

O contrato empresarial tem como uma de suas características o fato de ambas as partes exercerem atividade econômica organizada, com finalidade de lucro⁵⁸. Ou seja, ambos os sujeitos que integram os polos da relação contratual são empresários (art. 966 do CC).

Isto deriva da definição de empresário presente no art. 966, *caput*, do Código Civil, qual seja é considerado “empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. É justamente do caráter profissional com que é exercida a atividade econômica que deriva a sua finalidade lucrativa⁵⁹.

Na realidade atual, está sendo resgatada a autonomia dos contratos empresariais para os demais (consumeristas, civis e trabalhistas) e a racionalidade própria ao direito empresarial⁶⁰. Não por outra razão, recentemente, foi aprovada a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.8744/2019) que diz o óbvio - em especial, que há uma distinção entre os contratos civis e os empresariais, que os contratos presumem-se paritários e simétricos, que a alocação

(TEPEDINO, Gustavo. Aspectos práticos do contrato de empreitada no regime turnkey. Revista dos tribunais online, vol. 2, 2011).

⁵⁵ ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 124

⁵⁶ SARRA DE DEUS lista uma série de elementos a serem levados em consideração ainda do DB: “*necessidade de certeza e segurança do dono da obra; familiaridade do dono da obra com atividades de construção; prioridades do dono da obra quanto a preço, qualidade e prazo; grau de complexidade do projeto; e necessidade de se alterarem requisitos da obra durante sua execução*” (SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 128).

⁵⁷ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 89.

⁵⁸ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 27-28.

⁵⁹ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Direito da Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 10ª ed., rev., atua. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 72.

⁶⁰ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 37.

de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e que a revisão dos contratos empresariais deve ser excepcional.

Referida lei emergiu como uma reação às tendências interventivas nos contratos por parte da jurisprudência⁶¹.

Os contratos de construção (incluindo, no método de contratação tradicional), em geral, são não personalíssimos, pois há a necessidade de contratação de diversos prestadores de serviços pelo construtor para a execução da obra⁶². Aumentando a complexidade, na engenharia pesada, o nicho é ainda mais restrito. Os contratos de *engineering*, cenário no qual o EPC está dentro, exigem concentração de capital e trabalho - por isso, são notadamente contratos de empresa⁶³.

Assim, é pressuposta a necessidade de um empresário atuando no exercício do seu objeto social - ainda mais dentro do Brasil, em que há previsão de necessidade de profissional devidamente inscrito no CREA⁶⁴.

No cenário do EPC, em que o contratante já está procurando certeza e segurança jurídica ao pagar um preço mais salgado, não faria sentido contratar profissional sem diploma ou de baixa experiência para a execução da obra, frente a uma empresa que lhe fornece os elementos que deseja.

Ao passo que a empreitada pode ser contratada para finalidades consumeristas, o EPC é sempre realizado entre empresários - usualmente, grandes *players* do mercado.⁶⁵. Todavia, por si só, o elemento da empresarialidade não afasta o EPC da empreitada⁶⁶, vez que a empreitada também pode ser vista como um contrato empresarial, desde que ajustada entre empresários. Obviamente, nada impede que o contrato seja utilizado entre cidadãos comuns, mas esta não é o costumeiro⁶⁷.

Sendo assim, conclui-se que o EPC é um contrato usualmente empresarial. Embora possa ser celebrado por pessoas físicas, esta não é a sua realidade. O EPC é um contrato

⁶¹ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 77.

⁶² ALVES, André Cordelli. *Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 80

⁶³ GIL, Fabio. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 11.

⁶⁴ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 134

⁶⁵ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. *Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 111.

⁶⁶ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. *Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 114.

⁶⁷ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. *Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 112.

empresarial e deve ser analisado como tal. O primeiro passo da sua análise é qualificá-lo, dentro do cenário brasileiro.

3. QUALIFICAÇÃO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1.CONTRATOS TÍPICOS, ATÍPICOS E SOCIALMENTE TÍPICOS

O processo de qualificação contratual é fundamental, uma vez que por meio dele são determinados os efeitos jurídicos produzidos via a recondução do fato a um modelo abstrato, num processo entendimento como enquadramento⁶⁸.

Todavia, o raciocínio de que essa operação é fácil é completamente ilusório - ela não é e nunca será um procedimento automático⁶⁹, a realidade é complexa e modifica-se sucessivamente⁷⁰.

A qualificação é composta por dois aspectos, principalmente. A um, verifica-se se o contrato é merecedor de tutela - isto é, verifica-se se o seu objeto é lícito, assim como se atende a uma série de “imperativos principiológicos, tais como a boa-fé, a função social, o equilíbrio econômico e a dignidade da pessoa humana, impõe-se constantemente um controle da liberdade contratual que não se dê apenas em termos de ilicitude, mas também de abusividade”. A dois, é verificar quais efeitos o contrato vai produzir (não se ele produzirá ou não efeitos)⁷¹. Para tanto, o regime dos tipos contratuais é primordial, pois regula justamente as consequências da celebração de determinado negócio.

Sarra de Deus defende modo semelhante de qualificação:

O juízo de qualificação deve ser bipartido em duas etapas. A primeira é a do juízo da tipicidade legal, em que se verifica a possibilidade de subsunção a um dos tipos contratuais legais. Sendo positivo o resultado, este deve ser confirmado por meio de uma perspectiva tipológica, em que se examina a real correspondência de sentido entre o caso concreto e o tipo normativo em questão. Nesse momento, especial atenção deve ser dada à possibilidade de o caso concreto e o tipo normativo em questão. Se a subsunção não for possível ou o contrato concreto for excluído dos limites do tipo contratual legal, deve-se passar à segunda etapa, prosseguindo-se com a comparação, sob a perspectiva tipológica, com os demais tipos contratuais existentes.⁷²

Basicamente, divide a segunda etapa de Konder (verificar os efeitos do contrato) em duas sub-etapas: a sua correspondência com um tipo legal e, em caso negativo, a comparação com os demais tipos contratuais existentes. Seja qual for o método adotado, o regime dos tipos contratuais é primordial, dado que regula justamente as consequências da celebração de

⁶⁸ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 355.

⁶⁹ “Tamanha complexidade não pode ser concebida através de um modelo teórico puramente mecânico e formalista” (KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 360).

⁷⁰ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 359.

⁷¹ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 362-364.

⁷² SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 97.

determinado negócio. Atualmente, no direito brasileiro, não há como interpretar e qualificar um contrato sem fazer uso do juízo dos tipos.

Paulatinamente, o direito não só brasileiro, mas também internacional, foi abandonando a regência dos contratos pelos conceitos, direcionando-se para o modelo elástico dos tipos contratuais. O conceito “refere-se à parcela da realidade que abarca”⁷³, consubstanciando-se num juízo binário de sim ou não - o fato se subsume àquele referido conceito?

A crítica ao emprego dos conceitos é que exclui certos casos que deveriam ser regulados; do mesmo modo, incluem-se casos que não deveriam ser regidos pelas disposições daquele determinado conceito⁷⁴. Ou seja, os conceitos gerais e abstratos são insuficientes para abarcar a complexidade do mundo fático⁷⁵. A qualificação como um ato de mera subsunção é uma perspectiva mecânica da tarefa do intérprete⁷⁶.

Desse modo, passou-se a regência pelos tipos contratuais. Diferentemente dos conceitos (que apresentam uma definição clara e como limites definidos), os tipos formam-se a partir de uma descrição, uma “imagem global, cujos limites são claros e elásticos”⁷⁷. Os tipos são mais abertos e flexíveis, havendo maior liberdade ao intérprete, e costumam estar associados a reiteradas práticas sociais que ocorreram anteriormente à legislação⁷⁸ - há maior maleabilidade e capacidade de aprender novas realidades⁷⁹.

Assim, a relação entre a realidade e os tipos é por juízo de correspondência, não de subsunção⁸⁰. A classificação abandona o juízo binário dos conceitos (sim ou não) e aplica-se conforme um juízo graduável de correspondência⁸¹.

Nesse cenário, o método de qualificação relaciona-se com a causa do negócio, entendida como a função econômica do contrato e não como seu elemento essencial⁸². É

⁷³ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 32.

⁷⁴ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 39.

⁷⁵ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 42.

⁷⁶ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 366.

⁷⁷ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 76.

⁷⁸ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 365.

⁷⁹ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 54.

⁸⁰ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 45.

⁸¹ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 128.

CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 42.

⁸² KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 371.

justamente a função econômica que compreende a pluralidade e a complexidade que marcam a tipicidade contratual, possibilitando a ampliação dos horizontes do tipo⁸³.

Porém, o pensamento e a classificação por tipos não são isentos de críticas. É de ampla dificuldade e parcimônia definir os limites dos tipos contratuais, de modo que podem ofertar uma falsa segurança jurídica e limitam-se à compreensão das conexões internas do ordenamento⁸⁴.

Ora, “não pode a legislação tipificar todos os tipos de contratos, especialmente porque, ao longo da vigência da lei, surgem relações jurídicas novas”⁸⁵. Nesse cenário, há situações que não estão enquadradas nos tipos previstos no ordenamento, sendo contratos atípicos ou socialmente típicos.

Para que um contrato seja enquadrado como socialmente típico, deve haver uma pluralidade de casos (reiterada prática dos comerciantes), com essa *práxis* tornando-se reconhecida socialmente e vinculante - uma norma de comportamento a ser seguida pelas partes⁸⁶. A sua criação ocorre pela dinamicidade e necessidade do mercado, na qual os agentes econômicos inventam novos contratos, muitas vezes a partir de contratos típicos, que ao final são copiados por novos empresários e no mais tardar, reconhecidos pela doutrina e pelos tribunais⁸⁷.

Consoante a liberdade própria dos tipos sociais, eles possuem normas de natureza dispositiva, isto é, impera a autonomia da vontade das partes, servindo as normas socialmente típicas como auxílio na interpretação e integração contratual⁸⁸.

⁸³ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 102.

⁸⁴ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 55.

⁸⁵ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

⁸⁶ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 128;

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação*. 9ª Edição. São Paulo: Thomsom Reuters, 2024. p. 27-28;

“Não é apenas a prática reiterada de determinada contratação que a torna socialmente típica, devendo trazer consigo a correspondência a uma disciplina suficientemente completa da relação jurídica contratual, contendo regramento detalhado o suficiente que permita a terceiros vislumbrar o tipo social em apreço, assim como que confira às partes, ferramentas para a solução das principais questões emergente do contrato (ALVES, André Cordelli. *Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 157).

⁸⁷ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação*. 9ª Edição. São Paulo: Thomsom Reuters, 2024. p. 52.

⁸⁸ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 67.

São os usos e costumes que permeiam os tipos sociais (afinal, estão relacionados a sua própria formação) e oferecem “mecanismos de conformação e controle da atipicidade contratual, sempre tendo em vista a relevância da prática negocial e da dinâmica dos mercados na estruturação do arcabouço jurídico aplicável à matéria”⁸⁹:

Os usos e costumes, no entanto, não somente servem para preencher as lacunas deixadas pelas partes contratantes ou para modular a incidência de tipos legais, como também para fornecer o conteúdo jurídico necessário à estruturação de novas normas e, em última análise, novos modelos contratuais que se ajustam a determinadas funções econômicas que, muito embora não encontrem guarida nos tipos previstos pelo ordenamento, têm correspondência em práticas assentadas pela prática mercantil⁹⁰.

Já no tocante aos contratos atípicos puros, estes são permitidos pelo art. 425 do CC⁹¹. São os contratos cuja disciplina seja totalmente distinta dos tipos legais existentes⁹². Os contratos atípicos tem por condão a modificação da ordem jurídica, introduzindo algo que não é acolhido pelos modelos existentes, extrapolando os limites elásticos dos tipos legais⁹³.

A norma do art. 425 é importante, pois não só é inovação frente ao sistema anterior (que silenciava), como afirma a licitude dos contratos atípicos e estabelece limites à autonomia da vontade das partes⁹⁴ - “observadas as regras gerais fixadas neste código”, letra do art. 425⁹⁵.

Logicamente, dentro da realidade atual, é difícil a verificação de contratos atípicos totalmente puros, seja em razão da extensão dos tipos previstos dentro do ordenamento, seja em razão dos tipos sociais - é difícil que um cidadão cria um tipo totalmente de sua mente, sem qualquer relação com o que já é visto na prática.

⁸⁹ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 161

⁹⁰ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 195.

⁹¹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁹² PINESE, Paulo Henrique Signori. *O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 61.

⁹³ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 243.

⁹⁴ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 69.

⁹⁵ Para CARVALHO, não basta a lei autorizar a realização de contratos atípicos, mas deve ser protegida a liberdade de contratar. Assim, o operador do direito deve respeitar a autonomia da vontade e não forçar a aplicação de algum regime jurídico sob a falsa concepção de segurança jurídica (CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 237).

Assim, surge dentro do campo da atipicidade, a diferenciação entre os contratos atípicos puros e os contratos mistos (os quais contém prestações atinentes a vários tipos)⁹⁶. Os contratos mistos surgem como um meio termo e justificam-se como reconhecimento de normas típicas a contratos atípicos sob a forma subsuntiva⁹⁷.

Sarra de Deus⁹⁸ entende que a classificação por Pedro Pais de Vasconcelos é a mais adequada na discussão dos contratos mistos e atípicos. Para o português, seriam três as formas de atipicidade: a pura, os tipos mistos modificados e os tipos mistos múltiplos. No segundo, há um tipo modificado por meio de adaptação⁹⁹. No terceiro, há a combinação de prestações típicas de mais de um contrato, podendo haver o predomínio de um deles.

Feita essa contextualização, nos próximos capítulos, buscar-se-á definir qual é o regime que melhor se adequa ao contrato de EPC, começando pelo tipo legal que apresenta maior similaridade - a empreitada.

3.2. REGIME LEGAL DA EMPREITADA

A empreitada é originada no direito romano e foi introduzida no ordenamento brasileiro como “locação mercantil” no Código Comercial de 1850 (art. 216 e seguintes), adquirindo a nomenclatura atual nos Códigos Civis de 1916 e 2002.

A legislação brasileira nunca forneceu um conceito de empreitada¹⁰⁰ - obviamente, isso ocorre em razão da regência por tipos contratuais, a ausência de uma definição é o que dá elasticidade ao tipo.

Inclusive, Sarra de Deus¹⁰¹ pondera sobre a existência de conceitos *latu sensu* e *stricto sensu* para a empreitada. No primeiro, qualquer execução de serviço estaria dentro de

⁹⁶ Destaca-se, aqui, a preferência pela nomenclatura contratos mistos do que contratos complexos, eis que evita-se confusão e os contratos mistos referem-se apenas a uma espécie de complexidade objetiva - as prestações aludem a outros tipos contratuais (SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019, p. 91)

⁹⁷ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 381.

⁹⁸ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 92.

⁹⁹ Nessa perspectiva, há quem, por exemplo, entende que o contrato de EPC é um contrato de empreitada de tipo modificado, pois a empreitada seria um tipo de referência ao EPC (PINESE, Paulo Henrique Signori. O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance). Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 62)

¹⁰⁰ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 165.

¹⁰¹ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 166.

3.3. EPC COMO EMPREITADA?

Assim como no direito estrangeiro¹⁰⁹, a grande dicotomia existente na qualificação do contrato de EPC reside em duas linhas de pensamento: a) a empreitada possui elasticidade suficiente para enquadrar o EPC e o *turnkey*, independentemente do regime ser insuficiente à complexidade atual do mundo das construções; e b) as prestações do EPC e do *turnkey* extrapolam os limites legais da empreitada.

Primeiramente, para procedermos com o juízo de qualificação, é preciso analisar a intenção do legislador quando da concepção da empreitada no Código Civil de 2002. Segundo Alves¹¹⁰, o Código Civil de 2002 surgiu como se não existissem mudanças entre 1916 e a nova realidade. É isso que se verifica compulsando a análise do anteprojeto do Código Civil de 2002, na qual seu autor, Miguel Reale, proferiu as seguintes falas:

Vivemos num mundo em que a construção civil representa um dos fatores mais sensíveis da comunidade, a tal ponto que quando surge uma crise econômica é ela que recebe o impacto mais forte e duradouro. É que para ela convergem infinitas formas de atividades produtivas, envolvendo e exigindo a contribuição de múltiplas categorias sociais, desde o servente de obras ao empreiteiro, do fornecedor de areia ao mais sofisticado decorador. Era, pois, necessário disciplinas com mais cuidado essa esfera da produtividade humana, protegendo e preservando, sempre em obediência ao já referido princípio de complementariedade, os interesses e direitos do dono da obra, do projetista e do empreiteiro. Surgem, aliás, no Anteprojeto, bem distintas da do empresário construtor, a figura do projetista ou do calculista, cujo feixe de direitos e responsabilidade tem contornos próprios.¹¹¹

No capítulo relativo à empreitada, estabelecer disposições mais adequadas às exigências tecnológicas hodiernas, de modo a atender às finalidades sociais do contrato e às relações de equilíbrio que devem existir entre o dono da obra, o projetista e o construtor, tais como revelado pela experiência dos últimos anos. Por outro lado, os contratos de construção põem problemas novos, como os concernentes aos direitos e deveres do projetista, distintos dos do construtor, superando-se, desse modo, sentida lacuna do Código atual¹¹².

A princípio, os dizeres de Miguel Reale, acerca da empreitada, deixam claro que o modelo ali pensado era o de contratação tradicional de obra (DBB) - a preocupação era de

¹⁰⁹ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 158.

¹¹⁰ ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 78

¹¹¹ REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 9, n. 35, jul./set. 1972, pp.12-13. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180616>. Acesso em 22/08/2024.

¹¹² BRASIL, Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 634, de 1975. Mensagem do Poder Executivo nº 160, de 1975. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional. Brasília, 13 jun. 1975, Seção I, Suplemento B ao n. 61, p. 118. Disponível em: https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf. Acesso em: 22/08/2024.

separar as posições (direitos e deveres) e responsabilidades de três personagens, o dono da obra, o projetista e o construtor.

No regime anterior, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (tratando, principalmente de *engineering* com a administração pública) aponta que os contratos de *engineering* estão à margem de uma legislação no direito brasileiro, diante das peculiaridades que possui - “configura-se como um contrato atípico que se desprende do modelo da empreitada, e que, conforme a complexidade da obra, poderia ter como partes, diversos figurantes, e não apenas um empreiteiro e o dono da obra, como sucedia, em regra, no modelo da empreitada previsto no Código Civil”¹¹³.

Em complementação, tratando já do regime atual, José Emílio Nunes Pinto¹¹⁴, diz que as mudanças trazidas pelo novo Código Civil no regime da empreitada tornam os contratos de EPC mais onerosos e afasta-os dos padrões internacionais adotados. A preocupação do autor é real - as ponderações de Miguel Reale mostram que a preocupação do momento era regular o contrato de DBB - foram criadas disposições que não permitem encaixar o EPC no regime da empreitada. As mudanças realizadas no Código Civil (2002) tornaram o regime mais oneroso e incompatível com o mercado internacional, ao conferir direitos adicionais aos empreiteiros¹¹⁵.

3.3.1. Defesa de que a empreitada comporta o EPC

Em contrapartida, para Mesquita¹¹⁶, o contrato de EPC é perfeitamente amoldável ao tipo legal da empreitada. Isso ocorreria por diversos fatores relacionados à empreitada. Primeiro, é indiferente se os materiais ou os bens sejam entregues pelo empreiteiro ou pelo dono da obra (p. 81). Segundo, é compatível com o regime que prestações típicas de outros contratos sejam parte dele em posição subsidiária ao *opus* principal, a entrega da obra (p. 82). Terceiro, é possível que o empreiteiro se responsabilize pela obra inteira ou somente parte

¹¹³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Contrato de “engineering”. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 6, n. 3, p. 139-158, jan. /jun. 1992. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista3/revista3%20CLOVIS%20DO%20COUTO%20E%20SILVA%20Contrato%20de%20E2%80%9CEngineering%E2%80%9D.pdf>. Acesso em: 04/09/2024. p. 145.

¹¹⁴ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

¹¹⁵ SILVA, Kleyton Ferreira da Costa. O risco nos contratos de construção civil: EPC e turnkey. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2020. p. 57.

¹¹⁶ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019.

dela (p. 83). Quarto, o preço pode ser estipulado de variadas formas - global, unitário, determinável, misto, etc (p. 83). Quinto, ela não é, em regra, *intuitu personae* (p. 83). Para o autor, “as regras do tipo legal da empreitada sempre foram consideradas insuficientes para regular as complexas atividades que uma obra envolve” (p 84.).

Logo, o seu tipo, acostumado desde sempre a certa elasticidade, abarca os contratos *turnkey* e EPC. Seria apenas a assunção de riscos do *design* que difere os contratos *turnkey* dos demais tipos de obra. A sua finalidade (o seu *opus*) continua sendo a mesma, a entrega do empreendimento, com condições de funcionamento (p. 87).

Portanto, para Mesquita, a equiparação entre EPC e empreitada resulta da identidade de sua finalidade, a entrega de uma obra, a despeito das demais peculiaridades que o EPC carrega - a elasticidade da empreitada seria capaz de abarcar todas essas singularidades.

O que distingue o EPC de um contrato comum de obra, para além dos riscos pelo *design*, são as diferentes atividades assumidas pelo contratado, necessárias para a entrega da obra completa e em funcionamento, como o fornecimento de materiais, o emprego de tecnologia e o treinamento de pessoal¹¹⁷.

Porém, diante do *opus* da empreitada continuar sendo a entrega da obra, o resultado, independentemente de quem fornece o projeto (contratante ou contratado). Para Tepedino¹¹⁸, inclusive, o resultado final de entrega na obra é mais importante no regime do *turnkey* do que na própria empreitada, diante da necessidade de estar em pronta operação.

A qualificação do contrato, por meio dos tipos contratuais, é realizada a partir da causa contratual - assim, tendo o EPC e a empreitada a mesma causa contratual, o mesmo *opus*, teriam seus regimes compatíveis. Ou seja, como a empreitada abarcaria a possibilidade do empreiteiro ser o projetista da obra, não haveria incompatibilidade com o EPC¹¹⁹.

A empreitada seria capaz de abarcar a existência de prestações de outros tipos contratuais. Isto é, por exemplo, no fornecimento de bens, há prevalência da obrigação de fazer a de dar, motivo que afasta a empreitada da compra e venda, em que pese haja semelhança nesse caso específico. É atividade instrumental - um meio para o fornecimento da obra¹²⁰.

¹¹⁷ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 99.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Aspectos práticos do contrato de empreitada no regime *turnkey*. Revista dos tribunais online, vol. 2, 2011.

¹¹⁹ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 96-99.

¹²⁰ Do mesmo modo, o EPC não se confunde com o mandado e com a prestação dos serviços. Quanto ao mandado, a prática de atos de representação está longe de ser a prestação principal do contrato de EPC (SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo:

O fornecimento do bem, isoladamente, considerar-se-á empreitada, pelo que sua incorporação em empreendimento maior, pelo regime chave de mão ou EPC, não altera a natureza da operação se o resultado final permanece a execução de uma obra, também enquadrada no tipo da empreitada¹²¹.

Ainda, em suas palavras, realizando um apanhado geral:

(...) a empreitada possui flexibilidade para albergar entre suas atividades instrumentais todas as prestações suplementares que constam de um arranjo global de tipo chave de mão (*turnkey*) e EPC, a começar pela elaboração do projeto, até o fornecimento completo de equipamentos, tecnologia e a colocação da obra em funcionamento, desde que estas prestações estejam estruturadas e subordinadas ao fim unitário de criação da obra. Reputa-se, ainda, indiferente para recondução ao tipo de empreitada o caráter eminentemente empresarial do EPC e, mais importante, não implica o agravamento dos riscos assumidos pelo construtor quando isso for efetuado de modo acidental, em alteração da função causal decisiva deste contrato, qual seja, a produção pelo engenho humano, de certa obra em função de um preço com autonomia..¹²²

Desse modo, na escolha pelos tipos contratuais, o julgador não integra os contratos por pura tradição, mas por equidade e segurança jurídica. Entender o EPC como empreitada permitiria que as suas regras sejam aplicadas de maneira direta e não por analogia, reduzindo-se a discricionariedade do julgador. Em contrapartida, entender pela sua atipicidade conferiria mais autonomia ao intérprete que pode deixar de aplicar as regras da empreitada, pelo juízo negativo, criando insegurança jurídica¹²³.

3.3.2. EPC como autônomo ao tipo legal da empreitada

Discordamos do autor nesse ponto, a redução do contrato de EPC ao regime legal da empreitada, inobstante, sim, dê certeza jurídica (quanto à aplicabilidade das normas), é equivocado.

A mera justificativa de segurança jurídica não ampara a aplicação de dispositivos que, na realidade, não abarcam a complexidade do regime do do EPC. Afinal, aqui estamos falando de um contrato novo e de desenvolvimento internacional, ao passo que a empreitada,

Almedina, 2019. p. 256). No tocante à prestação de serviços, esta também é uma obrigação de meio, não de resultado - entrega do empreendimento em pleno funcionamento (SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 257).

¹²¹ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 102.

¹²² MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 135.

¹²³ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 159.

quando pensada no ordenamento brasileiro, foi pensada como regulação apenas do *design-bid-build*. A aplicação indistinta e impensada da empreitada ao EPC causa, na verdade, insegurança jurídica e desincentivo à celebração do EPC, eis que, ao final, a vontade das partes será preterida.

Não se ignora as ressalvas de Mesquita (2019) de que o fato do EPC prover de modelos internacionais não altera a sua finalidade específica (p. 161), que a doutrina estrangeira já consagra a elasticidade do tipo da empreitada (p. 162), e que a sua aleatoriedade, em especial acerca do preço pode estar abarcada pela empreitada (p. 116-126). Todavia, aplicar tamanha elasticidade à realidade brasileira termina por desestimular o emprego do próprio contrato de EPC.

Diferentemente do direito italiano, por exemplo, o Código Civil brasileiro não fornece um delineamento preciso do que seria a empreitada¹²⁴ - a análise de sua adequação ao regime do Código Civil deve ter por base o regramento privado brasileiro, qualquer fundamento distinto está em dissonância com a sua adequada qualificação.

Sendo assim, a posição de Mesquita termina por alargar o tipo da empreitada para abarcar elementos que não lhe são típicos¹²⁵ - isto é, não estão dentro do escopo dos artigos 610 a 626 do Código Civil.

Ora, se as partes escolheram celebrar referido espécime contratual foi por um motivo¹²⁶. Aqui, não se defende o nominalismo - não é necessária a correspondência entre o tipo e o *nomen iuris*. O nominalismo deixou de ser realidade há muito tempo com o avanço da tutela da autonomia privada e da liberdade contratual¹²⁷. Caso as partes, de fato, celebrem um contrato de empreitada mascarado com o nome de EPC, ele deve ser interpretado como uma empreitada¹²⁸.

Porém, o *nomen iuris* não deve ser totalmente desconsiderado. É o que diz Forgioni (2024, p. 83):

¹²⁴ GIL, Fabio. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 54.

¹²⁵ PINESE, Paulo Henrique Signori. O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance). Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 63.

¹²⁶ “quando qualifica um contrato como inominado não o faz para ter um ponto de partida para construção de uma nova disciplina, mas ao contrário somente para excluir a aplicação de determinada legislativa” {(tradução livre), De Nova, 1983, p. 29-30, Apud MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 173}.

¹²⁷ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 61.

¹²⁸ O intérprete não se tornar apenas um refém à vontade das partes, assim como restrito à mera aplicação mecânica do ordenamento (KONDER, 2018, p. 388)

Tecnicamente, o “nomen iuris” é irrelevante, importando a substância do negócio contratado e não a denominação que lhe foi atribuída pelas partes ou seus advogados. Contudo, o título aposto no instrumento pode constituir importante elemento de interpretação quando se presta a descortinar a intenção comum das empresas vinculadas, indicando o negócio que pretendem abraçar.

Isto é, o *nomen iuris* deve ser levado em conta para a descoberta da vontade das partes - é impossível desconsiderar a intenção dos contratantes para a sua qualificação. Como abordado posteriormente, a intenção está diretamente ligada à função econômica do contrato e, portanto, a interpretação própria de um contrato empresarial.

Enfim, inobstante a empreitada e o EPC possuam certa relação de equivalência (finalidade de construção de determinada obra), as contrariedades são tamanhas que a aplicação indistinta do seu regime termina por desnaturar o contrato de EPC. O EPC é um modelo complexo que regula os riscos de maneira muito mais apropriada que a empreitada¹²⁹.

O que deve ser tutelado é a vontade das partes e a segurança jurídica de ter as cláusulas contratuais interpretadas de acordo com a finalidade, a função, pensadas na sua confecção, dentro do cenário do EPC. O regime da empreitada não fornece isso, mas sim uma mascarada segurança jurídica que, muitas vezes, é forçada dentro do âmbito contratual do EPC. As prestações inerentes ao EPC não se adequam ao regime da empreitada¹³⁰.

Nessa linha, “o que não se pode admitir é que os vetores da contratação empresarial sejam ignorados em nome de soluções que subvertem o programa contratual pretendido pelas partes em prol da proteção de uma vontade presumida apartada da lógica econômica pretendida pelas partes”¹³¹. É justamente uma presunção de que as partes celebraram uma empreitada que desnatura a lógica econômica pretendida do EPC.

É isso que defende, por exemplo, José Emílio Nunes Pinto¹³². Para ele, o tipo legal da empreitada não se adequa ao EPC. As prestações existentes neste último sobrepõem e

¹²⁹ RIBEIRO, Guilherme de Almeida; MIOTTO, Otávio Augusto Barroso; FELIPPE Pedro Henrique Fiori. Contrato de EPC e empreitada: distinguindo regimes jurídicos incompatíveis. Portal Conjur, 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/contrato-epc-e-empreitada-distinguindo-regimes-juridicos-incompativeis/>. Acesso em 04/09/2024.

¹³⁰ ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 161

¹³¹ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 349.

¹³² PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

extrapolam o escopo jurídico da empreitada - há o “amesquinamento” da relação jurídica. Aplicar a empreitada ao EPC, em razão da sua atividade preponderante ser a entrega de uma obra, desconsidera a prática e os diversos papéis conferidos ao contratado no empreendimento.¹³³

Já Gil¹³⁴ contém posição interessante. Tratando de contratos de *engineering* (dentre os quais, considera o EPC), afirma que os contratos de empreitada podem alcançar os de *engineering*, diante da função central de execução de obra. Porém, nem todo contrato de engenharia seria uma empreitada - o autor afirma que o *engineering* está numa zona de “intersecção entre o contrato cuja celebração, como uma das partes, é privativa do engenheiro e a empreitada”.

Referida posição é contestada por Carmo¹³⁵ - segundo a autora, Gil entra numa contradição ao colocar o *engineering* como atípico, socialmente típico e submetido ao tipo da empreitada. Estariam sendo desconsideradas as peculiaridades do *engineering*, com uma ampliação artificial do modelo da empreitada.

Carmo¹³⁶ entende ser o EPC não adequado ao regime da empreitada. Partindo de critérios de objeto, qualidade das partes e qualidade das prestações, a autora divide os contratos de construção em: (a) prestações de serviços de assessoria e consultoria; (b) prestações de serviços de administração e gestão; (c) empreitada (lavor, mista e integral); e (d) outras modalidades, como o EPC e contratos de aliança.

Ademais, a obra de Sarra de Deus (2019) enfrenta os próprios dispositivos do regime legal da empreitada à luz do contrato de EPC, sendo praticamente todos incompatíveis. Para a Autora, diante do contido nos artigos 610, §2º, 621 e 622¹³⁷, é plenamente possível a sua

¹³³ “O enquadramento dessa série complexa de papéis desempenhados pelo epecista no marco da empreitada é amesquinhar o escopo da relação jurídica existente entre este e o contratante. (...) Dessa forma estaríamos ignorando que as obrigações assumidas pelas partes no EPC somente serão consideradas cumpridas quando o epecista tenha desempenhado seus diversos papéis, o que irá além do cumprimento das obrigações previstas na empreitada pura e simples” (PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024)

¹³⁴ GIL, Fabio. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 52.

¹³⁵ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 46-48.

¹³⁶ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 167.

¹³⁷ Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. § 2º - O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução

Art. 621. Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.

aplicação ao DBB, posto que permite a existência do dono da obra, do projetista e do construtor.

Todavia, o mesmo não pode ser dito dos contratos de DB. “A cumulação de responsabilidade característica do DB ultrapassa os limites contratuais do tipo contratual da empreitada”^{138 139}. Segundo Sarra de Deus, a incompatibilidade se dá por duas razões: (i) a empreitada não disciplina a fase de concepção dos projetos básicos da obra pelo construtor¹⁴⁰ - a presença do *single responsibility point* é inafastável no contrato de EPC, de forma oposta aos regimes de construção firmados na modalidade DBB, como a empreitada¹⁴¹; (ii) há normas que afastam a figura do projetista da figura do executor da obra - é o caso dos já mencionados artigos 610, §2º, 621 e 622.

Segundo José Emílio Nunes Pinto¹⁴², não obstante o tipo da empreitada ser o primeiro que salta aos olhos quando a observância do EPC, não há prestações mais importantes umas que as outras no contrato de EPC. O instrumento deve ser visto e analisado em sua integridade, não com seus aspectos isolados. Dessa forma, evita-se contra sentidos que “amesquinhariam” o EPC.

Logo, para além das prestações previstas nos contratos, a função econômica do EPC e da empreitada são distintas. A função econômica do EPC é a “execução de um empreendimento em sua totalidade, desde a responsabilidade pela concepção contida nos projetos básicos até sua colocação em funcionamento”. Já a empreitada possui função

Art. 622. Se a execução da obra for confiada a terceiros, a responsabilidade do autor do projeto respectivo, desde que não assuma a direção ou fiscalização daquela, ficará limitada aos danos resultantes de defeitos previstos no art. 618 e seu parágrafo único.

¹³⁸ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 128

¹³⁹ No direito privado brasileiro, em nenhuma legislação (Código Civil ou Lei de Incorporações Imobiliárias), há normas específicas sobre a união no mesmo polo, das obrigações de projetar e construir (MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 90).

¹⁴⁰ Por exemplo, os artigos 611 e 612 não se adequam à fase de concepção da obra, no qual o risco não é alterado pelos critérios fornecidos por estes artigos. Segundo, o artigo 613 se aplicado ao DB, desconsidera a remuneração pela elaboração do projeto. Terceiro, os artigos 615 e 616 tratam da entrega da obra e não de sua concepção. Quarto, os artigos 619 e 621 não se mostram adequados à *single point responsibility*, aos riscos assumidos pelo construtor. (SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 128).

¹⁴¹ “(...) como ponto distintivo dos contratos de EPC, concentram-se na figura do epecista as obrigações de projetar a obra e construí-la, assim como sua posterior entrega ao dono da obra em plenas condições de operação, atendidas premissas de desempenho e/ou qualidade fornecidas pelo contratante” (ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 174).

¹⁴² PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

econômica mais restrita - “a execução das obras segundo o modelo do DBB, visto que o empreiteiro não cumula as responsabilidades pelos projetos básicos da obra e pela sua concreta execução”¹⁴³.

Sim, o *opus* principal da empreitada e do EPC é a entrega da obra - porém, não só isso, a análise não pode ser descontextualizada das peculiaridades que existem no EPC.

Quando ocorre o rompimento da elasticidade do tipo, na transição para a atipicidade, há a constatação de que a causa concreta do contrato contém tal número de peculiaridades que não mais se justifica a aplicação do tipo desejado¹⁴⁴. Atualmente, a atipicidade legal costuma ser obscurecida pelo esforço de qualificar qualquer contrato existente dentro de um regime típico, o que termina por fulminar a existência de qualquer novo negócio¹⁴⁵. É justamente o que ocorre com o EPC quando há a sua redução forçada e precipitada ao regime da empreitada, fato que termina por escorraçar a vontade das partes e a segurança jurídica - a vontade das partes deve ser respeitada.

Assim, nos próximos itens, após qualificar o EPC como um contrato socialmente típico, cumpre identificar como deve ser realizada a sua interpretação - o que deve ser a ele aplicado. Adianta-se, não é uma aplicação pura e simplória do regime da empreitada, o qual é praticamente na sua integridade incompatível com o EPC.

3.4. EPC COMO UM CONTRATO SOCIALMENTE TÍPICO

No capítulo anterior, concluímos que o EPC extrapola o tipo legal da empreitada, não sendo um contrato legalmente típico (dentro dos termos presentes no código civil). Logo, do que se trata o EPC. É um contrato atípico puro, é socialmente típico, atípico misto ou até uma coligação contratual?

Começando pelo último, o EPC não pode ser entendido como um contrato coligado, e isso por uma razão muito clara - o seu objetivo final, o seu *opus*, é único, a entrega da obra. Ou seja, no EPC, “(...) não há diversas prestações principais e, sim, uma única, a obra, que, por mais complexa que seja, continua o resultado unitário perseguido, por intermédio das atividades instrumentais desempenhadas”¹⁴⁶. Inobstante Mesquita defenda esse parâmetro

¹⁴³ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 272.

¹⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 376.

¹⁴⁵ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 247.

¹⁴⁶ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 168.

para afastar o EPC da empreitada, de fato, também o afasta da qualificação como contrato coligado.

A mesma posição é sustentada por Sarra de Deus¹⁴⁷. Segundo a autora, “a principal razão que afasta a pluralidade econômica que subjaz ao contrato de EPC, qual seja, a execução do empreendimento em sua totalidade, transferindo-se ao epecista a maior parte dos riscos envolvidos”. Para além disso, a contraprestação do dono da obra também é única - o pagamento do preço fixo global¹⁴⁸. Assim, não há uma coligação de contratos, mas uma conjugação de prestações de diferentes tipos conjugadas num único contrato e concentradas para um objetivo central, a entrega da obra.

Adiante, para que o EPC seja enquadrado como um contrato socialmente típico, ele deveria decorrer de uma praxe social difundida, em decorrência de um procedimento de tentativa e erro - seleção natural - que estrutura os usos negociais, sendo selecionado pela doutrina e consolidado pela jurisprudência. Dessa forma, os usos e costumes (comportamentos) tornam-se vinculantes para os contratantes¹⁴⁹.

Para Sarra de Deus¹⁵⁰, o EPC é um contrato socialmente típico, eis que preenche estes requisitos. A doutrina e a própria prática da engenharia consolidam-o como o reconhecimento de uma prática social. Inclusive, as empresas e os profissionais da área estão cientes das características específicas do EPC. Afinal, atuam na área no cotidiano, compreendendo melhor que ninguém os riscos e as responsabilidades inerentes à celebração de um contrato de EPC.

Não se pode deixar de observar, também, que a existência da FIDIC e de seus *standard contracts* (dentre eles, o *Silver Book*), mostra o preenchimento dos requisitos para a configuração do EPC como um contrato socialmente típico. Ora, para a FIDIC criar uma padronização, ela baseou-se em uma pluralidade de casos e num conjunto de práticas e comportamentos que adquiriram caráter vinculante.

Nesse mesmo sentido, Lie Uema de Carmo¹⁵¹ defende que o EPC é o único dentre os contratos de *engineering* que pode ser concebido como um tipo social, ainda que com certas

¹⁴⁷ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 244.

¹⁴⁸ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 247.

¹⁴⁹ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 199.

¹⁵⁰ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 276.

¹⁵¹ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 49.

ressalvas, pois àquela época (2012), embora fosse celebrado com frequência, não havia bases doutrinárias e jurisprudências para que fosse considerado “consagrado”.

Também, para Fábio Coutinho de Alcântara Gil¹⁵², os contratos de *engineering* (dentro dos quais, considera o de EPC), são socialmente típicos. Segundo o autor:

A evolução dos contratos de *engineering* corresponde ao seu reconhecimento social, a partir da aplicação do modelo típico da empreitada, mas em processo de diferenciação, passa a ter pressuposto específico, qual seja, a presença da empresa de engenharia como parte no contrato, instrumentalizando operação econômica que possui notas de complexidade e grau de risco que não são necessariamente encontrados no tipo legal da empreitada¹⁵³

É justamente a evolução do tipo da empreitada que levou à tipificação social dos contratos de *engineering*¹⁵⁴. Há uma diferença de grau e especificidade dos contratos de *engineering* para os de empreitada. Segundo Gil¹⁵⁵, os primeiros são de empresa e no seu caráter comutativo, apresentam uma álea maior em função da alocação de riscos diferenciada.

Porém, como já dito, Gil termina por defender que o tipo legal da empreitada abarca os contratos de *engineering*. A sua posição é contestada por Carmo¹⁵⁶, que defende visão de o contrato ser ao mesmo tempo atípico, socialmente típico e submetido à empreitada, contradizente. O que o autor termina por fazer seria uma artificial ampliação da empreitada.

Alves¹⁵⁷ pondera que é coerente e de qualidade defender a qualificação do EPC como um contrato legalmente atípico, mas socialmente típico, embora haja quem possa defender a aplicação do EPC à empreitada. Cumpre ressaltar, inclusive, que Alves em sua obra, trata da aplicação do *Red Book* (voltados a contratos de DBB) ao regime da empreitada, excluindo o EPC deste campo.

Nesse sentido, o contrato de EPC é socialmente típico - há uma pluralidade de casos de sua celebração e sua prática social tornou-se vinculante - até por isso, há contratos internacionais padrões.

¹⁵² GIL, Fábio. A onerosidade excessiva em contratos de *engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 46

¹⁵³ GIL, Fábio. A onerosidade excessiva em contratos de *engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 47.

¹⁵⁴ GIL, Fábio. A onerosidade excessiva em contratos de *engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 53.

¹⁵⁵ GIL, Fábio. A onerosidade excessiva em contratos de *engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 48.

¹⁵⁶ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 46-48.

¹⁵⁷ ALVES, André Cordelli. Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 156

3.4.1. Contrato Misto?

Pois bem, dentro do campo da tipicidade social e da atipicidade puramente legal (excluindo-se a sua classificação social), é preciso qualificar o EPC como um contrato atípico puro, atípico misto de tipo modificado ou atípicos mistos múltiplos. Tudo dentro do panorama legal - como já vimos, socialmente ele é reconhecido como típico.

Os primeiros são totalmente novos ao ordenamento - não possuem características de nenhum tipo (são figuras de extrema dificuldade de ocorrerem na atualidade. Os segundos ocorrem quando parte-se de um tipo principal e ele é modificado para adaptar-se à obrigação pretendida pelas partes. Por fim, os terceiros ocorrem quando há a combinação de obrigações de variados tipos contratuais, com a prevalência de um deles.

A posição de que o EPC é um contrato atípico misto é defendida por José Emílio Nunes Pinto¹⁵⁸ - “os EPCs são verdadeiramente contratos atípicos, a despeito de conterem disposições de contratos típicos, como o de empreitada e de venda e compra de equipamentos. Na prática, as disposições legais aplicáveis a esses contratos típicos se tornam imprestáveis para regular as relações decorrentes dos EPCs”.

Do mesmo modo, Sarra de Deus¹⁵⁹, *in verbis*:

(...) é inegável que o contrato de EPC contempla uma multiplicidade de atividades a cargo do epecista, os quais refletem prestações de diversos tipos contratuais legais do direito pátrio, como a compra e venda, a prestações de serviços e a própria empreitada. Além disso, frisou-se sempre que essas prestações perante as partes, formam uma unidade e são executadas com vistas à realização de uma operação econômica unitária. Trata-se, em suma, da existência de uma causa única no contrato de EPC.

Logo, o EPC possui um *opus* único - a execução do empreendimento, mas isto não o torna um contrato de empreitada. O EPC contempla uma série de obrigações típicas de outros contratos, como compra e venda, mandado, prestação de serviços e a própria empreitada.

A um, como já ressaltado, o fato de o EPC e a empreitada terem finalidade comum não resulta de que o regime aplicado ao EPC deve ser o da empreitada (o *opus* comum implica em obrigações comuns, mas não na integração completa entre os tipos). Trata-se de uma visão rasa que não observa (i) o ditado na normativa da empreitada no Código Civil, na

¹⁵⁸ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

¹⁵⁹ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 283.

qual, há clara incompatibilidade com o EPC - a empreitada não possui elasticidade suficiente para abarcar o tipo do EPC; (ii) a intenção do legislador quando de seu regramento - que visava regular o regime do DBB, fixando direitos e deveres do dono da obra, do projetista e do construtor; e (iii) a vontade das partes - afinal, as partes escolheram celebrar um contrato de EPC e não da empreitada do código civil por uma razão.

A dois, o fato de possuir prestações de diversos contratos, mas ter a entrega do empreendimento em pleno funcionamento como *opus* principal torna o contrato de EPC atípico misto de tipo múltiplo.

Portanto, não há dúvidas de que o contrato de EPC e *turnkey* está socialmente tipificado e deve ser tratado como tal, com especial atenção a sua interpretação, que deve ser realizada com muito cuidado e parcimônia, para além de observância à boa-fé objetiva e aos comportamentos padrões neste contrato, sempre atinente à função econômica que busca cumprir. Esse é o tema do próximo capítulo.

4. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL NA PERSPECTIVA DO EPC

4.1. CONTRATO EMPRESARIAL

O EPC é um contrato propriamente empresarial. No âmbito da contratação entre empresários, para além dos negócios serem realizados por pessoas jurídicas, há características como o “profissionalismo, a simetria informacional, a inexorabilidade do risco e a busca pela remuneração por meio do lucro”¹⁶⁰. O contrato empresarial deve ser tratado de maneira distinta dos demais (trabalhista, consumidor e até civil) - a boa-fé empresarial atrela-se a elementos objetivos (não a subjetividade de uma escolha errada ou arrependimento)¹⁶¹. A boa-fé, aqui, deve ser entendida como um padrão, um *standard*, de comportamento dos agentes, elaborada a partir da “observação empírica da dinâmica do mercado”¹⁶².

Diante disso, é importante ter em mente que a interpretação dessa espécie contratual não deve relativizar a autonomia das partes, ou de uma delas, sob a possibilidade de produzir efeitos indesejáveis - cria-se um ambiente de insegurança jurídica¹⁶³. Os vetores “lucro, risco e previsibilidade” não podem ser desconsiderados para eventual funcionalização do contrato¹⁶⁴.

A função econômica do contrato empresarial é sempre a busca pelo lucro, o que lhe dá uma dinâmica diversa dos demais. No contexto empresarial, presume-se a igualdade entre os contratantes, não há assimetria informacional¹⁶⁵. Inobstante certos contratos gerem dependência econômica de uma parte a outra, isso é natural e a interpretação contratual não deve relativizar a sua existência, salvo extremos (nos quais seja demonstrado uma extrapolação da boa-fé objetiva, por exemplo) - a mera dependência econômica não é causa de revisão contratual.

Assim, não deve haver a aplicação indiscriminada dos institutos da boa-fé objetiva e função social do contrato no direito comercial, sob risco de prejudicar o mercado e o fluxo

¹⁶⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas. Revista De La Facultad De Derecho De México n. 279, Enero-Abril, 2021, p. 179.

¹⁶¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas. Revista De La Facultad De Derecho De México n. 279, Enero-Abril, 2021, p. 193.

¹⁶² CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 53

¹⁶³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas. Revista De La Facultad De Derecho De México n. 279, Enero-Abril, 2021, p. 182.

¹⁶⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas. Revista De La Facultad De Derecho De México n. 279, Enero-Abril, 2021, p. 192.

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 39.

das relações econômicas¹⁶⁶. Isto ocorre, pois, afinal, a função do contrato empresarial (finalidade lucrativa) e boa-fé empresarial (comportamento pautado nas práticas usuais do comércio) são distintas das civis, quem dirá consumeristas e trabalhistas.

Nesse cenário, tratando de um contrato de grande complexidade e longa duração de tempo¹⁶⁷, a previsibilidade é fundamental - a previsão de riscos é essencial. Há riscos controláveis e incontroláveis - estes últimos, não estão previstos e são incalculáveis¹⁶⁸.

Logicamente, há casos específicos nos quais as partes discriminam certas categorias de riscos¹⁶⁹. Para a elaboração de seu preço, o contratado estipula riscos técnicos, financeiros, de mercado, regulatórios, políticos, operacionais, geológicos, de finalização e aceitação social. Todas estas são ameaças ao projeto que usualmente são levadas em consideração em contratos de grandes obras¹⁷⁰. A atividade do construtor e seu dever de diligência não devem ser ignorados.

Os pleitos de reequilíbrio econômico contratual nestes projetos, costumam se basear nos elementos da onerosidade excessiva e na teoria da imprevisão¹⁷¹. É preciso ter parcimônia na aplicação das revisões para que elas não ocorram em demasia; do contrário, poderia-se tirar do EPC um de seus elementos primordiais, a segurança quanto ao preço contratual¹⁷². Lembra-se, o epecista coloca no preço eventuais contingências e riscos previsíveis - isto não pode ser desconsiderado na interpretação¹⁷³.

Portanto, na interpretação de eventual controvérsia, é essencial que o intérprete esteja antenado à realidade dos contratos empresariais, na qual o comportamento usual (usos e costumes) devem ser levados em consideração, pois geram expectativas e probabilidades de

¹⁶⁶ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação*. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 101.

¹⁶⁷ GIL, Fabio. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 41.

¹⁶⁸ GIL, Fabio. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 44.

¹⁶⁹ PINESE, Paulo Henrique Signori. *O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 74.

¹⁷⁰ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 151.

¹⁷¹ PINESE, Paulo Henrique Signori. *O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 75

¹⁷² PINESE, Paulo Henrique Signori. *O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 76.

¹⁷³ “Como todos os princípios, o do equilíbrio contratual não se aplica numa lógica de “tudo ou nada”, antes vale gradativamente e de forma coordenada com os demais elementos do sistema jurídico, nomeadamente com os outros princípios, incluindo os com ele potencialmente contraditórios, a começar pelo essencialíssimo *pacta sunt servanda*. A sua existência parece, em qualquer caso, difícil de negar.” (DUARTE, Rui Pinto. *A ideia de equilíbrio contratual*. Revista Eletrônica de Direito, Fevereiro 2023, n.º 1 (vol. 30). Disponível em: <https://cjj.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2023-nordm-1/editorial-29/>. Acesso em: 29/08/2024).

comportamento. A sua observância dá segurança jurídica e previsibilidade ao sistema econômico¹⁷⁴.

Ou seja, deve-se buscar de segurança jurídica e previsibilidade, respeitando-se o que foi pactuado pelas partes¹⁷⁵. Para a existência de uma forte economia de mercado, os empresários precisam de previsibilidade (estabilidade). Para tanto, deve ser mantido o *enforcement* contratual¹⁷⁶, não relativizado em qualquer oportunidade, mas apenas quando há realmente algo que extrapola a álea normal do *enforcement*.

O mero erro do empresário, comum a sua atividade, não deve ser tutelado, sob a pena de justamente desnaturalizar o contrato (ao retirar o prejuízo), gerando insegurança e imprevisibilidade - “o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo)”¹⁷⁷.

A interpretação dos contratos empresariais e, em especial dos contratos socialmente típicos, não deve levar em consideração apenas a leitura da lei ou da jurisprudência, mas as práticas de mercado daquela modalidade de contratação específica¹⁷⁸. Ou seja, é de ser considerada a função supletiva dos usos e costumes¹⁷⁹, sobre os quais o operador do direito tem o dever de aplicar na observância do regime cabível para aquele determinado contrato, com àquela função econômica¹⁸⁰.

4.2. A FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO COMO VETOR DE SUA INTERPRETAÇÃO

A interpretação, como diz Konder¹⁸¹, “não é a compreensão de uma realidade pré-jurídica: a realidade é construída e reconstruída pelo intérprete, na mesma medida em que

¹⁷⁴ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 144.

¹⁷⁵ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 122-123.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas. Revista De La Facultad De Derecho De México n. 279, Enero-Abril, 2021, p. 189.

¹⁷⁷ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 157.

¹⁷⁸ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 156.

¹⁷⁹ Importa ressaltar que a função da boa-fé objetiva na interpretação e integração contratual não é supletiva, afinal, não diz respeito à normatividade, mas sim a proteção da legítima expectativa e aos deveres decorrentes da confiança gerada pelo vínculo contratual (CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024 p. 190).

¹⁸⁰ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 187

¹⁸¹ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 369.

a norma é produzida a partir do cotejo entre o enunciado normativo e a totalidade do ordenamento”. Assim, a tarefa interpretativa não pode ser vista de modo linear, mas como um “constante ir-e-vir” entre a realidade e a norma¹⁸².

No cenário da interpretação e qualificação via o modelo dos tipos contratuais, no qual há flexibilidade e a existência de uma imagem global do contrato, há de ser realizada a verificação a partir da causa contratual - a função objetiva, a finalidade perseguida pelo contrato¹⁸³.

Embora a causa não conste como um dos elementos essenciais para a existência do negócio jurídico no ordenamento brasileiro, a sua análise como função econômica deve ser levada em consideração na interpretação do contrato. Isto é, o valor e as disposições que as partes deram à operação negocial, entendida como a função econômica do contrato, deve ser levada em consideração¹⁸⁴.

A análise funcional dos contratos empresariais é a única maneira para que sejam adequadamente compreendidos¹⁸⁵ - esta análise deve estar atenta às dinâmicas próprias do mercado e, portanto, atenta à operação econômica subjacente ao negócio¹⁸⁶.

Do mesmo modo, Forgioni¹⁸⁷ entende que a causa do negócio no direito comercial “permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado, e com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro”.

A causa do negócio não pode ser desprezada no direito mercantil, eis que termina por delinear a sua análise jurídica. É a função econômica que permite a identificação dos interesses das partes e os direitos que devem ser tutelados¹⁸⁸. Isto é, interpretando-se o negócio a partir de sua causa, entendida como a função econômica do contrato, é:

(...) indispensável à sua correta compreensão, sistematização e interpretação e não tem ligação com os motivos subjetivos ou egoísticos que levaram o agente à sua

¹⁸² KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 370.

¹⁸³ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 371.

¹⁸⁴ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol 43 (julho/setembro 2010). Editora Padma, 2010. p. 85.

¹⁸⁵ “Analisar a função econômica do negócio jurídico, por conseguinte, significa investigar os efeitos práticos produzidos pela avença diante do complexo de instituições que constroem o comportamento dos contratantes (CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 145)

¹⁸⁶ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 54.

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 223.

¹⁸⁸ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 63.

prática. Ao contrário, a causa liga o negócio ao mercado, à praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte ¹⁸⁹.

Logo, deve haver a observância da causa, da função econômica do contrato, no âmbito empresarial, eis que é dela que se retira qual o comportamento que deve ser realizado pela parte, conferindo segurança e previsibilidade.

Da análise dos autores até aqui mencionados que trabalham com o EPC e o *engineering* nota-se que todos trabalham com a ideia de finalidade, *opus*, na qualificação do contrato de EPC, o que reflete em sua interpretação. É impossível realizar a interpretação de um contrato (em especial, o empresarial) sem levar em consideração a sua finalidade, a sua função econômica.

4.3. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

A definição do regime jurídico aplicável na seara dos contratos que não estão legalmente tipificados anda lado a lado com a sua interpretação e integração (complementação). São as duas fases para perceber a regulação objetiva de um contrato. Na primeira (fase de interpretação), o jurista reconhece e determina o conteúdo da manifestação de vontade das partes. Constatado algum erro ou deficiência, entra-se na segunda fase, na integração, na qual o jurista tenta sanar as lacunas, ambiguidades ou obscuridades deixados pelas partes ¹⁹⁰.

As fontes para tanto podem estar dentro do próprio contrato (partes fornecendo os critérios de interpretação do contrato - consoante permitido pelo art. 421-A, I, do Código Civil - ou ser extranegocial (outras fontes legais, a boa-fé e os usos e costumes).

Fato é que nem todo contrato de EPC prevê perfeitamente o escopo de seu contrato (normalmente *self contained contract*, autossuficiente) - muitos o definem em termos gerais ¹⁹¹. Dessa forma, é fundamental ter em mente qual seria o regime jurídico a ele aplicável.

¹⁸⁹ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 233.

¹⁹⁰ MARINO, 2011, p. 46-47 Apud SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019, p. 287-288.

¹⁹¹ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras. São Paulo: Almedina, 2019. p. 102.

Consoante Mesquita¹⁹², a interpretação de que o EPC não se adequa ao empreitada, diante da existência de uma causa distinta, não aponta quais seriam as regras aplicáveis a ele - a aplicação das regras cabíveis fica totalmente ao encargo do intérprete.

É perfeitamente o que deve ocorrer, eis que o previsto contratualmente deve prevalecer, com a exceção de violação de normas cogentes, cuja incidência é imperativa¹⁹³. É importante ter em mente que tanto um contrato típico pode ter regras atípicas a ele aplicadas, quanto um contrato não reconduzível a um tipo pode ter normas daquele tipo a si aplicadas, desde que fundamentada em sua causa concreta¹⁹⁴.

Diante disso, é primordial que na elaboração do contrato seja considerada a possibilidade de regência supletiva de normas de tipos contratuais legais no silêncio das partes (lacunas) ou contrariedade à ordem pública¹⁹⁵.

4.3.1. Métodos Interpretativos

Dito isso, são alguns os métodos de interpretação e definição do regime jurídico de um contrato. São eles: a) absorção; b) combinação; c) analogia; e d) criação. É importante ressaltar que não há uma espécie mais ou menos correta, o que há de ser verificado é a particularidade de cada caso concreto e diante disso, escolher o método mais adequado.

Na absorção, como o seu próprio nome diz, o contrato atípico é absorvido pela disciplina de outro tipo contratual, ou melhor, é “forçado para dentro de tipo que fosse dominante, desprezando as características de outros tipos que o revestiam”¹⁹⁶. Logicamente, é equivocado entender que para todo contrato atípico haveria um tipo contratual correspondente¹⁹⁷. A recondução forçada a tipos existentes pode ser identificada na “paixão do típico”¹⁹⁸ existente no direito brasileiro.

¹⁹² MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. *Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 170.

¹⁹³ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 290.

¹⁹⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e Coligação Contratual*. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 378.

¹⁹⁵ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 131.

¹⁹⁶ KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e Coligação Contratual*. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 382.

¹⁹⁷ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 295.

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 175

Ao final, a incessante busca por “certeza” e “segurança jurídica” resulta em aplicações inadequadas. O que de fato ocorre nesse cenário é a eliminação da peculiaridade que torna único aquele determinado contrato legalmente atípico¹⁹⁹.

Nessa toada, no EPC, aplicaria-se o regime do tipo contratual que prevalece. Ou seja, de maneira forçada, seria aplicado a disciplina da empreitada ao EPC - situação que pode resultar em nocividade e cenários indesejados para as partes, a depender da finalidade a ser alcançada e do direito a ser tutelado. A desajustada, a desequilibrada, e descontextualizada busca por segurança jurídica, na verdade, gera insegurança jurídica.

Pinese²⁰⁰ observa que a fronteira entre o EPC e a empreitada é fluída. A depender do conteúdo do EPC, pode remeter a um único tipo de referência (empreitada), mas verificando-se mais de um tipo de referência no contrato, deve recorrer-se à conjugação deste diferentes tipos para interpretar e integrar a relação jurídica.

O contrato de EPC não possui uma alocação de riscos realizada de modo simples²⁰¹. Do mesmo modo, a sua interpretação não deve ser realizada de maneira rasa, como seria a simples aplicação do regime da empreitada. Ao final, segundo Sarra de Deus²⁰², “viola-se sobretudo a vontade das partes de celebrar um contrato atípico que não fosse regulado pelas normas dos tipos contratuais legais”.

Como diz Ribeiro²⁰³, “os contratos de EPC/*turnkey* não são impostos às empresas, mas sim apresentados como uma opção de contratação”. O objetivo de escolher tal contrato é evidente - lucrar. Não se firma um contrato empresarial por outra razão. O contrato de EPC promove a alocação do modo desejado pelas partes - terminar por relativizar/modificar essa escolha das partes cria insegurança jurídica e termina por desestimular a própria celebração de contratos na modalidade EPC.

Sendo assim, o método da absorção não é o mais adequado para ser aplicado no contrato de EPC, posto que haveria uma recondução forçada e equivocada ao regime da empreitada, o qual já constatamos ser incompatível com o EPC.

¹⁹⁹ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 296.

²⁰⁰ PINESE, Paulo Henrique Signori. O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance). Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 64.

²⁰¹ GIL, Fabio. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 118.

²⁰² SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 314.

²⁰³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Função Social do Contrato Empresarial: função econômica e perspectivas. Revista De La Facultad De Derecho De México n. 279, Enero-Abril, 2021, p. 195.

Seguindo em frente, quanto ao método da combinação, combina-se aspectos de vários tipos contratuais distintos e relacionados ao contrato, atribuindo a relevância diferente, conforme o que está sendo interpretado. Isto é, não enfatiza o tipo que prevalece, mas as prestações singulares destinadas a estruturar a função econômica do negócio. Assim, busca-se superar a principal dificuldade da absorção, que seria identificar um tipo preponderante²⁰⁴.

As principais críticas que sofre é a desconsideração da unidade da função econômica do contrato (no caso do EPC, a entrega do empreendimento em plena operação) e que a “transtipicidade acaba por ignorar a própria realidade do direito positivo”²⁰⁵. Os dois extremos (teoria da absorção e teoria da combinação) são problemáticos²⁰⁶.

Ato contínuo, no método analógico, há a existência de uma lacuna/ambiguidade/obscuridade no contrato, existindo norma existente no ordenamento jurídico que pode ter seu entendimento estendido para dirimir referido problema - trata-se da *analogia legis* e não da *analogia iuris* (na qual há a criação, do zero, de uma norma a ser aplicada no contrato)²⁰⁷.

Segundo Sarra de Deus²⁰⁸ “somente será possível adotar, para o contrato atípico, a mesma solução normativa prevista para o contrato típico se, em cada caso concreto, for demonstrado a identidade entre a sua *ratio legis* a da norma típica”. Ou seja, há de observar a função de cada norma e como ela se enquadra no contexto de aplicação no contrato. Obviamente, aí há o risco, em cenário exacerbado, de negar da autonomia conceitual dos contratos mistos aos contratos atípicos²⁰⁹ - terminaria por suprimir toda e qualquer distinção entre os contratos que possuam mínimos elementos de tipos legais²¹⁰.

Por fim, há o método da criação. Como o próprio nome diz, há a criação de uma norma para resolver aquele caso específico. Isso ocorre em situações em que não há um tipo de referência ou se a analogia é impossível - isto é, em casos, usualmente, de contratos atípicos puros. Obviamente, o problema deste método é a insegurança jurídica²¹¹. Nessa linha,

²⁰⁴ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 253.

²⁰⁵ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 297-300.

²⁰⁶ KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e Coligação Contratual*. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 382.

²⁰⁷ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 302.

²⁰⁸ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 303.

²⁰⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e Coligação Contratual*. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 382.

²¹⁰ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 256.

²¹¹ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction* São Paulo: Almedina, 2019. p. 305.

Carvalho²¹² aponta que seria excessivamente oneroso exigir que o operador do direito crie direito a partir de rudimentos das partes, tentando criar uma vontade hipotética das partes - assim, é comum que busque se apoiar em normas existentes no ordenamento, pela aplicação analógica.

4.4. REGIME JURÍDICO DO EPC ENQUANTO CONTRATO SOCIALMENTE TÍPICO

Enfim, passando ao contexto do EPC, já o qualificamos como contrato socialmente típico e no âmbito legal, como atípico misto múltiplo - congregando várias disposições de diferentes tipos contratuais com um objetivo final, a entrega do empreendimento em pleno funcionamento. Isso ocorre em razão do EPC não se adequar ao tipo legal da empreitada, pensado num modelo de DBB e não de DB. A conjugação de responsabilidades pela execução do projeto e de execução da obra extrapola a elasticidade da empreitada.

Agora, cientes dos diferentes métodos interpretativos, cumpre encaixar o regime jurídico aplicável sobre o EPC. Logicamente, o fato de ser socialmente típico e não contemplado totalmente pelo regime da empreitada, não exclui a aplicação das normas deste regime, que pode-se dar por outro método. Nessa toada, Konder²¹³:

Quando essas peculiaridades são em tal intensidade e importância que não mais se justifica partir da premissa de que as normas típicas sejam todas, em princípio, aplicáveis, neste momento ocorre o que se costuma referir por descaracterização ou desqualificação do contrato com relação ao tipo. Mas, considerando que é a causa concreta que servirá a identificar a normativa aplicável, nada impede que, mesmo descaracterizado, o contrato ainda receba a incidência de uma ou algumas normas do tipo.

Portanto, cabe ao intérprete, partindo da causa concreta do negócio, realizar uma avaliação de compatibilidade entre a norma cuja aplicação é pretendida e a finalidade do contrato, levando em conta os princípios gerais do direito²¹⁴.

Assim, no contrato de EPC, é factível a aplicação de normas da empreitada, a despeito de não caracterizar-se como tal, desde que haja compatibilidade entre a aplicação da norma e a causa do EPC, observadas as suas particularidades. Ademais, tal aplicação deve ser em consonância com os princípios do direito, havendo a parcimônia de observar-se que está

²¹² CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 123.

²¹³ KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e Coligação Contratual*. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 378.

²¹⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e Coligação Contratual*. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 379.

diante de um contrato empresarial, no qual a assunção de riscos e a existência do erro é da essência do negócio.

O primeiro passo é rememorar que a liberdade de contratar em um contrato socialmente típico conhece seus limites nos usos e costumes (que constituem um *standard* comportamental) e na ordem pública²¹⁵.

Pois bem, passando à possibilidade de aplicação do regime da empreitada, o primeiro fato a se considerar é a norma contida no art. 618 do Código Civil²¹⁶, abaixo colacionada:

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Há a previsão de responsabilidade quinquenal do construtor pela obra, norma entendida como cogente de linguagem peremptória, pois trata de artigo que regula a prescrição, insuscetível de revisão pelas partes²¹⁷ - ele é irredutível e considerado de ordem pública²¹⁸. Logicamente, as disposições do EPC não podem violar a ordem pública, os usos e costumes e os princípios gerais do direito²¹⁹, como a boa-fé objetiva.

Nesse sentido, é o ditado do Enunciado nº 34 da I Jornada de Direito Comercial acerca da aplicação dos do regulamento da empreitada à obras de grande complexidade (dentre elas, o EPC), como se vê:

²¹⁵ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 261 e 335.

²¹⁶ Segundo PINESE, “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” PINESE, Paulo Henrique Signori. *O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 30).

²¹⁷ PINTO, José Emilio Nunes. *O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil*. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

²¹⁸ GIL, Fabio. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 56.

²¹⁹ PINTO, José Emilio Nunes. *O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil*. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

Enunciado 34. **Com exceção da garantia contida no artigo 618 do Código Civil, os demais artigos referentes, em especial, ao contrato de empreitada (arts. 610 a 626) aplicar-se-ão somente de forma subsidiária** às condições contratuais acordadas pelas partes de contratos complexos de engenharia e construção, tais como EPC, EPC-M e Aliança.

Foi compreendido, adequadamente por sinal, que a garantia da prescrição quinquenal não pode ser afastada. Quanto às demais disposições, podem ser afastadas consoante a manifestação das partes. Concorda-se com o enunciado - não pode haver a redução²²⁰ forçada do EPC a disciplina da empreitada.

A existência de ordens cogentes, de comandos de ordem pública, penetrando-se nos ditames contratuais é fundamental para a estruturação dos negócios²²¹.

Para José Emílio Nunes Pinto, o próprio artigo 618, para além dos demais artigos, chega a tornar inaplicável a empreitada ao EPC, pois os contratos seriam pensados com tempo de garantias diferentes.²²² Para ele, jamais o regime de algum contrato típico deveria ser aplicado à empreitada. Há a recusa total à aplicação do regime da empreitada nesse cenário. Veja-se:

Concluindo este longo Artigo, reiteramos que os EPCs sempre foram e continuarão sendo contratos atípicos com traços similares aos do contrato de empreitada, mas dele se afastando por constituírem uma relação una e monolítica, não podendo qualquer das obrigações ser segregada do contexto em que tais contratos são firmados²²³

O autor tem uma visão economicista do contrato de EPC. Isto é, José Emílio Nunes Pinto preocupa-se que a aplicação dos regimes típicos (inclusive, a empreitada), torne o contrato de EPC economicamente inviável.

²²⁰ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

²²¹ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 110.

²²² “Na prática, o que se tem visto é que as garantias não têm excedido o prazo médio de 24 meses, o que elevaria em três anos a responsabilidade dos empreiteiros. (...) O impacto da extensão do prazo é financeiro, já que este custo adicional estará, de um forma ou de outra, refletindo no custo fixo do EPC. (PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.)

²²³ PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

Já Pinese²²⁴ afirma que, ausente um ordenamento específico ao contrato de EPC, devem ser utilizadas as normas que com ele são compatíveis. Assim, o regimento da empreitada seria empregado quando haveria compatibilidade, assim como da prestação de serviços, mandato, compra e venda, agência, e outros. Isso ocorre, para o autor, em razão do EPC estar em “estágio transitório, carecendo ainda de um tratamento específico e adequado às necessidades da prática comercial”²²⁵.

Diante disso, referida aplicação (ou aplicações) não pode ser indiscriminada²²⁶. Como já dito, considerando o EPC é contrato legalmente atípico, ao máximo, as regras da empreitada serão aplicadas pela via da analogia²²⁷. Sendo legalmente atípico, não deve haver a aplicação indiscriminada de qualquer regime legal, mas sim de modo cotejado e em observância da função econômica do contrato e de cada cláusula inserida no negócio.

A interpretação deve ocorrer no contexto do mundo em que o contrato se integra. Caso contrário, ele perde a sua verdadeira qualidade jurídica e se desnaturaliza quando abstraído²²⁸.

O critério de especialidade é de grande importância na aplicação das normas ao contrato de EPC. Nesse cenário, antes de partir para a interpretação, o jurista deve atentar-se para as normas do tipo social. *In casu*, o EPC possui inclusive contratos padronizados por organização internacional, facilitando a consulta. Não é necessária uma extração direta dos usos e costumes, a consulta está muito mais facilitada.

Assim, defende Sarra de Deus²²⁹ que “na hipótese de concurso entre uma norma socialmente típica do contrato de EPC e uma norma legal de outro tipo contratual aplicada por analogia, o critério da especialidade resulta na escolha da primeira”.

²²⁴ PINESE, Paulo Henrique Signori. O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance). Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 106.

²²⁵ A título de curiosidade, PINESE, após afirmar que o legislador deve tomar iniciativa de disciplinar o instituto, sugere que “o legislador poderia se utilizar de modelos largamente utilizados, tal como o modelo de contrato de EPC do *Fédération Internationale d'Ingenieurs Conseil (FIDIC)*, ou, ainda, da experiência prévia com a utilização dessa forma contratual nos países de ‘common law’, respeitados os princípios e regras gerais do direito brasileiro”. (PINESE, Paulo Henrique Signori. O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance). Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015. p. 107).

²²⁶ SARRA DE DEUS, Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 319.

²²⁷ MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction): Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019. p. 167.

²²⁸ MACHADO, J. Baptista. Prefácio. In: ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 5ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964. p. 28.

²²⁹ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 323.

Nessa linha, Klee²³⁰ ressalta que inobstante a FIDIC não tenha sido criada com o objetivo de tornar-se uma fonte de direito, os seus *standard contracts* são utilizados como ferramentas para a interpretação dos contratos, especialmente em arbitragens, mas podem ser utilizadas pelo judiciário. Inclusive, Ribeiro, Miotto e Felipe²³¹ defendem que o aplicador do direito em cenário de integração de lacunas deve recorrer ao *Silver Book*, pois seria o modelo paradigmático do EPC;

Ao firmar um contrato de EPC, socialmente típico, há a legítima expectativa de que eventual litígio seria julgado com base em precedentes derivados na “verdadeira essência do modelo contratual” objeto da ação judicial ou arbitral²³².

Portanto, quanto ao regime jurídico da empreitada, deve haver parcimônia na aplicação de seus dispositivos, posto que, em suma, incompatíveis com o EPC. Segundo Sarra de Deus, as exceções ficam por conta do art. 618, de ordem pública, e o art. 625, observando a particularidade da situação.

As suas ressalvas quanto aos demais principais dispositivos são as seguintes: a) o *caput* do art. 610 apenas dita duas subespécies de empreitada - de labor e mista; b) os §1º e 2º do art. 610 são incompatíveis pela responsabilidade mútua do construtor por projeto e execução da obra; c) os artigos 612 e 613²³³ tratam da empreitada de labor - como o epecista deve fornecer, necessariamente, material e equipamento, suas aplicações são inadequadas; d) o art. 614, *caput* e parágrafos, é incompatível com as prestações do EPC serem em um conjunto único, isto é, com o cumprimento e aceitação da obra somente na entrega do empreendimento em pleno funcionamento; e) o art. 619, *caput* e par. único, o art. 620, e o art. 622 também tratam de situações incompatíveis com a *single point responsibility*, pois mencionam a possibilidade de alteração de preços, diante de modificação de projetos (no EPC, o projeto é de responsabilidade do epecista), e a separação de responsabilidade entre

²³⁰ KLEE, Lukas. *International construction contract law*. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018. p. 224.

²³¹ RIBEIRO, Guilherme de Almeida; MIOTTO, Otávio Augusto Barroso; FELIPPE Pedro Henrique Fiori. *Contrato de EPC e empreitada: distinguindo regimes jurídicos incompatíveis*. Portal Conjur, 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/contrato-epc-e-empreitada-distinguindo-regimes-juridicos-incompativeis/>. Acesso em 04/09/2024.

²³² ALVES, André Cordelli. *Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 24.

²³³ ALVES afirma que “*não parece razoável supor que, em obras cuja realização demande responsabilidade técnica, possa o empreiteiro isentar-se da responsabilidade pelo perecimento da construção pelo simples fato de ter informado ao dono da obra sobre a sua insuficiência ou má qualidade*”. (ALVES, André Cordelli. *Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. p. 88)

projetista e construtor²³⁴; f) o artigo 626 trata de mortes de pessoas físicas, enquanto o EPC é celebrado, usualmente, entre empresas²³⁵.

Quanto ao art. 625, este trata das hipóteses em que o construtor (empreiteiro):

Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra:

I - por culpa do dono, ou por motivo de força maior;

II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços;

III - se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

De pronto, não é possível descartar a aplicação das hipóteses de suspensão da obra, pois há de ser observada a particularidade de cada caso concreto. A própria FIDIC também prevê possibilidades de suspensão da obra²³⁶. Risco presente na redação do Código Civil está na expressão “ou outras semelhantes” (inciso II), pois deixa cenário muito amplo de incidência dos artigos, frente à grande proporção, no mundo atual, de questões ambientais modificando o fluxo de obras de grande porte²³⁷.

Fato é que “a possibilidade de analogia estará condicionada à demonstração da efetiva compatibilidade com a alocação de riscos concretamente pactuada entre as partes”, a qual, por sua vez, deve estar atenta à “ausência de concurso normativo que, resolvido de acordo com os critérios de resolução de antinomias, resulte na prevalência de outra norma, particularmente de uma norma integrante do tipo social do contrato de EPC”²³⁸.

Ou seja, a **interpretação deve observar os usos e costumes** - afinal, eles geram legítimas expectativas de atuação e probabilidades de comportamento que, se respeitadas pelo operador do direito, conferem segurança jurídica e previsibilidade.

²³⁴ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 324-328.

²³⁵ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

²³⁶ HOSIE, Jonathan– Turnkey contract under the FIDIC Silver Book. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007.

²³⁷ PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. Portal Jus, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em: 01/08/2024.

²³⁸ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O Contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019. p. 329.

Isto posto, conclui-se que os contratos atípicos não reconduzíveis a qualquer tipo contratual podem ter normas destes tipo a ele incidentes, desde que sejam adequadas a sua causa concreta, a finalidade contratual²³⁹. Nessa toada, **sendo o EPC um contrato socialmente típico e não contemplado pela elasticidade do regime da empreitada, diante de possuir peculiaridades que excedem a disciplina desta última, não deve receber a aplicação indistinta de seu regramento, mas apenas naquilo que seja adequado dentro do caso concreto**. A vontade das partes em celebrar o EPC deve ser respeitada.

Cada contrato deve receber tutela conforme a sua causa concreta, reduzindo a insegurança²⁴⁰. Caso não haja uma função econômica típica, é inverossímil aplicar um regime contratual incompatível com o interesse das partes²⁴¹, como a empreitada no EPC. Troca-se a arbitrariedade de aplicação do regime da empreitada, pela discricionariedade do juiz em verificar qual é a norma de melhor aplicabilidade, diante das peculiaridades do regime do EPC.

Ora, **“a aplicação indistinta dos dispositivos próprios da empreitada aos contratos de EPC acaba por desnaturar a lógica complexa do tipo contratual”**²⁴², fato que vem a prejudicar o próprio funcionamento do mercado - afinal, para que o mercado opere, é necessário que os pactos sejam respeitados²⁴³.

Isto é, (i) a existência de segurança jurídica e previsibilidade torna mais “azeitado o fluxo das relações econômicas”; e (ii) “não é desejável que seja dada ao contrato interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (uso e costumes)”, pois isto “levaria ao sacrifício da segurança e previsibilidade jurídica”²⁴⁴. A aplicação dos usos e costumes não deve ser entendida como a usurpação do poder de criação do juiz, mas sim a observância do dever de aplicar o regime cabível à função econômica desempenhada pelo negócio²⁴⁵.

²³⁹ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 378.

²⁴⁰ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 389.

²⁴¹ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 268.

²⁴² RIBEIRO, Guilherme de Almeida; MIOTTO, Otávio Augusto Barroso; FELIPPE Pedro Henrique Fiori. Contrato de EPC e empreitada: distinguindo regimes jurídicos incompatíveis. Portal Conjur, 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/contrato-epc-e-empreitada-distinguindo-regimes-juridicos-incompativeis/>. Acesso em 04/09/2024.

²⁴³ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomsom Reuters, 2024. p. 112.

²⁴⁴ FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. 9ª Edição. São Paulo: Thomsom Reuters, 2024. p. 122-123.

²⁴⁵ CARVALHO, Angelo Prata de, Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 187.

O que deve ser levado em consideração é a vontade das partes, o exercício da autonomia privada deve ser respeitado, não a busca de emancipação dos efeitos contratuais, como se “a vontade do ordenamento pudesse suplantar a vontade das partes”²⁴⁶.

Dessa maneira, num contexto de um contrato socialmente típico, como o EPC, pode haver a sua recondução aos usos e costumes, atraindo a incidência das normas supletivas fixadas pela prática mercantil. Ademais, verificando que conjuga vários elementos, constituindo um contrato legalmente atípico misto, o mais adequado é que haja a aplicação pela via analógica, eis que usualmente remetem a trechos de contratos tipificados pela lei.

²⁴⁶ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 106.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho qualifica o contrato de EPC e suas particularidades históricas. Destaca a diferença do *design-bid-build* e do *design-build*. Neste último, há a concentração de responsabilidades pelo desenvolvimento do projeto e a sua execução - *single point responsibility*.

Dentro do *design-build*, está inserido o EPC, expressão máxima da concentração de riscos na figura do construtor, havendo, usualmente, a necessidade de entregar a obra em pronta operação, após a realização de testes - isto é, no regime *turnkey*. O EPC desenvolveu-se de uma necessidade e de exigências do mercado financeiro, que passou a exigir segurança e previsibilidade para a realização de empréstimos para financiar a obra. Neste cenário, a concentração de responsabilidades no construtor foi a melhor alternativa.

Exatamente por esta complexidade exigida que o EPC é celebrado entre empresas, com intuito lucrativo - claramente, é um contrato empresarial, devendo a ele ser aplicado às suas peculiaridades: uma interpretação atenta à função econômica do contrato (a sua finalidade), assim como à boa-fé empresarial, entendida como padrões de comportamentos a serem seguidos pelos comerciantes.

Pois bem, posteriormente, adentramos na qualificação do contrato de EPC. Verificamos que inobstante a empreitada e o EPC tenham semelhante função econômica e *opus* principal - entrega do empreendimento -, a sua redução pura e simples ao regime da empreitada é inadequada, posto que não observa as particularidades do contrato de EPC (contendo obrigações muito mais complexas), a baixa compatibilidade dos artigos 610 a 626 do CC ao EPC, assim como a intenção dos juristas na elaboração do CC/2002 ser abarcar a regulação de um modelo contratual de *design-bid-build*.

A aplicação forçada do regime da empreitada deriva da paixão tipológica dos juristas brasileiros, criando uma falsa sensação de segurança jurídica, eis que não observa os reais interesses das partes e desestimula a própria celebração do EPC e demais tipos sociais ou atípicos.

Assim, qualificamos o EPC como um contrato socialmente típico, haja vista que é resultado de uma práxis reiterada no mercado que criou comportamentos vinculantes - inclusive, é reconhecido como autônomo a outros modelos contratuais por federações internacionais, como a FIDIC, em seu *Silver Book*. Ademais, no âmbito exclusivamente legal, ele é atípico misto na modalidade múltipla, posto que congrega prestações típicas de diversos

contratos - compra e venda, mandado, prestação de serviços e a própria empreitada - para atingir a sua finalidade última.

Ultrapassada a qualificação, chegamos à tarefa de interpretação do EPC. Para tanto, a um, colocamos que a interpretação de um contrato empresarial é distinta das demais modalidades, devendo estar atenta à função econômica empresarial, à boa-fé empresarial e aos usos e costumes do negócio celebrado. Verificamos que é impossível retirar a ideia de função econômica do contrato de sua interpretação, dado que, inobstante a causa não seja considerada como elemento de validade pelo nosso ordenamento, o seu entendimento como função econômica do contrato delinea a análise jurídica a ser realizada - é primordial para a compreensão dos interesses das partes em jogo.

Pois bem, já havíamos verificado que o regime da empreitada não se adequa ao do contrato de EPC, eis que, por ser socialmente típico, a sua interpretação deve pautar-se, principalmente, nos usos e costumes. Caso seja necessário a integração por uma regra legal de outro tipo, deve-se estar atento à função econômica do contrato, a fim de evitar a aplicação de dispositivos indesejáveis que acabam desnaturando a própria intenção das partes em celebrar o EPC.

Outrossim, verificamos que o método mais adequado para tanto é o analítico. Isto é, norma existente no ordenamento jurídico que pode ter seu entendimento estendido para dirimir problema presente no contrato - aplicação deve ser feita com parcimônia para também não desnaturar o contrato celebrado. No escopo do EPC e em eventual aplicação da empreitada, o artigo 618 trata de questão de ordem pública, não dispositiva das partes - os demais objetivos ou são inadequados ou há de ser observado o caso concreto, como o art. 625, que trata da suspensão da obra pelo empreiteiro.

Fato é que o mais adequado para o EPC, enquanto tipo social, é a sua interpretação e integração pela via dos usos e costumes comerciais - inclusive, há contratos padrões internacionais para facilitar a sua visualização, assim como a produção teórica sobre o tema está crescendo no país.

O presente trabalho não está alheio que a aplicação adequada dos usos e costumes na interpretação e integração contratual não é tarefa fácil para o jurista²⁴⁷. Porém, como pondera Machado²⁴⁸, “*sempre é preferível ter razão em termos vagos a errar com toda a precisão*”.

²⁴⁷ CARVALHO, Angelo Prata de, *Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024. p. 339.

²⁴⁸ MACHADO, J. Baptista. Prefácio. In: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 5ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964. p. 56.

Ora, a maneira correta de conferir segurança e previsibilidade é respeitar a intenção das partes, observando os usos e costumes daquele tipo que foi celebrado, não buscando reduzir toda a sua complexidade a outro tipo contratual.

“A atenção às peculiaridades do caso concreto é exigência de justiça”²⁴⁹. Não estando atento a referidas peculiaridades, há injustiça, a aplicação desmedida, sem diálogo e cotejo analítico, da empreitada do EPC é um erro com toda a precisão.

²⁴⁹ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e Coligação Contratual. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1. p. 402.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, André Cordelli. **Contratos de Construção Internacionais - modelo contratual FIDIC New Red Book**: Utilização sob o contexto de civil law e compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

ANTÓN, Antonio J. Monroy; RODRIGUEZ, Gema Sáez; LÓPEZ, Ángel Rodríguez. **Financial risks in construction projects**. African Journal of Business Management Vol. 5(31), pp. 12325-12328,7 December, 2011. Disponível em: <http://www.academicjournals.org/AJBM>. Acesso em: 27/08/2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília Diário Oficial da União, 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em 27/08/2024.

BRASIL, Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 634, de 1975. Mensagem do Poder Executivo nº 160, de 1975**. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional. Brasília, 13 jun. 1975, Seção I, Suplemento B ao n. 61. Disponível em: https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf. Acesso em: 22/08/2024.

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina, 2019.

CARVALHO, Angelo Prata de, **Contratos Empresariais Atípicos: a atipicidade contratual na teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2024.

DUARTE, Rui Pinto. **A ideia de equilíbrio contratual**. Revista Eletrônica de Direito, Fevereiro 2023, n.º 1 (vol. 30). Disponível em: <https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2023-nordm-1/editorial-29/>. Acesso em: 29/08/2024.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 5ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964.

FORGIONI, Paula. **A Interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro**. Revista de Direito Mercantil nº 130. 2003, p.7-38.

FORGIONI, Paula. **Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação**. 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

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

HOSIE, Jonathan– **Turnkey contract under the FIDIC Silver Book**. What do owners want? What do they get?. London: Mayer Brown, 2007.

KLEE, Lukas. **International construction contract law**. 2ª ed. Hoboken: Wiley Blackwell, 2018.

KONDER, Carlos Nelson. **Qualificação e Coligação Contratual**. RJLB, Ano 4, 2018, nº 1.

KONDER, Carlos Nelson. **Causa do contrato x função social do contrato**: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol 43 (julho/setembro 2010). Editora Padma, 2010.

MACHADO, J. Baptista. Prefácio. In:ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 5ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964.

MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos Chave na Mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction)**: Primeira Aproximação. São Paulo: Almedina, 2019.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Direito da Empresa**: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 10ª ed., rev., atua. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

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

Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito: São Paulo, 2015.

PINTO, José Emilio Nunes. **O contrato de epc para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil.** Portal Jus, 2002. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>. Acesso em 01/08/2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 175

REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 9, n. 35, jul./set. 1972. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180616>. Acesso em 22/08/2024.

RIBEIRO, Guilherme de Almeida; MIOTTO, Otávio Augusto Barroso; FELIPPE Pedro Henrique Fiori. **Contrato de EPC e empreitada: distinguindo regimes jurídicos incompatíveis.** Portal Conjur, 2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/contrato-epc-e-empreitada-distinguindo-regimes-juridicos-incompativeis/>. Acesso em 04/09/2024.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Função Social do Contrato Empresarial:** função econômica e perspectivas. Revista De La Facultad De Derecho De México n. 279, Enero-Abril, 2021, p. 177–200.

SARRA DE DEUS, Adriana Regina. **O Contrato de EPC:** Engineering, Procurement and Construction São Paulo: Almedina, 2019.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. **Contrato de “engineering”.** Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 6, n. 3, p. 139-158, jan. /jun. 1992. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista3/revista3%20CLOVIS%20DO%20COUTO%20E%20>

[SILVA%20Contrato%20de%20%E2%80%9CEngineering%E2%80%9D.pdf](#). Acesso em: 04/09/2024

SILVA, Kleyton Ferreira da Costa. **O risco nos contratos de construção civil: EPC e turnkey**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil, volume 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos práticos do contrato de empreitada no regime turnkey**. Revista dos tribunais online, vol. 2, 2011.